
Código PENAL

COMENTADO y con JURISPRUDENCIA

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS (Director)

AMPARO MARTÍNEZ GUERRA (Coordinadora)

Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria
Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos
Pedro Colina Oquendo

3.^a EDICIÓN



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

RODRÍGUEZ RAMOS

Código PENAL

COMENTADO y con JURISPRUDENCIA

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS (Director)

AMPARO MARTÍNEZ GUERRA (Coordinadora)

**Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria
Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos
Pedro Colina Oquendo**

3.^a EDICIÓN



LA LEY
grupo Wolters Kluwer

RODRÍGUEZ RAMOS

CONSEJO DE REDACCIÓN

Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ (*Presidente*)

José María ASECIO MELLADO

Julio BANACLOCHE PALAO

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES

Antonio CAYÓN GALIARDO

José CORRAL MARTÍNEZ

Guillermo GUERRA MARTÍN

Eugenio LLAMAS POMBO

Blanca LOZANO CUTANDA

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

Enrique ARNALDO ALCUBILLA (*Secretario*)

CÓDIGO PENAL Y LEYES PENALES ESPECIALES Y COMPLEMENTARIAS

(CONCORDADO Y COMENTADO CON JURISPRUDENCIA SISTEMATIZADA)

DIRECTOR

Luis Rodríguez Ramos

Catedrático de Derecho penal y Abogado

COORDINADORA

Amparo Martínez Guerra

Doctora en Derecho y Profesora UPCO ICADE

AUTORES

Pedro Colina Oquendo

Abogado

Amparo Martínez Guerra

Joaquín Rodríguez de Miguel Ramos

Teniente Coronel del Cuerpo Jurídico de la Defensa (reserva) y Abogado

Gabriel Rodríguez-Ramos Ladaria

Abogado y Licenciado en ADE

Luis Rodríguez Ramos

(Miembros de **RODRÍGUEZ RAMOS ABOGADOS**)

Director General de LA LEY: Alberto Larrondo Ilundain
Director de Publicaciones: José Ignacio San Román Hernández
Coordinación editorial: Gloria Hernández Catalán
César Abella Fernández
Miriam Barca Soler
Diseño de cubierta: Raquel Fernández Cestero

3.ª edición: Diciembre 2009

Edita: LA LEY
Edificio La Ley
C/ Collado Mediano, 9
28230 – Las Rozas (Madrid)
Tel.: 902 42 00 10 – Fax: 902 42 00 12
<http://www.laley.es>

© Wolters Kluwer España, S.A., 2009

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ISBN: 978-84-8126-248-3

Depósito Legal:

Printed in Spain.

Impreso en España por: Nueva Imprenta, S.A.
Avda. de la Industria, 50
28108 Alcobendas (Madrid)

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Presentación	17
Abreviaturas utilizadas.....	19
Reformas del Código Penal de 1995.....	21
CÓDIGO PENAL	
§ 1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal	67
EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	67
TÍTULO PRELIMINAR	
DE LAS GARANTÍAS PENALES Y DE LA APLICACIÓN DE LA LEY PENAL	70
LIBRO I	
DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y LAS FALTAS, LAS PERSONAS RESPONSABLES, LAS PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DEMÁS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN PENAL.....	94
TÍTULO I	
DE LA INFRACCIÓN PENAL.....	94
Capítulo I De los delitos y faltas	94
Capítulo II De las causas que eximen de la responsabilidad criminal.....	114
Capítulo III De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal	171
Capítulo IV De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal	188
Capítulo V De la circunstancia mixta de parentesco	226
Capítulo VI Disposiciones generales	229
TÍTULO II	
DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS	233
TÍTULO III	
DE LAS PENAS.....	243
Capítulo I De las penas, sus clases y efectos.....	243
Sección 1.ª De las penas y sus clases	243

Sección 2. ^a	De las penas privativas de libertad	249
Sección 3. ^a	De las penas privativas de derechos	256
Sección 4. ^a	De la pena de multa	279
Sección 5. ^a	De las penas accesorias	288
Sección 6. ^a	Disposiciones comunes	297
Capítulo II	De la aplicación de las penas	302
Sección 1. ^a	Reglas generales para la aplicación de las penas.....	302
Sección 2. ^a	Reglas especiales para la aplicación de las penas	328
Capítulo III	De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional	378
Sección 1. ^a	De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad	378
Sección 2. ^a	De la sustitución de las penas privativas de libertad	397
Sección 3. ^a	De la libertad condicional.....	405
Sección 4. ^a	Disposiciones comunes	409
TÍTULO IV		
DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD		410
Capítulo I	De las medidas de seguridad en general	410
Capítulo II	De la aplicación de las medidas de seguridad.....	420
Sección 1. ^a	De las medidas privativas de libertad.....	420
Sección 2. ^a	De las medidas no privativas de libertad.....	425
TÍTULO V		
DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS Y FALTAS Y DE LAS COSTAS PROCESALES		431
Capítulo I	De la responsabilidad civil y su extensión	431
Capítulo II	De las personas civilmente responsables	454
Capítulo III	De las costas procesales	475
Capítulo IV	Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias	478
TÍTULO VI		
LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS		479
TÍTULO VII		
DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS		485
Capítulo I	De las causas que extinguen la responsabilidad criminal	485
Capítulo II	De la cancelación de antecedentes delictivos.....	495
LIBRO II		
DELITOS Y SUS PENAS		497

TÍTULO I		
DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS.....		497
TÍTULO II		
DEL ABORTO.....		523
TÍTULO III		
DE LAS LESIONES.....		531
TÍTULO IV		
DE LAS LESIONES AL FETO.....		565
TÍTULO V		
DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.....		566
TÍTULO VI		
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD		568
Capítulo I	De las detenciones ilegales y secuestros	568
Capítulo II	De las amenazas	581
Capítulo III	De las coacciones	589
TÍTULO VII		
DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL		593
TÍTULO VIII		
DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES.....		609
Capítulo I	De las agresiones sexuales	609
Capítulo II	De los abusos sexuales	632
Capítulo III	Del acoso sexual.....	642
Capítulo IV	De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual	644
Capítulo V	De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores.	648
Capítulo VI	Disposiciones comunes a los capítulos anteriores	675
TÍTULO IX		
DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO		680
TÍTULO X		
DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO		685
Capítulo I	Del descubrimiento y revelación de secretos	685
Capítulo II	Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público.....	697
TÍTULO XI		
DELITOS CONTRA EL HONOR.....		704
Capítulo I	De la calumnia.....	704

Capítulo II	De la injuria.....	714
Capítulo III	Disposiciones generales	721
TÍTULO XII		
DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES.....		729
Capítulo I	De los matrimonios ilegales	729
Capítulo II	De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor	734
Capítulo III	De los delitos contra los derechos y deberes familiares.....	741
Sección 1. ^a	Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio	741
Sección 2. ^a	De la sustracción de menores	744
Sección 3. ^a	Del abandono de familia, menores o incapaces.....	749
TÍTULO XIII		
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO..		779
Capítulo I	De los hurtos	779
Capítulo II	De los robos.....	785
Capítulo III	De la extorsión	807
Capítulo IV	Del robo y hurto de uso de vehículos.....	808
Capítulo V	De la usurpación.....	812
Capítulo VI	De las defraudaciones	814
Sección 1. ^a	De las estafas	814
Sección 2. ^a	De la apropiación indebida.....	843
Sección 3. ^a	De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas.....	864
Capítulo VII	De las insolvencias punibles	865
Capítulo VIII	De la alteración de precios en concursos y subastas públicas.....	880
Capítulo IX	De los daños	881
Capítulo X	Disposiciones comunes a los capítulos anteriores	887
Capítulo XI	De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores.....	890
Sección 1. ^a	De los delitos relativos a la propiedad intelectual	890
Sección 2. ^a	De los delitos relativos a la propiedad industrial.....	899
Sección 3. ^a	De los delitos relativos al mercado y a los consumidores	906
Sección 4. ^a	Disposiciones comunes a las secciones anteriores	914
Capítulo XII	De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural.....	915
Capítulo XIII	De los delitos societarios.....	915
Capítulo XIV	De la receptación y otras conductas afines.....	945
TÍTULO XIV		
DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL.....		986

TÍTULO XV

DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES	1047
--	------

TÍTULO XV BIS

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS.....	1063
--	------

TÍTULO XVI

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE	1065
---	------

Capítulo I	De los delitos sobre la ordenación del territorio	1065
Capítulo II	De los delitos sobre el patrimonio histórico.....	1072
Capítulo III	De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.....	1075
Capítulo IV	De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos.....	1087
Capítulo V	Disposiciones comunes	1093

TÍTULO XVII

DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA.....	1094
---	------

Capítulo I	De los delitos de riesgo catastrófico.....	1094
Sección 1. ^a	De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes.....	1094
Sección 2. ^a	De los estragos.....	1096
Sección 3. ^a	De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes.....	1098
Capítulo II	De los incendios.....	1100
Sección 1. ^a	De los delitos de incendio.....	1100
Sección 2. ^a	De los incendios forestales	1106
Sección 3. ^a	De los incendios en zonas no forestales	1111
Sección 4. ^a	De los incendios en bienes propios	1112
Sección 5. ^a	Disposición común	1113
Capítulo III	De los delitos contra la salud pública.....	1115
Capítulo IV	De los delitos contra la Seguridad Vial.....	1171

TÍTULO XVIII

DE LAS FALSEDADES	1184
-------------------------	------

Capítulo I	De la falsificación de moneda y efectos timbrados.....	1184
Capítulo II	De las falsedades documentales	1190
Sección 1. ^a	De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación	1190
Sección 2. ^a	De la falsificación de documentos privados	1206
Sección 3. ^a	De la falsificación de certificados.....	1207

Capítulo III	Disposición general.....	1208
Capítulo IV	De la usurpación del estado civil	1209
Capítulo V	De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo	1209
TÍTULO XIX		
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....		1213
Capítulo I	De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos.....	1213
Capítulo II	Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos	1224
Capítulo III	De la desobediencia y denegación de auxilio	1227
Capítulo IV	De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos	1232
Capítulo V	Del cohecho.....	1240
Capítulo VI	Del tráfico de influencias.....	1247
Capítulo VII	De la malversación.....	1251
Capítulo VIII	De los fraudes y exacciones ilegales.....	1263
Capítulo IX	De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función.....	1267
Capítulo X	De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.....	1275
TÍTULO XX		
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA		1275
Capítulo I	De la prevaricación	1275
Capítulo II	De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución.....	1287
Capítulo III	Del encubrimiento.....	1288
Capítulo IV	De la realización arbitraria del propio derecho	1297
Capítulo V	De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos	1301
Capítulo VI	Del falso testimonio	1306
Capítulo VII	De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional	1317
Capítulo VIII	Del quebrantamiento de condena.....	1327
Capítulo IX	De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.....	1334
TÍTULO XXI		
DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN.....		1335
Capítulo I	Rebelión	1335
Capítulo II	Delitos contra la Corona.....	1341
Capítulo III	De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderes	1350
Sección 1. ^a	Delitos contra las Instituciones del Estado.....	1350
Sección 2. ^a	De la usurpación de atribuciones.....	1359

Capítulo IV	De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas.....	1362
Sección 1. ^a	De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución.....	1362
Sección 2. ^a	De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos.....	1380
Sección 3. ^a	1385
Capítulo V	De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales.....	1386
Sección 1. ^a	De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual.....	1386
Sección 2. ^a	De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad.....	1391
Sección 3. ^a	De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales.....	1395
Capítulo VI	De los ultrajes a España.....	1402
TÍTULO XXII		
DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO.....		1403
Capítulo I	Sedición.....	1403
Capítulo II	De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia.....	1407
Capítulo III	De los desórdenes públicos.....	1419
Capítulo IV	Disposición común a los capítulos anteriores.....	1426
Capítulo V	De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo.....	1426
Sección 1. ^a	De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos..	1426
Sección 2. ^a	De los delitos de terrorismo.....	1440
TÍTULO XXIII		
DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN Y CONTRA LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO, Y RELATIVOS A LA DEFENSA NACIONAL.....		1458
Capítulo I	Delitos de traición.....	1458
Capítulo II	Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado.....	1462
Capítulo III	Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional.....	1464
TÍTULO XXIV		
DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.....		1468
Capítulo I	Delitos contra el derecho de gentes.....	1468

Capítulo II	Delitos de genocidio	1469
Capítulo II bis	De los delitos de lesa humanidad	1475
Capítulo III	De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.....	1479
Capítulo IV	Disposiciones comunes	1485
LIBRO III		
FALTAS Y SUS PENAS.....		1487
TÍTULO I		
FALTAS CONTRA LAS PERSONAS		1487
TÍTULO II		
FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO		1495
TÍTULO III		
FALTAS CONTRA LOS INTERESES GENERALES		1498
TÍTULO IV		
FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO		1508
TÍTULO V		
DISPOSICIONES COMUNES A LAS FALTAS		1516
DISPOSICIONES ADICIONALES		1517
DISPOSICIONES TRANSITORIAS		1517
DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA.....		1520
DISPOSICIONES FINALES.....		1522

LEYES PENALES ESPECIALES

Delitos relativos al control de cambios

§ 2. Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios.....	1527
---	------

Delitos de contrabando

§ 3. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando.....	1533
--	------

Delitos electorales

§ 4. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General	1545
---	------

Delitos relativos a la navegación aérea

§ 5. Ley 209/1964, de 24 de diciembre, por la que establece la Ley penal y procesal, en materia de navegación aérea	1551
---	------

Delitos de los jurados

§ 6. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado	1563
--	------

LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

Ley Orgánica General Penitenciaria

§ 7. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria 1567

Reglamento penitenciario

§ 8. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 1591

Ley reguladora de la gracia de indulto

§ 9. Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto 1689

Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores

§ 10. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores 1697

§ 11. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores 1745

Legislación especial protectora de las víctimas

§ 12. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual 1749

Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género

§ 13. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género 1759

ÍNDICE ANALÍTICO 1815

PRESENTACIÓN

Las cada vez más lejanas expectativas de una próxima y profunda modificación del Código Penal, que aún no ha superado su fase de Anteproyecto y que ya se vio frustrada hace dos años cuando la LO 15/2007 limitó la reforma a los delitos contra la seguridad vial, aconsejan no dilatar más la tercera edición de este Código, cuya autoría sigue correspondiendo a los penalistas que conforman RODRÍGUEZ RAMOS ABOGADOS.

Esta tercera edición no se ha reducido a la correspondiente actualización legislativa y jurisprudencial, pues se ha revisado su contenido en la mayoría de las áreas (en particular en aquellas en las que ha cambiado el autor), completando las concordancias y la doctrina jurisprudencial y adecuando los comentarios a una mayor homogeneidad formal.

Se mantienen las Sentencias del TC y de la Sala 2.^a del TS como base prioritaria de la doctrina jurisprudencial, pero en atención a la ausencia de pronunciamientos de este último órgano respecto a algunos delitos menos graves que resultan excluidos del recurso de casación, se han incrementado las Sentencias procedentes de las AA.PP. e incluso, en algunos casos, de los JJ.PP.

Los destinatarios de este Código siguen siendo tanto los prácticos del Derecho penal (Magistrados y Jueces, Fiscales, Abogados) como los académicos (docentes y discentes), presentando una panorámica completa y rápida de los aspectos sobre los que se ha pronunciado en cada caso el orden jurisdiccional penal interpretando los preceptos punitivos, además de ofrecer una selección y clasificación de los contenidos de las resoluciones judiciales, reproduciendo literalmente las partes más relevantes de sus textos.

Se mantienen como apéndice de este Código los textos legales especiales y complementarios plenamente actualizados.

Finalmente, la autoría de las concordancias y resúmenes jurisprudenciales se ha distribuido del siguiente modo, siempre bajo la dirección y coordinación que figuran en la portada:

— Pedro COLINA OQUENDO: arts. 27 a 31, 95-108; 163 a 177, 472-580, 629-637.

— Amparo MARTÍNEZ GUERRA: arts. 195-196, 197-233, 270-289, 351-358, 471, 581-616 bis y 622.

— Joaquín RODRÍGUEZ DE MIGUEL RAMOS: arts. 109 a 126, 137-162, 234 a 269, 359-378, 404 a 445 bis, 617 a 620, 621 y 623-628.

- Gabriel RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA: Relato de reformas y artículos reformados, arts. 19-23, 32 a 94, 70-94, 290-318 bis, 446-471, recopilación de leyes penales especiales y complementarias, e índice analítico.
- Luis RODRÍGUEZ RAMOS: arts. 1-18, 319-350, 379-385, 386-403, 638-639 y Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatoria Única y Finales.

Madrid, 30 de septiembre de 2009

ABREVIATURAS UTILIZADAS

A	Auto
Ap.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
CC	Código Civil (RD 24 de julio de 1889)
CDFUE	Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea, (CE) 2000/C 364/01
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales
CP	Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre)
CPM	Código Penal Militar (LO 13/1985, de 9 de diciembre)
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948
Disp. Adic.	Disposición Adicional
Disp. Tran.	Disposición Transitoria
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (L 50/1981, de 30 de diciembre)
ET	Estatuto de los Trabajadores (L 8/1980, de 10 de marzo)
FGE	Fiscalía General del Estado
JG	Junta General (pleno no jurisdiccional) de la Sala Segunda del Tribunal Supremo
L	Ley
LC	Ley de represión del contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre)
LCCh	Ley cambiaria y del cheque (L 19/1985, de 16 de julio)
LCS	Ley de contratos de seguro (L 50/1980, de 8 de octubre)
LECrim.	Ley de Enjuiciamiento Criminal (RD de 24 de septiembre de 1882)
LGP	Ley General Presupuestaria (RDLeg. 1091/1988, de 23 de septiembre)
LGT	Ley General Tributaria (L 58/2003, de 17 de diciembre)
LI	Ley del indulto (L de 18 de junio de 1870)
LMV	Ley del Mercado de Valores (L 24/1988, de 28 de julio)
LO	Ley Orgánica
LOCFS	Ley Orgánica de cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado (LO 2/1986, de 13 de marzo)

LOGP	Ley Orgánica General Penitenciaria (LO 1/1979, de 26 de septiembre)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio)
LOPJM	Ley Orgánica de protección jurídica del menor (LO 1/1996, de 15 de enero)
LOPSC	Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana (LO 1/1992, de 21 de febrero)
LOREG	Ley Orgánica de régimen electoral general (LO 5/1985, de 19 de junio).
LORPM	Ley Orgánica de responsabilidad penal de los menores (LO 5/2000, de 12 de enero)
LPJDFP	Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona (L 62/1978, de 26 de diciembre)
LPL	Ley de Procedimiento Laboral (RDLeg. 1568/1980, de 13 de junio)
LPPNA	Ley penal y procesal de la navegación aérea (L 209/1964, de 24 de diciembre)
LRCSVM	Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (Texto Refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo)
LRJAP	Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (L 30/1992, de 26 de noviembre)
LRJCC	Ley de régimen jurídico del control de cambios (L 40/1979, de 10 de diciembre)
LSA	Ley de Sociedades Anónimas (Texto refundido aprobado por RDLeg. 1564/1989, de 22 de diciembre)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos
RP	Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero)
S	Sentencia
SS	Sentencias Sigüientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo

REFORMAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

I. RELACIÓN DE SUCESIVAS REFORMAS

- Ley Orgánica 2/1998, 15 de junio, por la que se modifica el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* de 16 de junio de 1998, núm. 143/1998, página 19789.
- Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, que modifica el Código Penal suprimiendo las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y rebajando las penas de inhabilitación para dichos supuestos. *BOE* de 6 de octubre de 1998, núm. 239/1998, página 33194.
- Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, que modifica el Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. *BOE* de 1 de mayo de 1999, núm. 104/1999, página 16099.
- Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, por la que se modifica el Código Penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *BOE* de 10 de junio de 1999, núm. 138/1999, página 22251.
- Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, que modifica el Código Penal en materia de prohibición del desarrollo y empleo de armas químicas. *BOE* de 10 de enero de 2000, núm. 8/2000, página 881.
- Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, que modifica el Código Penal en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. *BOE* de 12 de enero de 2000, núm. 10/2000, página 1139.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE* de 12 de enero de 2000, núm. 10/2000, página 1139.
- Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. *BOE* de 13 de enero de 2000, núm. 11/2000, página 1422.
- Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo. *BOE* de 23 de diciembre de 2000, núm. 307/2000, de 22 de diciembre, página 45503.

- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos de los extranjeros en España y su integración social. *BOE* de 23 de diciembre de 2000, núm. 307/2000, página 45508.
- Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, que modifica el Código Penal y la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria. *BOE* de 23 de mayo de 2002, núm. 123/2000, página 18360.
- Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, que modifica el Código Penal y el Código Civil, sobre sustracción de menores. *BOE* de 11 de diciembre de 2002, núm. 296/2002, página 42999.
- Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, sobre la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales. *BOE* de 11 de marzo de 2003, núm. 60/2003, página 9456.
- Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas. *BOE* de 1 de julio de 2003, núm. 156/2003, página 25274.
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. *BOE* de 30 de septiembre de 2003, núm. 234/2003, página 35398.
- Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal. *BOE* de 26 de noviembre de 2003, núm. 283/2003, página 41842.
- Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal. *BOE* de 26 de diciembre de 2003, núm. 309/2003, página 46096.
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. *BOE* de 29 de diciembre de 2004, núm. 313/2004, página 42166.
- Ley Orgánica 2/2005, de 22 junio, de modificación del Código Penal. *BOE* de 23 de junio de 2005, núm. 149/2005, página 21846.
- Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre, de modificación del Código Penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos. *BOE* de 11 de octubre de 2005, núm. 243/2005, página 33222.
- Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte. *BOE* de 22 noviembre de 2006, núm. 279, página 40856.
- Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial, *BOE* de 1 diciembre de 2007, núm. 288, página 49505.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS Y DISPOSICIONES TRANSITORIAS, ADICIONALES Y FINALES DE LAS REFORMAS MÁS RECIENTES

Ley Orgánica 15/2007, de 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de seguridad vial

BOE 1 diciembre

LA LEY 11996/2007

JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica

PREÁMBULO

Entre las resoluciones aprobadas como consecuencia del debate sobre el Estado de la Nación de 2006 se incluye la número diecinueve, en la que se declara, entre otros aspectos, que el Congreso de los Diputados considera oportuno impulsar la modificación del Código Penal [LA LEY 3996/1995], teniendo en cuenta las distintas propuestas que se están estudiando en la Comisión de Seguridad Vial del Congreso de los Diputados, con el objetivo de definir con mayor rigor todos los delitos contra la seguridad del tráfico y los relacionados con la seguridad vial, evitando que determinadas conductas calificadas como de violencia vial puedan quedar impunes.

La reforma sobre los delitos contra la seguridad vial cuenta con un amplio consenso de los grupos parlamentarios en torno a las propuestas formuladas ante la Comisión sobre Seguridad Vial. Por ello, se presenta esta Proposición de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en materia de Seguridad Vial, cuyo contenido básico persigue, de una parte, incrementar el control sobre el riesgo tolerable por la vía de la expresa previsión de excesos de velocidad que se han de tener por peligrosos o de niveles de ingesta alcohólica que hayan de merecer la misma consideración. A partir de esa estimación de fuente de peligro se regulan diferentes grados de conducta injusta, trazando un arco que va desde el peligro abstracto hasta el perceptible desprecio por la vida de los demás, como ya venía haciendo el Código. Las penas y consecuencias se incrementan notablemente, en especial, en lo concerniente a la privación del permiso de conducir, y a ello se añade la no menos severa posibilidad de considerar instrumento del delito al vehículo de motor o ciclomotor, en orden a disponer su comiso.

Al igual que sucede en el derecho vigente, se ofrece una específica regla para salvar el concurso de normas cuando se hubiera ocasionado además del riesgo prevenido un resultado lesivo. En tal caso se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para detectar el grado de alcoholemia o de impregnación tóxica, en cambio, pierde su innecesario calificativo de delito de desobediencia y pasa a ser autónomamente castigada.

Una criticada ausencia era la conducción de vehículos por quienes hubieran sido privados, judicial o administrativamente, del derecho a hacerlo por pérdida de vigencia del mismo. Ciertamente que

algunos casos podrían tenerse como delitos de quebrantamiento de condena o de desobediencia, pero no todos; por ello se ha considerado más ágil y preciso reunir todas esas situaciones posibles en un solo precepto sancionador.

La creación del Centro de Tratamiento de Denuncias automatizadas, además de la práctica de la delegación con una casuística muy variada, así como la necesidad de acortar los plazos de tramitación de las sanciones, sin merma de las garantías del sancionado, urge a llevar a cabo una modificación del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial [LA LEY 752/1990].

La modificación que se propone conlleva la supresión del párrafo tercero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [LA LEY 1292/1997], que es la que atribuye a los Delegados y Subdelegados del Gobierno la competencia para sancionar las infracciones previstas en la Ley de Seguridad Vial.

La modificación de la Ley de Seguridad Vial se refiere al art. 68 sobre Competencias, para atribuir la competencia sancionadora a los Jefes de Tráfico, previendo de manera expresa la posibilidad de que éstos deleguen en el Director del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas en las infracciones detectadas a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo.

Como consecuencia de la modificación anterior, se modifica también el art. 80, sobre Recursos, ya que, con la nueva atribución de la competencia, el Director General de Tráfico es el competente para resolver el recurso de alzada contra las resoluciones sancionadoras de los Jefes de Tráfico o del Director del Centro; así como el art. 82, sobre anotación y cancelación, para que la anotación de las sanciones firmes graves y muy graves en el Registro de conductores e infractores, se haga por el órgano competente de la Jefatura Central de Tráfico, en unos casos, por la Jefatura de Tráfico instructora del procedimiento y, en otros, por el propio Centro.

Disposición Adicional. Revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad

El Gobierno impulsará, de acuerdo con las Administraciones competentes, una revisión de la señalización vial y de la normativa reguladora de los límites de velocidad, para adecuar los mismos a las exigencias derivadas de una mayor seguridad vial.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Legislación aplicable

1. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso será oído el reo.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Revisión de Sentencias

1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial [LA LEY 1694/1985], podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de Sentencias penales la revisión de las Sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley.

Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las Sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la Sentencia.

2. No se revisarán las Sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las Sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3. No serán revisadas las Sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley.

4. En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las Sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos

En las Sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán las siguientes reglas:

- a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Derogación normativa

Queda derogado el párrafo tercero de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado [LA LEY 1292/1997].

Ver norma afectada

DISPOSICIONES FINALES

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Reforma del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Uno. El art. 68 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial [LA LEY 752/1990] queda redactado de la forma siguiente:

«Art. 68. Competencias

1. La competencia para sancionar las infracciones de lo dispuesto en la presente Ley corresponde al Jefe de Tráfico de la provincia en que se haya cometido el hecho. Si se trata de infracciones cometidas en el territorio de más de una provincia, la competencia para su sanción corresponderá, en su caso, al Jefe de Tráfico de la provincia en que la infracción hubiera sido primeramente denunciada.

2. Los Jefes Provinciales podrán delegar esta competencia en la medida y extensión que estimen conveniente. En particular, podrán delegar en el Director del Centro de Tratamiento de Denuncias Automatizadas la de las infracciones que hayan sido detectadas a través de medios de captación y reproducción de imágenes que permitan la identificación del vehículo.

3. En las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, serán competentes para sancionar los órganos designados por sus respectivos Consejos de Gobierno.

4. La sanción por infracción de normas de circulación cometida en vías urbanas corresponderá a los respectivos Alcaldes, los cuales podrán delegar esta facultad de acuerdo con la legislación aplicable.

5. Los Jefes Provinciales de Tráfico y los órganos competentes que correspondan, en caso de Comunidades Autónomas que tengan transferidas las competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, asumirán la competencia de los Alcaldes cuando, por razones justificadas o por insuficiencia de los servicios municipales, no pueda ser ejercida por éstos.

6. Las competencias municipales no comprenden las infracciones de los preceptos del Título IV de esta Ley ni las cometidas en travesías en tanto no tengan el carácter de vías urbanas.

7. En los casos previstos en todos los apartados anteriores de este artículo, la competencia para imponer la suspensión del permiso o licencia de conducción corresponde al Jefe Provincial de Tráfico.

8. La competencia para sancionar las infracciones a que se refiere el art. 52 de esta Ley corresponderá, en todo caso, al Director General de Tráfico o a su correspondiente en las Comunidades

Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, limitada al ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma.

9. En las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las competencias que en los apartados anteriores se atribuyen a los Jefes Provinciales de Tráfico, corresponderán a los Jefes Locales de Tráfico».

Ver norma afectada

Dos. El art. 80 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, queda redactado de la forma siguiente:

«Art. 80. Recursos

1. Contra las resoluciones de los expedientes sancionadores que sean competencia de los Jefes Provinciales y Locales de Tráfico podrá interponerse dentro del plazo de un mes recurso de alzada ante el Director General de Tráfico.

Las resoluciones de los recursos de alzada serán recurribles ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los términos previstos en su Ley reguladora.

Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso de alzada sin que recaiga resolución, se podrá entender desestimado, quedando expedita la vía contencioso-administrativa.

2. Contra las resoluciones de los expedientes sancionadores dictadas por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, así como las dictadas por los Alcaldes, en el caso de las entidades locales, se estará a lo establecido en la normativa correspondiente».

Ver norma afectada

Tres. El art. 82 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, queda redactado de la forma siguiente:

«Art. 82. Anotación y cancelación

Las sanciones graves y muy graves una vez sean firmes en vía administrativa serán anotadas, por el órgano competente de la Jefatura Central de Tráfico que instruye el procedimiento, en el Registro de conductores e infractores, el día de su firmeza. Cuando dichas sanciones hayan sido impuestas por los Alcaldes o por la autoridad competente de las Comunidades Autónomas que tengan transferidas competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor, se comunicarán, para su anotación en el Registro referido, en el plazo de quince días siguientes a su firmeza.

Las autoridades judiciales comunicarán a la Dirección General de Tráfico, en el plazo de quince días siguientes a su firmeza, las Sentencias que condenen a la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, a efectos de su anotación en el referido Registro.

Las anotaciones se cancelarán de oficio, a efectos de antecedentes, una vez transcurridos tres años desde su total cumplimiento o prescripción».

Ver norma afectada

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Naturaleza de la Ley

Tienen el carácter de Ley Orgánica todos los preceptos de esta Ley, excepto la Disposición Adicional, la Disposición Derogatoria Única y la Disposición Final Primera.

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Entrada en vigor

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo el párrafo segundo del art. 384 del Código Penal, recogido en el apartado octavo del artículo único de esta Ley, que entrará en vigor el 1 de mayo de 2008.

Ver norma afectada

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

**Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud
y de la lucha contra el dopaje en el deporte**

Juan Carlos I

Rey de España

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La aprobación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, cuyo Título VIII regula el control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y la seguridad de la práctica deportiva, supuso un punto de partida en el establecimiento de un marco de represión del dopaje en el deporte, que estuvo acompañado de una política activa en la provisión de medios materiales y humanos, recursos presupuestarios, infraestructuras, procedimientos y normas de las que hasta entonces había carecido nuestro sistema deportivo.

La aplicación y desarrollo de la Ley supuso, también, la entrada en funcionamiento de la Comisión Nacional Antidopaje, que ha desempeñado desde entonces un papel central en elaborar y aplicar iniciativas en este ámbito, así como en velar por la correcta aplicación de la normativa vigente.

A lo largo de la década pasada, sucesivas normas, de carácter reglamentario, fueron regulando aspectos, tan delicados y complejos, como la realización de controles con garantías, las condiciones generales para la homologación y funcionamiento de laboratorios públicos y privados, el régimen de infracciones y sanciones, o la lista de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y de métodos no reglamentarios de dopaje en el deporte. Esta lista es elaborada por el Consejo

Superior de Deportes (CSD), siguiendo pautas de la vigente Convención contra el Dopaje en el Deporte del Consejo de Europa y los principios establecidos en el Código Mundial Antidopaje, que han sido recogidos en la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, aprobada en la 33.^a Conferencia General de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), celebrada en octubre de 2005. La lista es actualizada con periodicidad anual y se publica en el Boletín Oficial del Estado. Con este conjunto normativo, España se incorporó al grupo de países que dispuso desde la década pasada de un sistema articulado de control y de represión del dopaje.

La implicación creciente de los poderes públicos en el empeño por lograr un deporte limpio de dopaje se acentúa a partir del impacto internacional que tuvieron los positivos detectados en los Juegos Olímpicos de Seúl, en 1988. Así, cabe recordar que el instrumento jurídico en vigor de mayor alcance para la colaboración intergubernamental y la cooperación internacional en la lucha contra el dopaje en el deporte sigue siendo el Convenio Internacional, aprobado en 1989 por el Consejo de Europa, junto con un Protocolo adicional que, en buena medida, avanzó en la armonización de las políticas públicas y los procedimientos antidopaje seguidos por los 45 Estados firmantes, en su gran mayoría europeos, entre ellos España.

No obstante, los primeros pasos para establecer controles antidopaje en nuestro sistema deportivo se dieron en la década de los años 60 del pasado siglo. La adopción de iniciativas en este terreno por parte del Consejo de Europa y del Comité Olímpico Internacional (COI), impulsó la participación de España en la primera reunión del grupo de estudio especial sobre dopaje de los atletas, que se celebró en 1963 a propuesta del organismo europeo. Como consecuencia de ello, se creó el actual laboratorio del CSD para el control del dopaje, que comenzó a funcionar a finales de esa década, muy poco tiempo después de que iniciaran su actividad los primeros laboratorios europeos de control del dopaje en París, Roma y Londres. Homologado internacionalmente por el COI desde 1982, forma parte de la red internacional de 33 laboratorios de control del dopaje acreditados hasta ahora por la Agencia Mundial Antidopaje (AMA).

Por su parte, el laboratorio del Instituto Municipal de Investigación Médica de Barcelona obtuvo la homologación del COI en 1985 y también ha sido acreditado por la AMA. Además, ambos laboratorios españoles tienen la acreditación de calidad, según la norma ISO 17025, que certifica la idoneidad y excelencia tecnológica de su personal, de sus instalaciones, así como de sus protocolos y procedimientos de actuación. De esta forma, España es uno de los tres países del mundo que cuenta con dos laboratorios para el control del dopaje, que están acreditados, internacionalmente, desde hace al menos 20 años.

II

Es cierto, sin embargo, que las acciones iniciadas por el movimiento deportivo y por algunos Estados, por separado y cada uno en el ámbito de sus competencias, se mostraron insuficientes, pues la articulación de una adecuada lucha contra el dopaje supone la confluencia de diversas medidas que corresponden, de forma diferenciada, a los países y a las organizaciones del movimiento deportivo internacional.

La celebración en Lausana, en 1999, a iniciativa del COI, de la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, puso de manifiesto la necesidad de profundizar en la colaboración entre poderes públicos y organizaciones deportivas. Ello supuso un cambio de rumbo en la forma de abordar el problema del dopaje en el deporte, poniendo el acento en la necesidad de crear un or-

ganismo internacional independiente, que estableciera normas comunes para combatir el dopaje y coordinara los esfuerzos de las organizaciones deportivas y de los poderes públicos.

Ese mismo año, se acordó constituir y poner en funcionamiento la AMA, en cuya estructura y financiación participan de forma equitativa el COI y los gobiernos de un gran número de países, entre ellos España, preocupados cada vez más por el auge del dopaje y su rápida expansión más allá del ámbito de la alta competición deportiva.

La AMA es una fundación de Derecho privado, regida por el ordenamiento jurídico suizo y cuya sede central está radicada en la ciudad canadiense de Montreal. Su Consejo está integrado a partes iguales por representantes de organizaciones gubernamentales, intergubernamentales y deportivas. Esta estructura inusual es un reconocimiento a la necesidad de que los gobiernos y las organizaciones, que conforman el sistema deportivo internacional, actúen de consuno en la lucha contra el dopaje, ya que ninguno de los dos logrará éxitos significativos en este empeño sin la estrecha colaboración y cooperación del otro.

III

En 2003, la AMA elabora el Código Mundial Antidopaje y los estándares internacionales de procedimientos que lo complementan, que constituyen un conjunto de reglas y directrices de obligado cumplimiento para el movimiento deportivo internacional. Estas actividades exigen la elaboración de normas nacionales, simultáneamente al avance en una armonización normativa internacional sobre aspectos clave para combatir el dopaje, como el funcionamiento de laboratorios con criterios homologables, el régimen de exenciones para el uso de determinadas sustancias con fines terapéuticos, los procedimientos para efectuar los controles de dopaje, así como la elaboración de una lista armonizada de sustancias y métodos prohibidos, que sea aceptada y respetada por el mayor número posible de países. La Comisión Nacional Antidopaje, como organismo español competente, ha aceptado la adhesión de nuestro país a las reglas y directrices establecidas en el Código.

Ciertamente, todavía hoy el Código Mundial Antidopaje carece de fuerza vinculante en el Derecho internacional público. Esta situación cambiará, previsiblemente, en los próximos meses tras la reciente aprobación y el proceso de ratificación, actualmente en curso, por parte de los países firmantes, entre ellos España, de la ya citada Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO, que incorpora los principios del Código Mundial y hace posible la armonización de la normativa internacional sobre esta materia. Por ello, con la presente Ley se trata, también, de armonizar la normativa estatal de lucha contra el dopaje con los principios que aquel Código proclama y adecuarla, al igual que han hecho algunos países de nuestro entorno, que han ido modificando y actualizando sus legislaciones de modo diverso, pero con una finalidad principal: alcanzar mayor eficacia en combatir el dopaje en el deporte.

En este contexto, el régimen novedoso introducido en nuestro país por la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, actualizada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha permitido afrontar los nuevos retos del dopaje en el deporte de acuerdo con los estándares internacionales más exigentes establecidos por el COI y la AMA, además de modificar el funcionamiento de la Comisión Nacional Antidopaje a efectos de agilizar su eficacia y capacidad de respuesta en la lucha contra el dopaje en el deporte. Asimismo, la aprobación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y

del Comercio Electrónico, permitió el establecimiento de controles en la venta de medicamentos sin la correspondiente autorización.

No obstante, el régimen actual de lucha contra el dopaje está necesitado de reformas y actualizaciones, en cumplimiento del art. 43 de nuestra Constitución, que, después de reconocer el derecho a la protección de la salud, señala que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, correspondiendo, igualmente, a los mismos, fomentar la educación física y el deporte. Los poderes públicos obligados por este mandato constitucional son tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, en los respectivos ámbitos de sus competencias exclusivas. En el marco de las competencias del Estado, inciden en esta Ley distintos títulos competenciales. Además de la competencia autoorganizativa que al Estado le corresponde, así como aquella de que dispone sobre los intereses que afectan, inseparablemente, al deporte español en su conjunto, concurren en esta Ley diversas competencias específicas, entre las que cabría destacar las relativas a bases y coordinación general de la sanidad, legislación penal, Administración de justicia, seguridad pública, relaciones internacionales o estadística para fines estatales, todas ellas derivadas del art. 149.1 de la Constitución.

IV

Esta Ley aspira a dar respuesta a estos objetivos. Sus líneas centrales pueden resumirse en dos enunciados: de una parte, actualizar los mecanismos de control y de represión del dopaje en el ámbito del deporte de alta competición y, de otra, crear un marco sistemático y transversal de prevención, control y represión del dopaje en general, considerado como una amenaza social, como una lacra que pone en grave riesgo la salud, tanto de los deportistas profesionales como de los practicantes habituales u ocasionales de alguna actividad deportiva.

Partiendo de estas dos líneas centrales de regulación, algunas normas que la presente Ley introduce están afectas a la reserva de ley orgánica, proclamada en el art. 81 de nuestra Constitución. Otras, menos sustanciales y que no afectan al contenido esencial de los derechos fundamentales, encuentran un camino adecuado de regulación en la Ley ordinaria.

La opción legislativa engloba en una sola norma la regulación general y horizontal a que se hacía referencia anteriormente y la que introduce un tipo específico entre los delitos contra la salud pública, con lo que se completa el régimen general de represión penal contra el dopaje.

Ambas regulaciones coadyuvan, conjuntamente, a la consecución del mismo fin y, formando las mismas un todo inseparable, razones de sistemática y de técnica legislativa aconsejan su tratamiento en un sólo texto legislativo que debe revestir carácter de Ley Orgánica. Todo ello sin perjuicio, claro es, de que a través de la Disposición Final Quinta, se especifiquen aquellos preceptos y disposiciones, que deban tener la consideración de ordinarios, a efectos de evitar la congelación del rango.

En el título primero, las novedades que introduce la Ley pueden sistematizarse en las que se indican a continuación: un primer bloque de reformas afecta a la organización administrativa al servicio del control del dopaje en el deporte, conservando un modelo semejante al actual, basado en que el ejercicio de la potestad disciplinaria derivada del dopaje en el ámbito del deporte de competencia estatal se atribuye a las federaciones deportivas españolas, bajo la tutela efectiva de la Administración General del Estado, a través del CSD.

En relación con la citada organización administrativa y en el marco de la norma reguladora de las Agencias Estatales, la Agencia Estatal Antidopaje (AEA), una vez culminado el proceso de su creación con la aprobación de su Estatuto, será el organismo que asuma un importante protagonismo en el desempeño de diversos aspectos relacionados con una acción integral de los poderes públicos y de las organizaciones deportivas a favor de un deporte sin dopaje.

Por un lado, la AEA será el responsable material de la realización de los controles de dopaje que le sean encomendados por las instancias competentes del CSD, pudiendo a tal efecto disponer de estructura propia o concertada para la realización de dicha función material. Asimismo, le corresponderá la ejecución e impulso de una política de investigación en materia de prevención, de control del dopaje y de protección de la salud del deportista, que facilite un conocimiento actualizado de los avances científicos y tecnológicos en este ámbito, que permita, por tanto, abordar de manera rigurosa y eficiente la lucha contra un fenómeno complejo, difícil y en constante evolución.

La AEA se configura como una entidad de cooperación, de forma que el conjunto de Administraciones Públicas que tienen competencias en materia deportiva puedan disponer de un marco común de actuación, compartiendo recursos, infraestructuras, experiencias, avances científicos e iniciativas, destinadas a erradicar el dopaje del deporte, sancionando penalmente a quienes se lucran con él, facilitando el aislamiento y rechazo de una lacra social, cuya sombra amenazante se proyecta mucho más allá de lo estrictamente deportivo.

El órgano de tutela del CSD para el ejercicio de estas competencias pasa a denominarse Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje. Este órgano asume la mayor parte de las competencias que, hasta este momento, estaban repartidas entre la Comisión Nacional Antidopaje y la Comisión Nacional para la Protección de la Salud del Deportista. De esta forma, se intenta facilitar a la nueva organización nacional contra el dopaje una visión de conjunto, consustancial al modelo que diseña la presente Ley. En él, los principios de rechazo y tolerancia cero hacia el dopaje en el deporte tienen, básicamente, un componente de salud individual y de salud pública, pero también una dimensión inequívoca de compromiso con los valores del juego limpio y la libre competición entre iguales, considerados como fundamentos del deporte actual.

Asimismo, el nuevo órgano del CSD asume funciones de gran relevancia en materia de protección de la salud de los deportistas, tanto en lo referido al deporte profesional de alta competición como a la práctica deportiva de base que, con carácter recreativo y saludable, desarrollan en nuestro país millones de personas. Vincular muy estrechamente la lucha contra el dopaje a la protección de la salud de los deportistas es una recomendación expresa de la AMA y la orientación seguida en los países de nuestro entorno cuando han abordado recientes reformas de sus respectivas legislaciones contra el dopaje en el deporte.

La Ley consolida el establecimiento de reconocimientos médicos de aptitud para la práctica deportiva federada e introduce la realización de controles de salud a los deportistas que participan en competiciones oficiales. Ante todo, el objetivo que se persigue es asegurar las mejores condiciones posibles de asistencia médica integral a los deportistas profesionales, que desarrollan su actividad en un marco tan exigente como es la alta competición y establecer, de manera gradual, pautas básicas de atención médica entre cuantas personas desarrollan, habitualmente, actividades físicas y deportivas.

A partir de este esquema general, la Ley arbitra fórmulas de flexibilidad, como facilitar, por ejemplo, que las federaciones deportivas españolas establezcan convenios de colaboración con

la AEA, que les permita una organización más eficiente del sistema de controles de dopaje que son de su competencia y el estricto cumplimiento de todas sus responsabilidades y obligaciones en este ámbito.

El otro gran bloque de reformas, incluido en este título primero, implica una nueva configuración de la potestad sancionadora en la materia. Las novedades contempladas son muy diversas. En primer término, se garantiza el cumplimiento del principio de reserva de ley, en tanto en cuanto todas las infracciones y sanciones, así como las causas modificativas de la responsabilidad se contemplan en la norma eludiendo la remisión reglamentaria, en una materia como la sancionadora, que puede ser ciertamente compleja en términos constitucionales. Asimismo, se desarrolla en este apartado una necesaria armonización de nuestras disposiciones legales con lo establecido al respecto por el Código Mundial Antidopaje y la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO. Esta medida se completa con el incremento y la redefinición de los tipos infractores y sancionadores, además de ofrecer una definición más exacta del conjunto de obligaciones y derechos de los deportistas, pero también del conjunto de profesionales que intervienen desde su entorno más cercano.

Una de las novedades más importantes de la Ley es la configuración de la potestad disciplinaria en materia de dopaje como una competencia concurrente sucesiva, de forma que la competencia inicial que corresponde a las federaciones deportivas españolas se transfiera, por incumplimiento del plazo legalmente previsto, a la propia Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, que actúa así como órgano disciplinario. De esta forma, se consigue un efecto esencial, como es no demorar la tramitación y resolución de los expedientes en materia de dopaje.

Asimismo, se define un régimen novedoso de revisión de las sanciones en la materia, que trata de dar satisfacción al conjunto de intereses que conviven en el ámbito deportivo, de forma que, sin merma alguna del derecho de defensa ni del derecho a la tutela efectiva, se busquen formas jurídicas diferentes a las del régimen revisor común, a efectos de conseguir que la revisión no suponga una mayor demora, que acabe perjudicando, gravemente, un valor de importancia decisiva: la equidad de las reglas y de las condiciones de participación en la competición deportiva.

A este fin, con el amparo previsto en el art. 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, la Ley instaura un sistema de revisión administrativa especial que, con la fórmula arbitral, sustituye al recurso administrativo clásico. Esta fórmula arbitral descansa, en el plano orgánico, en una sección específica del Comité Español de Disciplina Deportiva, órgano que por su independencia funcional cumple los requisitos establecidos en la Ley procedimental común.

El procedimiento previsto para agilizar la revisión de los expedientes administrativos por dopaje se completa con una prescripción esencial: la generalización del procedimiento abreviado y en instancia única del conocimiento en el ámbito procesal de los recursos contencioso-administrativos que pudieran plantearse contra las resoluciones dictadas por aquel órgano.

Este conjunto de medidas coadyuva a que se logre una agilización de los procedimientos y de los procesos, posibilitando que las resoluciones de los expedientes por dopaje tengan un cauce seguro, ágil y sencillo para su revisión administrativa y jurisdiccional, que permita compaginar el conjunto de los intereses en juego, sin merma de garantías y derechos de los interesados en su revisión.

En otro orden de cosas, directamente relacionado con el conjunto de intereses en juego, la Ley prevé un régimen muy detallado de confidencialidad en el tratamiento de la información relativa al dopaje, con el objetivo de conseguir la identificación de las personas responsables de conocer y tratar la información, determinando responsabilidades en caso de una incorrecta o inadecuada custodia de una información y unos datos estrictamente confidenciales. Se trata, en síntesis, de garantizar a los deportistas que las sanciones impuestas se correspondan, únicamente, con conductas tipificadas y que no se añada un efecto de publicidad, agravante de su situación de manera injusta e injustificable. En este punto, como en otros muchos, la Ley trata de establecer un marco de garantías muy exigente, acorde con nuestro Ordenamiento Jurídico sobre protección de datos de carácter personal, que preserve los derechos a la intimidad, al honor y al buen nombre de los deportistas hasta que, efectivamente, se haya acreditado la infracción.

El título segundo de la Ley se refiere a aspectos genéricos de control del dopaje en el deporte, ya sea éste el de competición o el de mera recreación. Se incluyen un conjunto de medidas, como son la supervisión y revisión del contenido de los botiquines médicos en las competiciones deportivas, la determinación del seguimiento de los medicamentos y productos susceptibles de causar dopaje en el deporte, con el fin de conocer en que momento se altera la cadena de distribución comercial, poniendo los medios para impedir que esos mismos productos o falsificaciones de ellos afloren al mercado en condiciones distintas a las que establece la normativa vigente para su dispensación, o la fijación de estrictas condiciones de comercialización y de control de los productos que pueden causar dopaje en el deporte.

Para intentar asegurar el cumplimiento de las medidas indicadas se arbitra, en el título tercero de esta Ley, un ámbito de tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte. Se introduce un nuevo art. 361 bis en el Código Penal, cuya finalidad es castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud.

Con el establecimiento de este nuevo ilícito penal, se completa el diseño integral de una política criminal contra el dopaje, iniciado en febrero de 2005 al dar luz verde el Consejo de Ministros a la puesta en marcha de un Plan de Acción Integral contra el Dopaje en el Deporte. Entre las 59 medidas aprobadas, se incluía la puesta en marcha de un grupo operativo de intervención, en el seno de la Comisaría General de Policía Judicial, especializado en la persecución de las redes de dopaje, así como la creación por parte de la Fiscalía General del Estado de una unidad especializada en la persecución de delitos relacionados con el dopaje en el deporte.

Por otro lado, se establece que el suministro, la dispensación o la prescripción de sustancias susceptibles de producir dopaje es responsabilidad de quienes, según el Ordenamiento, realizan estas acciones y que, en consecuencia, estas infracciones han de constituir también un grave quebranto de la deontología profesional, que debe tener sanciones específicas en sus respectivos regímenes colegiales.

En último término, con el objetivo de hacer efectiva la capacidad de investigación científica en este ámbito y de preservar la salud en el deporte, la Ley prevé, en su título cuarto, la puesta en marcha de un sistema de información administrativa. Éste tiene por objeto poner a disposición de las Comunidades Autónomas la información disponible más relevante y contrastada, de forma que cada Comunidad Autónoma pueda utilizar estos datos, si así lo desea, en el desarrollo de políticas públicas para la promoción de un deporte saludable y limpio de dopaje en el ejercicio de sus competencias.

En este aspecto, la Ley también contempla la creación de una tarjeta de salud del Deportista, que permitirá acumular, de forma exhaustiva, confidencial y segura, de acuerdo con la normativa vigente sobre protección de datos de carácter personal, un conjunto de informaciones relevantes sobre el deportista, a efectos de realizar un seguimiento preventivo de la evolución de su salud y de sus parámetros vitales más importantes, máxime tras una dedicación tan exigente como la impuesta por la alta competición a la elite deportiva profesional.

La regulación propuesta, con el reforzamiento de la tutela penal, la sistematización de los procedimientos disciplinarios, la determinación de las responsabilidades en su tramitación, la aclaración del sistema de infracciones y sanciones en su conjunto, permite actualizar la normativa preexistente, adecuar nuestro régimen sancionador al recogido en la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO y ponerlo en sintonía con el de los países que, en los últimos años, han reformado sus políticas para conseguir una mayor eficacia en la represión del dopaje en la actividad deportiva.

La incidencia, mediante las medidas de control y supervisión del título segundo, en el ámbito de las actuaciones que puedan realizarse en relación con la actividad deportiva no competitiva constituye, sin embargo, una novedad en nuestro país. Se trata de sistematizar y adaptar a la lucha contra el dopaje en el deporte un conjunto de medidas de las que ya disponen las autoridades en materia de seguridad pública.

Por lo demás, las Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatoria y Finales de este texto obedecen a las finalidades que les son propias. Así, las Disposiciones Transitorias recogen los principios clásicos del Derecho transitorio y las finales se orientan, en su mayoría, a la armonización de textos legales que permita el conocimiento y aplicación de la presente norma con seguridad jurídica.

En síntesis, se trata de establecer un conjunto de medidas, que se justifican para conseguir los siguientes objetivos: preservar la salud pública e individual en el deporte y la adopción de medidas efectivas contra un peligro cierto y contrastado, como es el dopaje, que puede comprometerlas o afectarlas, hasta el punto de poner en serio riesgo la vida misma de los deportistas, así como asegurar el juego limpio en la competición. El marco diseñado cumple con todos los requisitos y exigencias establecidos por nuestro Ordenamiento constitucional en materia de derechos fundamentales y de reparto competencial entre las Administraciones Públicas, por los Tratados Internacionales firmados y pendientes de ratificar por España en materia de lucha contra el dopaje en el deporte, así como por las reglamentaciones del COI y de las organizaciones deportivas internacionales.

DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA. Protección, control y sanción del dopaje en animales.

El Gobierno elaborará y remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley por el que se adapte el régimen de obligaciones y controles que se contienen en esta Ley a los animales que participen en competiciones de ámbito estatal.

Sin perjuicio de lo anterior, se habilita al Gobierno para dictar las disposiciones que fueran necesarias en la adaptación o aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley al ámbito específico de la protección, control y sanción por la administración o utilización de sustancias y métodos prohibidos a animales, que intervienen en actividades y competiciones deportivas.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEGUNDA. Controles de dopaje en los campeonatos deportivos juveniles y universitarios de ámbito estatal.

La Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje podrá ordenar la realización de controles de dopaje durante las fases finales de los campeonatos deportivos juveniles y universitarios de ámbito estatal, en la forma que, reglamentariamente, se determine. A efectos legales, para la realización de estos controles, el título de inscripción en los correspondientes campeonatos tendrá la consideración de licencia deportiva.

A los efectos contemplados en esta disposición, los reglamentos de los citados campeonatos contemplarán el dopaje en el deporte, de forma específica, como falta grave o muy grave, de conformidad con los mismos criterios establecidos en la presente Ley.

DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. Adaptación del régimen sancionador.

Se faculta al Gobierno para adaptar el régimen sancionador previsto en esta Ley, referente a la cuantía de las sanciones y reglas de aplicación de las mismas, a los compromisos internacionales que España suscriba en esta materia.

DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA. Aplicación efectiva del sistema de información administrativa y de la tarjeta de salud del deportista.

El Consejo Superior de Deportes acordará con las Comunidades Autónomas el calendario para la implantación efectiva y coordinada del sistema de información administrativa y de la tarjeta de salud del deportista, en función de las disponibilidades presupuestarias y de los convenios que puedan suscribirse para implementar estas iniciativas.

DISPOSICIÓN ADICIONAL QUINTA. Realización de controles de salud a deportistas profesionales.

Con independencia de lo previsto en el art. 8.2 de esta Ley, cuando las empresas realicen controles de salud a los deportistas profesionales resultará de aplicación la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA. Adaptación de los Estatutos y normas disciplinarias de Colegios Profesionales.

A los efectos de dar efectivo cumplimiento a lo previsto en el art. 43 de la presente Ley, los Colegios Profesionales afectados deberán modificar sus Estatutos y normas reglamentarias para tipificar, expresamente, las responsabilidades previstas en la citada disposición. Esta adaptación estatutaria deberá realizarse en el plazo máximo de un año.

DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA. Financiación de los controles antidopaje.

Los poderes públicos de las distintas Administraciones establecerán un régimen de financiación de los controles antidopaje en las actividades deportivas objeto de esta Ley, con el fin de que los mismos se realicen con las máximas garantías tecnológicas y de procedimiento.

DISPOSICIÓN ADICIONAL OCTAVA. Delimitación del concepto de entidades deportivas a efectos de aplicación de esta Ley.

Sin perjuicio de la aplicación directa a las entidades previstas en el Título III de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, esta Ley será también de aplicación al resto de entidades que organicen competiciones deportivas y estén inscritas en el Registro de Entidades Deportivas del Consejo Superior de Deportes.

DISPOSICIÓN ADICIONAL NOVENA. Instrumentos de colaboración en relación con la tarjeta de salud de los deportistas.

El Estado y las Comunidades Autónomas podrán establecer a través de los correspondientes instrumentos de colaboración fórmulas para la expedición, reconocimiento y realización conjunta o recíproca de la tarjeta de salud de los deportistas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA. Procedimientos disciplinarios en curso.

Los procedimientos disciplinarios en materia de represión del dopaje en el deporte, que hayan sido iniciados al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley, se regirán por la normativa anterior. No obstante, contra el acto que agote la vía administrativa procederá la aplicación de lo establecido en la Disposición Final Segunda de la presente Ley.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA SEGUNDA. Procedimientos finalizados cuya resolución no sea firme.

Los procedimientos sancionadores ultimados en vía administrativa pero cuya resolución no sea firme, se regirán por la norma procesal contencioso-administrativa que proceda y sin que sea de aplicación lo dispuesto en la Disposición Final Segunda.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA. Ejercicio transitorio de las competencias hasta la creación de los nuevos órganos previstos en esta Ley.

Las funciones que esta Ley atribuye a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje serán ejercidas hasta su efectiva creación, respectivamente, por la Comisión Nacional Antidopaje y la Comisión Nacional de Salud del Deportista.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA. Normas y preceptos derogados.

Uno. Quedan derogados los siguientes preceptos de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte: arts: 56, 57 y 58, art. 76.1.d).

Dos. Quedan derogados, asimismo, todos los preceptos de normas de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Modificación de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte.

Uno. Se modifica el apartado 4 del art. 32 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, cuya redacción queda establecida en los siguientes términos: «4. Para la participación en competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, será preciso estar en posesión de una licencia deportiva, expedida por la correspondiente federación deportiva española, según las condiciones y requisitos que se establecerán reglamentariamente. Las licencias expedidas por las federaciones de ámbito autonómico habilitarán para dicha participación cuando éstas se hallen integradas en

las federaciones deportivas españolas, se expidan dentro de las condiciones mínimas de carácter económico que fijen éstas y comuniquen su expedición a las mismas.

Estarán inhabilitados para obtener una licencia deportiva que faculte para participar en las competiciones a las que hace referencia el párrafo anterior los deportistas que hayan sido sancionados por dopaje, tanto en el ámbito estatal como en el internacional, mientras se encuentren cumpliendo la sanción respectiva. Esta inhabilitación impedirá, igualmente, que el Estado reconozca o mantenga la condición de deportista de alto nivel. El Consejo Superior de Deportes y las Comunidades Autónomas acordarán los mecanismos que permitan extender los efectos de estas decisiones a los ámbitos competenciales respectivos, así como dotar de reconocimiento mutuo a las inhabilitaciones para la obtención de las licencias deportivas que permitan participar en competiciones oficiales.

Los deportistas que traten de obtener una licencia deportiva estatal o autonómica homologada podrán ser sometidos, con carácter previo a su concesión, a un control de dopaje, con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta normativa.

Asimismo, no podrán obtener licencia federativa estatal o autonómica homologada aquellas personas que se encuentren inhabilitadas, como consecuencia de las infracciones previstas en los arts. 14 y 15 de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte».

Dos. Se añade un apartado octavo al art. 76 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que tendrá la siguiente redacción: «8. Se consideran infracciones muy graves y graves en materia de dopaje en el deporte las contempladas en la normativa sobre protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, que se regirán por su legislación específica, sin perjuicio de la aplicación supletoria, en su caso, de las disposiciones de esta Ley».

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Modificaciones de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Uno. Se adiciona una letra f) en el art. 9 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Art. 9. Los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo conocerán de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos que tengan por objeto:

«f) En única o primera instancia, de las resoluciones que, en vía de fiscalización, sean dictadas por el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva».

Dos. Se introduce una nueva redacción al apartado primero del art. 78 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Art. 78. «1. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 13.000 euros».

DISPOSICIÓN FINAL TERCERA. Modificación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Uno. Se incorpora una letra p) al art. 23, con la siguiente redacción: «p) El depósito, comercialización o distribución, bajo cualquier modalidad, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica».

Dos. Se incorpora una letra q) al art. 23, con la siguiente redacción: «q) La incitación al consumo, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica».

Tres. El art. 24 queda redactado del siguiente modo: «Art. 24. Gradaciones. Las infracciones tipificadas en los apartados a), b), c), d), e), f), h), i), l), n), p) y q) del anterior artículo, podrán ser consideradas muy graves, teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieran alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieran producido con violencia o amenazas colectivas».

DISPOSICIÓN FINAL CUARTA. Habilitación competencial.

Sin perjuicio de la competencia del Estado para dictar aquellos preceptos relativos a su propia organización y los que se refieren a los intereses que afectan al deporte federado estatal en su conjunto, la presente Ley se dicta al amparo del art. 149.1.16.^a de la Constitución, a excepción de los siguientes preceptos: a) El art. 44, que se dicta al amparo del art. 149.1.6.^a de la Constitución. b) El art. 47, que se dicta al amparo del art. 149.1.31.^a de la Constitución. c) El art. 43 y la Disposición Adicional Sexta, que se dictan al amparo del art. 149.1.18.^a de la Constitución. d) La Disposición Final Segunda, que se dicta al amparo del art. 149.1.5.^a de la Constitución. e) Los arts. 39, 40, 42 y la Disposición Final Tercera, que se dictan al amparo del art. 149.1.29.^a de la Constitución.

DISPOSICIÓN FINAL QUINTA. Naturaleza de la presente Ley.

La presente Ley tiene el carácter de Ley Orgánica, a excepción de los siguientes preceptos y disposiciones:

Arts. 1 al 4, ambos inclusive.

Art. 6, párrafos 4.º y 5.º, excepto los párrafos 1.º al 3.º que tienen carácter orgánico, art. 7, art. 8, excepto el apartado primero que tiene carácter orgánico.

Arts. 9 al 35, ambos inclusive, excepto el párrafo primero del art. 12, que sí tiene carácter orgánico.

Arts. 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48 y 49.

Las Disposiciones Adicionales Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Séptima, Octava y Novena.

Las Disposiciones Transitorias Primera, Segunda y Tercera.

La Disposición Derogatoria.

Las Disposiciones Finales Primera, Segunda, Tercera —salvo en su apartado tres, que sí tiene rango orgánico—, Cuarta, Sexta, Séptima y Octava.

DISPOSICIÓN FINAL SEXTA. Desarrollo reglamentario y habilitación normativa.

Uno. En el plazo de tres meses desde la publicación de la presente Ley, el Gobierno aprobará el Reglamento de composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje.

Dos. En el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Gobierno aprobará el desarrollo reglamentario de la presente Ley.

Tres. Se habilita al Gobierno para aprobar, cuando proceda, cuantas normas sean precisas para garantizar la eficacia de las previsiones de la presente Ley.

DISPOSICIÓN FINAL SÉPTIMA. Adaptación de estatutos y reglamentos federativos.

A los efectos previstos en esta Ley y, especialmente, de lo previsto en el art. 14 de la presente, las federaciones deportivas españolas procederán, en el plazo máximo de seis meses, a contar desde la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, a la adaptación y modificación de sus estatutos y reglamentos.

DISPOSICIÓN FINAL OCTAVA. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses desde su íntegra publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 4/2005, de 10 de octubre, de modificación del Código Penal en materia de delitos de riesgo provocados por explosivos

A todos los que la presente vieren y entendieren

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Gobierno ha elaborado un conjunto de medidas antiterroristas para impulsar la lucha contra las bandas armadas tanto originarias de nuestro país como aquellas otras organizaciones criminales de ámbito internacional. Frente a la amenaza terrorista se hace preciso introducir mejoras en el ordenamiento sancionador con las que nuestro Estado Social y Democrático de Derecho pueda responder a esta amenaza de forma garantista, legítima y eficaz.

A tal efecto, la actual reforma trata de reforzar la intervención sancionadora en un ámbito susceptible de mejorar, como es el de la utilización de sustancias explosivas que puedan causar estragos, con el objetivo de elevar el reproche penal del tráfico indebido y el incumplimiento de los deberes relativos a la seguridad colectiva en la tenencia de tan peligrosas sustancias.

La presente reforma adopta como ineludible punto de partida la necesidad de tutelar la vida y la integridad física de las personas, que encuentran su referente constitucional en los derechos fundamentales del art. 15 de la Constitución Española, frente a cualesquiera atentados contra la seguridad colectiva, entre otros bienes jurídicos.

Al dotar al ordenamiento jurídico de nuevas medidas para intensificar el control y la seguridad de los explosivos que pueden causar estragos se pretende evitar que esas bandas armadas puedan apoderarse de ellos de forma ilícita y puedan, así, cometer gravísimos atentados contra la vida y la integridad física de las personas. La potestad sancionadora administrativa se revela como insuficiente para atajar la conducta de quienes estando obligados a ello no observan las medidas de vigilancia y control de los explosivos. Es evidente que las normas penales vigentes no permiten sancionar estas conductas que pueden coadyuvar en ocasiones a que los terroristas puedan disponer de los explosivos con los que cometen sus actos criminales.

En consecuencia, las mejoras de la legislación penal que ahora se introducen se justifican en la protección de bienes como la vida y la integridad física y, en última instancia, en la protección de la seguridad colectiva frente a infracciones de extremada gravedad realizadas empleando instrumentos explosivos.

Se introducen, por consiguiente, tres nuevos apartados, numerados como 2, 3 y 4, en el art. 348 del Código Penal, con los que se trata de endurecer la respuesta sancionadora frente a conductas ilícitas de los responsables de la vigilancia, el control y la utilización de explosivos.

En primer lugar, se trata ahora de incriminar expresamente la conducta de los sujetos obligados legal o contractualmente a la vigilancia, la custodia y el consumo de sustancias explosivas que puedan causar estragos que contravengan la normativa de explosivos, básicamente el Reglamento de Explosivos, aprobado por el Real Decreto 230/1998, de 16 de febrero, y las disposiciones generales que lo desarrollan. Se requiere, en todo caso, que dicho incumplimiento haya facilitado la efectiva pérdida o sustracción de los explosivos, lo que permite diferenciar esta conducta penalmente relevante del correspondiente ilícito administrativo, que quedará restringido a los casos no comprendidos en la descripción típica, entre otros, la vulneración imprudente del deber de vigilancia o la vulneración dolosa o imprudente de la vigilancia de artefactos pirotécnicos y cartuchería en general.

En segundo lugar, se castigan determinadas infracciones que, en la práctica, impiden constatación de un control eficaz de los explosivos, como son las obstaculizaciones a la actividad inspectora de la Administración, la falsedad u ocultación de información relevante en el ámbito de medidas de seguridad y la desobediencia expresa a las órdenes de la Administración que obliguen a subsanar importantes defectos denunciados en materia de seguridad.

Por otra parte, se aumentan las penas previstas en el apartado 1 del art. 348 del Código Penal, para equiparar las consecuencias jurídicas de este delito a aquellas con las que se conminan los ilícitos del nuevo apartado 2 del mismo artículo. De este modo, las conductas referidas en ambos apartados se castigan con idéntica pena conjunta de prisión, multa e inhabilitación especial, penas que se impondrán en su mitad superior cuando las conductas se cometan por personas que tengan

responsabilidad sobre las empresas o sociedades que manejan y utilizan explosivos. En este último caso, se incluye, como eficaz previsión, la posibilidad de imponer alguna de las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal.

Por su parte, los delitos del nuevo apartado 4 serán castigados con pena de prisión de 6 meses a un año, así como con multa e inhabilitación especial de duración inferior a las previstas en los apartados 1 y 2.

Lógica consecuencia de las anteriores reformas es, por último, la modificación de la rúbrica de la sección 3 del capítulo I del título XVII del libro II, que ahora pasa a denominarse «De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes», con lo que se trata de destacar que en la *ratio legis* o finalidad objetiva que informa la interpretación de estos preceptos cobra relevancia la idea de la peligrosidad de las sustancias explosivas que puedan causar estragos, por cuanto pueden perturbar gravemente la seguridad colectiva y poner en riesgo bienes jurídicos individuales tan esenciales para la convivencia en nuestra sociedad democrática como son la vida o la integridad física.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 2/2005, de 22 junio, de modificación del Código Penal

Juan Carlos I

Rey de España

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal, en su artículo segundo, modificó el Código Penal introduciendo en él los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis. El art. 506 bis castiga con penas de tres a cinco años de prisión e inhabilitación a la autoridad que convocara procesos electorales o consultas populares por vía de referéndum, careciendo de competencias para ello. Este artículo y el 521 bis también penalizan a quienes facilitaran, promovieran o aseguraran la realización de tales procesos o consultas. Por su parte, el art. 576 bis castiga con pena de prisión a la autoridad o funcionario que allegara fondos, bienes, subvenciones o ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos por su relación con delitos de la sección segunda del capítulo V del título XXII del Código Penal.

Los artículos anteriores, cuya derogación se lleva a cabo por la presente Ley, se refieren a conductas que no tienen la suficiente entidad como para merecer el reproche penal, y menos aún si la pena que se contempla es la prisión.

El Derecho penal se rige por los principios de intervención mínima y proporcionalidad, según tiene señalado el Tribunal Constitucional, que ha reiterado que no se puede privar a una persona del derecho a la libertad sin que sea estrictamente imprescindible. En nuestro ordenamiento hay otras formas de control de la legalidad diferentes de la vía penal.

Así, el ejercicio de las potestades de convocar o promover consultas por quien no las tiene legalmente atribuidas es perfectamente controlable por vías diferentes a la penal.

En cuanto a las ayudas públicas a asociaciones o partidos disueltos o suspendidos, el ordenamiento ya prevé una sanción penal si constituyeran actos de participación en asociación ilícita.

En suma, las conductas que se contemplan en estos tipos penales no presentan las notas exigidas para proceder a su incriminación. La Constitución y el conjunto del ordenamiento jurídico ya cuentan con los instrumentos suficientes y adecuados para asegurar el respeto a la legalidad y a las instituciones democráticas y garantizar la convivencia pacífica de todos los ciudadanos.

ARTÍCULO ÚNICO. Modificación del Código Penal.

Quedan suprimidos los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del Código Penal.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Código Penal

A todos los que la presente vieren y entendieren

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA. Entrada en vigor.

El artículo primero de esta Ley Orgánica entrará en vigor el mismo día en que lo haga la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y su artículo segundo entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que modifica el Código Penal

A todos los que la presente vieren y entendieren

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El vigente Código Penal fue aprobado mediante la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre. El tiempo transcurrido desde entonces ha puesto de manifiesto que es preciso llevar a cabo su actualización para abordar nuevas necesidades surgidas con la experiencia obtenida con su aplicación.

La iniciativa reformadora se ha planteado en distintos ámbitos. Ya en 1998 el Congreso de los Diputados aprobó una Resolución instando al Consejo General del Poder Judicial a estudiar la efectiva aplicación del Código Penal, detectando los problemas que la misma comportaba. El citado Consejo General rindió su informe el día 12 de julio de 1999 con el análisis de aquellos aspectos que han planteado mayor complejidad en la aplicación del nuevo Código.

Asimismo, el Presidente del Gobierno, en su discurso de investidura ante el Congreso de los Diputados, celebrado el día 25 de abril de 2000, anunció la reforma del proceso penal, del sistema de penas y del control de su cumplimiento, y la intención del Gobierno de encomendar a una comisión técnica el correspondiente estudio previo. En cumplimiento de este compromiso ante la Cámara, se constituyó, por Orden del Ministro de Justicia de 14 de julio de 2000, una Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas en el seno del Ministerio de Justicia, para realizar un estudio sobre el sistema de penas contenido en el Código Penal, su grado de aplicación y eficacia, y la formulación, en su caso, de una propuesta de reforma legal. La propuesta elevada por dicha Comisión Técnica fundamenta muchas de las reformas del articulado del Código Penal que se contienen en esta Ley Orgánica.

Junto a esta propuesta, que tiene por objeto, esencialmente, el régimen de penas y su aplicación, la reforma del Código Penal pretende la adaptación de los tipos ya existentes y la introducción de nuevas figuras delictivas, en los términos que se desprenden de las diferentes propuestas parlamentarias y de acuerdo con las más acuciantes preocupaciones sociales, con el fin de conseguir que el ordenamiento penal dé una respuesta efectiva a la realidad delictiva actual.

Las reformas del Código Penal que se contienen en esta Ley Orgánica se han abordado en el marco de una revisión parcial, pero sistemática y coherente, del actual Código Penal. Por ello, se ha respetado la estructura y los principios del mismo, la unidad y el sistema del Código Penal de 1995. Por ello, las modificaciones operadas en un importante número de artículos responden exclusivamente a la inclusión de determinadas novedades de carácter técnico como son la sustitución de las denominaciones en pesetas por euros, la inclusión de nuevas penas, la mejora de la sistemática, entre otras.

II

Las reformas más destacables en la parte general del Código Penal son las siguientes:

a. La duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos. b. Se establece en cinco años la duración de la pena que permite distinguir entre la grave de prisión y la menos grave, con lo que se consigue una regulación armonizada con la distribución de competencias entre el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de modo que la Audiencia Provincial conocerá de los delitos castigados con penas graves y los Juzgados de lo Penal de los delitos castigados con penas menos graves. c. Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración —de tres meses en adelante en los delitos—, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, que se crea en esta Ley Orgánica. d. La pena de localización permanente es una importante novedad que trata de dar una respuesta penal efectiva a determinados tipos delictivos y que se basa en la aplicación de nuevas medidas que proporciona el desarrollo de la tecnología. La configuración de esta pena permite su aplicación con éxito para prevenir conductas típicas constitutivas de infracciones penales leves, al mismo tiempo que se evitan los efectos perjudiciales de la reclusión en establecimientos penitenciarios. En relación con su aplicación, se prevé que se cumpla en el domicilio o en otro lugar señalado por el Juez o Tribunal por un período de tiempo que no puede exceder de doce días, ya sean consecutivos o los fines de semana, si el Juez o Tribunal sentenciador lo considera más procedente. e. Se potencia y mejora sustantivamente la eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código Penal del régimen jurídico de su incumplimiento. f. Se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima, incluyéndose la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento. Se establecen por separado las tres modalidades existentes en la actualidad, con el fin de que se pueda imponer la que corresponda a la verdadera naturaleza del delito: la prohibición de residir y acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Y, por último, se mejora técnicamente para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, estableciéndose la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, así como la prohibición de comunicaciones por medios informáticos o telemáticos. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente. g. Se introducen otras novedades como la ampliación de la duración máxima de la pena de privación del derecho a la tenencia de armas, que pasa de 10 a 15 años, o la aclaración de la pena de privación del permiso de conducir vehículos a motor de modo que se especifica que el condenado no podrá conducir ni vehículos ni ciclomotores cuando se le imponga dicha pena. h. Se modifica el delito continuado, de modo que el autor de un delito o falta continuados podrá ser castigado con la pena en su mitad superior, como en la actualidad, pero pudiendo llegar a imponerse la pena en grado superior en su mitad inferior, atendiendo a las circunstancias del delito. i. En relación con la suspensión de la ejecución, se introduce la novedad de excluir, a estos efectos, del conjunto de

la pena o penas impuestas, la pena derivada del impago de la multa. j. Se introducen importantes medidas tendentes a favorecer la rehabilitación de aquellos que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de drogas, alcohol o sustancias psicotrópicas. Para ello, se permite obtener el beneficio de la suspensión cuando las penas impuestas sean hasta de cinco años, y no sólo hasta tres como ocurría hasta el momento. Además, con objeto de que la medida sea eficaz, se mejora el régimen de los requisitos que ha de cumplir el condenado, del tratamiento a que ha de someterse y de su supervisión periódica. De forma coordinada se prevé que, cuando esté próximo el vencimiento de la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial o de deshabitación, se comunique al ministerio fiscal para que inste, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil. k. En relación con la sustitución de las penas se incluye como novedad que, en el caso de que las penas no excedan de dos años en relación con los reos no habituales, puedan ser sustituidas por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, con la finalidad de potenciar la aplicación de esta última modalidad penológica y conseguir un claro efecto resocializador y reeducativo. l. Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Asimismo, en los supuestos de tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso. m. Se modifica el ámbito y alcance del comiso, con el fin de evitar que la comisión del delito pueda producir el más mínimo enriquecimiento para sus autores y partícipes, así como mejorar la represión de los delitos, en especial de narcotráfico y blanqueo de dinero. Para ello se extiende el comiso a los bienes, medios o instrumentos con los que se haya preparado el delito así como a las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar, incluso si se hubieran transmitido a un tercero, salvo que éste los hubiera recibido legalmente de buena fe. También se incorpora el comiso de bienes por valor equivalente, así como se prevé la posibilidad de acordarlo por el Tribunal, incluso cuando no se imponga pena a alguno de los imputados por estar exento de responsabilidad criminal. n. En relación con la multa se introducen diversas modificaciones, que tienen como principales objetivos su coordinación con la pena de prisión, su adaptación a la verdadera situación económica y familiar del condenado y su imposición atendiendo a la verdadera naturaleza del delito. Estas modificaciones respetan el modelo del Código Penal actual, tanto, en términos generales, en cuanto a los supuestos en que configura la multa como una alternativa a la prisión, como en cuanto a la proporcionalidad de dos días de multa por uno de prisión. ñ. Por último, se introducen determinadas reformas técnicas que afectan, entre otros, al concepto de reo habitual, a la extinción de responsabilidad criminal, a los plazos de prescripción de los delitos y a la cancelación de los antecedentes penales.

III

Por lo que se refiere a la reforma de la parte especial del Código Penal, las modificaciones pueden estructurarse en torno a dos categorías: aquellas que se refieren a los criterios generales sobre la penalidad a imponer en cada caso, que son, principalmente, consecuencia de las anteriores modificaciones de la parte general, y aquellas que se refieren a tipos delictuales nuevos.

Las primeras se han introducido teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad, coherencia y respeto a la sistemática que presiden esta reforma, teniendo en cuenta, en casos concretos, para imponer la penalidad correspondiente las circunstancias sociales, económicas y culturales.

En cuanto a los delitos, cabe destacar las siguientes modificaciones:

a. Los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se modifican para impedir interpretaciones que impidan penar determinadas conductas de una especial gravedad. b. Respecto a los delitos relativos a la corrupción de menores, se ha abordado una importante reforma del delito de pornografía infantil, endureciendo las penas, mejorando la técnica en la descripción de las conductas e introduciendo tipos como la posesión para el propio uso del material pornográfico en el que se hayan utilizado menores o incapaces o los supuestos de la nominada pornografía infantil virtual. c. En los delitos de injurias y calumnias contra funcionario público o autoridad administrativa o agente de la misma se ha establecido, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, que puedan ser perseguidas de oficio cuando sea sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos. d. Los delitos de incumplimiento de obligaciones derivadas de los convenios judicialmente aprobados o resoluciones judiciales en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos se mantienen y se incorpora una falta para el caso de las conductas de ínfima gravedad, en este último caso incluyendo cualquier incumplimiento de obligaciones no sólo aquellas que tengan contenido económico. e. Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio. f. Se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, haciendo una minuciosa regulación de las conductas que atentan directa y gravemente contra la prestación de estos servicios, y castigando la manipulación de los equipos de telecomunicación, como en el caso de los teléfonos móviles. Con ello se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación a todos los sectores sociales. g. Se realizan determinadas modificaciones en los tipos delictivos que afectan al medio ambiente, bienes jurídicos especialmente protegidos y objeto de una creciente preocupación social. h. El maltrato de animales domésticos se configura como delito cuando la conducta sea grave, manteniéndose la falta únicamente para los supuestos leves. Asimismo, se introduce como falta el abandono de animales. i. Los delitos contra la salud pública han sido objeto de una mejora técnica, modificándose su descripción, la determinación de los distintos supuestos agravados y atenuados, con sus correspondientes consecuencias en la pena, y la ampliación del alcance de la figura del comiso. Se amplía sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas y se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación o en sus proximidades, así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho. j. Las alteraciones del orden con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos con asistencia de un gran número de personas son objeto de una especial atención, estableciéndose tipos específicos y previéndose la imposición de la pena de privación de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza de aquellos en los que hubiera intervenido el condenado, por un tiempo

superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta. k. Se definen y regulan los delitos que permiten coordinar nuestra legislación interna con las competencias de la Corte Penal Internacional. l. En materia de faltas la reforma ha tenido por objeto, principalmente, sustituir la desaparecida pena de arresto de fin de semana. Como ya se ha dicho, esta sustitución se ha realizado mediante la nueva pena de localización permanente, que tiene su origen en el antiguo arresto domiciliario, la pena de realización de trabajos para la comunidad y la pena de prisión de corta duración. m. Se establece, como se ha señalado, una falta de maltrato de animales cuando la conducta fuese muy leve y no tuviese las consecuencias previstas para el delito. Lo mismo ocurre en relación con la perturbación del orden en los actos públicos o espectáculos deportivos o culturales y con determinadas conductas leves contrarias al medio ambiente.

**Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas
en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica
e integración social de los extranjeros**

A todos los que la presente vieren y entendieren

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

El Plan de lucha contra la delincuencia, presentado por el Gobierno el día 12 de septiembre de 2002, contemplaba un conjunto de actuaciones que incluían medidas tanto organizativas como legislativas. Entre estas últimas se ponía un especial acento en las medidas dirigidas a fortalecer la seguridad ciudadana, combatir la violencia doméstica y favorecer la integración social de los extranjeros.

Esta Ley Orgánica viene a completar el conjunto de medidas legislativas que sirven de desarrollo a dicho plan y, por ello, no debe considerarse aisladamente, sino en el conjunto de iniciativas del Gobierno para mejorar la protección de los derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia.

Alcanzar estos objetivos exige abordar una serie de reformas en las materias mencionadas para lograr un perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, cuyos elementos esenciales se exponen a continuación.

II

La realidad social ha puesto de manifiesto que uno de los principales problemas a los que tiene que dar respuesta el ordenamiento jurídico penal es el de la delincuencia que reiteradamente comete sus acciones, o lo que es lo mismo, la delincuencia profesionalizada. Son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada.

El presente texto establece, en primer lugar, medidas dirigidas a dar una respuesta adecuada a aquellos supuestos en que los autores ya han sido condenados por la realización de actividades

delictivas, a través de la aplicación de la agravante de reincidencia, en este caso cualificada por el número de delitos cometidos, siguiendo un criterio ya establecido en nuestra doctrina y en nuestros textos legales.

Se introduce, por tanto, una nueva circunstancia agravante de reincidencia cuando se dé la cualificación de haber sido el imputado condenado ejecutoriamente por tres delitos, permitiéndose, en este caso, elevar la pena en grado. Dicha circunstancia de agravación es compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, siendo el juzgador el que, ponderando la magnitud de pena impuesta en las condiciones precedentes y el número de éstas, así como la gravedad de la lesión o el peligro para el bien jurídico producido por el nuevo hecho, imponga, en su caso, la pena superior en grado.

Por otra parte, se recogen medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta cuando los hechos infractores del Código Penal cometidos con anterioridad no hubieran sido aún juzgados y condenados. Así, los arts. 147, respecto a las lesiones; 234, respecto al hurto, y 244, respecto a la sustracción de vehículos, establecen una pena de delito para la reiteración en la comisión de faltas, siempre que la frecuencia sea la de cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año, y en el caso de los hurtos o sustracción de vehículos de motor el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

III

El fenómeno de la violencia doméstica tiene un alcance ciertamente pluridisciplinar. Es preciso abordarlo con medidas preventivas, con medidas asistenciales y de intervención social a favor de la víctima, con medidas incentivadoras de la investigación, y también con medidas legislativas orientadas a disuadir de la comisión de estos delitos.

Por ello, los delitos relacionados con la violencia doméstica han sido objeto en esta reforma de una preferente atención, para que el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos.

También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido.

En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código Penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo cual se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. Por esta razón se ajusta técnicamente la falta regulada en el art. 617.

En segundo lugar, respecto a los delitos de violencia doméstica cometidos con habitualidad, se les dota de una mejor sistemática, se amplía el círculo de sus posibles víctimas, se impone, en todo caso, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y se abre la posibilidad de que el Juez o Tribunal sentenciador acuerde la privación de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento.

IV

Nuestro ordenamiento jurídico proporciona una adecuada respuesta y protección a los extranjeros que residen legalmente en España. Sin embargo, también es cierto que la experiencia

acumulada frente a un fenómeno cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas:

La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos. Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del art. 89, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el Juez Penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. En concreto, se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de la pena por la expulsión. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión. De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto. Paralelamente se reforma el art. 108 del Código Penal para establecer, con carácter general, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España en sustitución de las medidas de seguridad aplicadas por el Juez o Tribunal a consecuencia de la comisión de un delito.

La respuesta penal frente a las nuevas formas de delincuencia que se aprovechan del fenómeno de la inmigración para cometer sus delitos. La modificación de los arts. 318 y 318 bis del Código Penal (y la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188) tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas, que impide la integración de los extranjeros en el país de destino. La Unión Europea ha desplegado un notable esfuerzo en este sentido, ya que el Tratado establece, entre los objetivos atribuidos a la Unión, la lucha contra la trata de seres humanos, aproximando cuando proceda las normas de Derecho penal de los Estados miembros. La prioridad de esta acción se recordó en el Consejo Europeo de Tampere, y se ha concretado en las recientes iniciativas del Consejo para establecer un marco penal común de ámbito europeo relativo a la lucha contra la trata de seres humanos y a la lucha contra la inmigración clandestina. Nuestro ordenamiento jurídico ya recogía medidas para combatir este tipo de delincuencia, realizando la presente reforma una tarea de consolidación y perfeccionamiento de las mismas. El nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad al respecto, estableciendo que el tráfico ilegal de personas —con independencia de que sean o no trabajadores— será castigado con prisión de cuatro a ocho años. Con ello, los umbrales de penas resultantes satisfacen plenamente los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. En aras a una efectiva protección de las personas mediante la prevención de este tipo de conductas, se agravan las penas cuando el tráfico ilegal, entre otros supuestos, ponga en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, o la víctima sea menor de edad o incapaz. Por último, se ha incluido en el art. 318 la posibilidad de que los Jueces o Tribunales impongan alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 del Código Penal.

La existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, la reforma se plantea desde el reconocimiento de que con la integra-

ción social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina. En la actual reforma se modifica el art. 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años. Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país. Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el art. 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio. El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la Ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España. Para ello, se reforma el art. 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la Ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la Ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Por último, la adaptación de la Ley de extranjería a la realidad delictiva y procesal existente. Esta Ley Orgánica reforma también la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ya fue modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, para mejorar el régimen jurídico de entrada y permanencia en territorio español de los extranjeros. Se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del art. 57 y del art. 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal. Con la nueva redacción del apartado 4 del art. 57 se mejora el texto actual, aclarando que la expulsión, además de conllevar en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado, implicará también el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. Igualmente, esta Ley Orgánica, al modificar el art. 57.7 de la

Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, trata de hacer frente a los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o varios procesos penales. La solución que se adopta consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión. La nueva redacción del art. 57.7 establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello. En él, la autoridad gubernativa solicita la autorización judicial para llevar a cabo la expulsión acordada en un expediente administrativo cuando el extranjero se encuentre incurso en un procedimiento penal. El plazo para dictar dicha resolución judicial es muy breve, pues no podrá pasar de los tres días. Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. También se prevé el modo de actuar cuando sean varios los órganos judiciales que están conociendo procesos penales contra un mismo ciudadano extranjero. En este caso, como es lógico, se impone a la autoridad gubernativa el deber de solicitar la autorización de la expulsión a todos esos órganos jurisdiccionales. Por último, esta reforma también mejora la regulación de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento. Con ella se trata de garantizar que las resoluciones administrativas o judiciales de expulsión no queden sin efecto por la imposibilidad de hallar al extranjero.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Carácter de esta Ley.

El artículo tercero de esta Ley tiene carácter ordinario y se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, conforme al art. 149.1.8 de la Constitución.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas

A todos los que la presente vieren y entendieren

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La Constitución, en sus arts. 9.3 y 25, establece los principios de legalidad y tipicidad como fundamentos del ordenamiento jurídico penal, principios que la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional ha concretado y desarrollado de manera muy clara. Ambos principios tienen como finalidad garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, a la que hace expresa mención también el art. 9.3 de la Constitución.

De acuerdo con ellos, el ciudadano tiene derecho a saber con certeza jurídica qué es delito o falta y qué no lo es. El mismo derecho tiene a saber cuál es la pena que le corresponde a la acción tipificada en la norma penal como delito o falta.

Consecuencia lógica de estos derechos y exigencia necesaria del principio de seguridad jurídica que rige nuestro ordenamiento, es el derecho del ciudadano a conocer con certeza cuál es la forma en la que se van a aplicar las penas, a saber, en definitiva, en qué se va a traducir en la práctica la pena o sanción impuesta.

La realidad diaria y la experiencia ponen de manifiesto cómo en el cumplimiento de las penas existen amplios ámbitos de discrecionalidad, ámbitos variables en los que resulta oportuno, según la mejor doctrina, establecer reglas para hacer un pronóstico más certero de la pena a cumplir.

Esta Ley Orgánica se dirige a perfeccionar el ordenamiento jurídico con el fin de concretar la forma del cumplimiento de las penas para conseguir que se lleve a cabo de manera íntegra y efectiva y, en consecuencia, dar mayor protagonismo al principio de seguridad jurídica en esta materia, siempre desde el escrupuloso respeto a los principios contenidos en el art. 25 de la Constitución.

II

Pero, además de asegurar este derecho, la ley persigue un claro objetivo, conforme con su propia naturaleza penal: el de lograr una lucha más efectiva contra la criminalidad. Como ha señalado autorizada doctrina penal, el mayor freno de los delitos no es la dureza de las penas, sino su infalibilidad, de modo que la certeza de un castigo, aunque éste sea moderado, surtirá más efecto que el temor de otro más severo unido a la esperanza de la impunidad o de su incumplimiento.

La sociedad demanda una protección más eficaz frente a las formas de delincuencia más graves, en concreto, los delitos de terrorismo, los procedentes del crimen organizado y los que revisten una gran peligrosidad, protección que el Estado de Derecho no sólo puede sino que tiene la obligación de proporcionar. La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y reeducación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto.

III

En primer lugar, se reforma el art. 36 del Código Penal para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como período de seguridad en otros derechos europeos, el cual, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta.

Esta reforma procede de las propuestas elevadas por la comisión técnica para el estudio de la reforma del sistema de penas. Se considera necesaria la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento penal, que sirve de puente entre este ordenamiento y el penitenciario, ya que, a la hora de determinar la proporcionalidad de las penas, su concreta extensión y su adecuación a los fines de prevención general y especial, no pueden hacerse propuestas al margen de la legislación penitenciaria.

En efecto, el sistema de progresión de grados, permisos, régimen abierto y concesión de libertad condicional puede hacer que la pena prevista por el Código Penal y fijada en la Sentencia quede muy distante de la efectivamente cumplida.

A fin de resolver esta situación, al menos en lo tocante a los delitos de mayor gravedad, se establece en el art. 36 del Código Penal la precisión de que, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introduce la previsión de que el Juez de vigilancia podrá acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento.

IV

En segundo lugar, se reforma el art. 76 del Código Penal para modificar el límite máximo de cumplimiento de las penas elevándolo a 40 años para los supuestos en que se cometan dos o más delitos de terrorismo, estando alguno de ellos castigado con pena de prisión superior a 20 años, lo que encaja en los casos en que se cometen atentados terroristas causando la muerte de personas.

Igualmente se eleva a 40 años el límite máximo de cumplimiento de las penas en los supuestos de que se hayan cometido dos o más delitos de especial gravedad, castigados por la ley con más de 20 años de prisión.

La reforma supone ampliar el límite máximo de cumplimiento de penas a 40 años, desde el respeto escrupuloso al principio de que el cumplimiento de todas las penas correspondientes a todos los delitos cometidos por el mismo autor podría privar en algunos supuestos de efectos a los principios constitucionales de cumplimiento de las penas. Sin embargo, también es cierto que existen determinados delitos que por su especial gravedad, la naturaleza del bien jurídico lesionado, la reincidencia con que los cometen sus autores, así como por el hecho de que puedan llevarse a cabo por bandas organizadas con el único fin de subvertir el orden constitucional, alterar gravemente la paz pública o atemorizar con estos fines a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, exigen una respuesta más contundente del ordenamiento jurídico penal.

Más aún cuando, en la práctica, las reglas que el Código Penal estableció con el fin constitucional de dar cumplimiento a principios generales del ordenamiento jurídico penal se están utilizando, precisamente, para vulnerar dichos principios, convirtiéndose en instrumentos que los terroristas utilizan en su beneficio en su constante vulneración de las reglas y principios del Estado de Derecho.

V

La Ley reforma el art. 78 del Código Penal para que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional en los supuestos de crímenes especialmente graves se refieran siempre a la totalidad de las penas impuestas en las Sentencias.

Se trata de activar una respuesta penal más efectiva frente a los autores de crímenes muy graves, que además han cometido una pluralidad de delitos, es decir, frente a aquellos que se encuentren en los límites máximos señalados por el art. 76 del Código Penal (25, 30 ó 40 años de cumplimiento efectivo de condena a pena de prisión) y siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas. Cuando no lleguen a entrar en juego estos límites máximos, debe mantenerse plenamente la facultad decisoria del Juez o Tribunal ya señalada al principio.

Con esta regla, y frente a supuestos de condenas a 100, 200 ó 300 años, el delincuente cumplirá en la práctica de forma íntegra y efectiva el límite máximo de condena.

Además, se incorporan igualmente los períodos mínimos de cumplimiento efectivo de las condenas que permitirían acceder a los beneficios penitenciarios, siempre que concurren las condiciones que con carácter general se precisan en la ley. En los casos de delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá acordar la concesión de un tercer grado cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena impuesta, y podrá acordar la concesión de la libertad condicional cuando quede por cumplir una octava parte del mencionado límite.

VI

Se modifican, igualmente, en el Código Penal los arts. 90 y 91 relativos a la libertad condicional. Con esta modificación se trata de mejorar técnicamente los supuestos de otorgamiento de dicha libertad condicional y su adaptación a las distintas modalidades delictivas.

Así, se refuerza la necesidad de valorar en su conjunto todas las circunstancias a las que hace referencia el artículo antes de adoptar la decisión de conceder la libertad condicional. De este modo, el cumplimiento de las tres cuartas partes de la condena no es el único requisito determinante, sino que debe ser valorado junto con las demás circunstancias contempladas en el precepto. Igualmente, se introduce el criterio de la satisfacción de las responsabilidades civiles en los supuestos y en los términos previstos en la Ley Orgánica General Penitenciaria. Por último, también se explicitan las circunstancias que deben considerarse a la hora de conceder la libertad condicional en los casos de delitos de terrorismo y criminalidad organizada.

Con todo ello se consigue dotar de una mayor seguridad jurídica a la virtualidad de este beneficio penitenciario.

Asimismo, se modifica el art. 93 del Código Penal, con el fin de que en caso de incumplimiento de las condiciones y reglas de conducta que permitieron obtener la libertad condicional, cuando se trate de delitos de terrorismo, el penado cumpla el tiempo que reste del cumplimiento de condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

VII

Se introduce un nuevo apartado en la Disposición Adicional Quinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el que se establece el efecto suspensivo del recurso contra resoluciones en materia de clasificación de penados o concesión de libertad provisional para evitar la posibilidad de que la excarcelación se produzca sin la intervención del órgano jurisdiccional *ad quem*, en los casos de delitos graves, para evitar que una excarcelación inmediata por una decisión de libertad condicional haga ineficaz la resolución que en virtud de un recurso de apelación pueda dictarse.

No se desconoce con esta previsión la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la eficacia inmediata de las resoluciones que acuerdan la libertad provisional. Sin embargo, el supuesto normado es distinto, pues no se parte de una situación de libertad que ha quedado interrumpida por una decisión judicial que no ha recaído sobre el fondo, sino de una situación de cumplimiento de pena por resolución judicial de condena que puede verse interrumpida por un cambio en el régimen de aplicación de la pena. La diferencia es que en este caso la falta de libertad es la consecuencia inherente a la pena impuesta y la libertad supone una excarcelación anticipada como consecuencia de una progresión de grado o un acuerdo de libertad condicional. Por otro lado, con el fin de asegurar que el efecto suspensivo del recurso dure lo menos posible, se prevé que el órgano *ad quem* pueda pronunciarse sobre la puesta en libertad y que la tramitación del recurso sea preferente y urgente.

VIII

En la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, se introducen dos nuevos apartados en el art. 72, en cuya virtud la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por la ley, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito y que muestre signos inequívocos de haber abandonado la actividad terrorista, colaborando activamente con las autoridades en la lucha contra el terrorismo.

El primer apartado exige la satisfacción de la responsabilidad civil como requisito para alcanzar el tercer grado, teniendo en cuenta que el pronóstico favorable de reinserción social que preside la concesión de este grado de tratamiento debe considerar la conducta efectivamente observada por el penado en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales, así como las garantías de que las satisfaga con el patrimonio que pudiese llegar a adquirir en tanto no haya satisfecho su responsabilidad.

Esta exigencia se justifica plenamente en aquellos delitos que han permitido al culpable obtener un importante enriquecimiento ilícito y no se satisfacen las responsabilidades pecuniarias fijadas en Sentencia a causa de haber ocultado el penado su patrimonio. Por ello, se aplicará esta norma, singularmente, cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas, por delitos contra los derechos de los trabajadores, por delitos de terrorismo, por delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social, así como delitos contra la Administración Pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

En el segundo apartado, la clasificación en el tercer grado penitenciario en el caso de penados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales exige que

los terroristas hayan satisfecho su responsabilidad civil en los términos del apartado anterior, así como que hayan abandonado la actividad terrorista y hayan colaborado activamente con las autoridades para la obtención de pruebas o la identificación de otros terroristas, en los términos previstos en la Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

IX

Dentro de la misma filosofía de garantizar la seguridad jurídica en el cumplimiento efectivo del contenido de las Sentencias penales, se reforma el art. 989 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para dotar a la Administración de Justicia de más medios legales que le permitan una eficaz ejecución de las Sentencias.

A tal fin, los Jueces y Tribunales podrán encomendar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria o, en su caso, a los organismos tributarios de las haciendas forales las actuaciones de investigación patrimonial necesarias para poner de manifiesto las rentas y el patrimonio presentes y que vaya adquiriendo en el futuro el condenado hasta tanto no se haya satisfecho la responsabilidad civil determinada en Sentencia.

X

Por último, mediante la Disposición Transitoria Única, la Ley establece que los criterios objetivos de acceso a los beneficios penitenciarios se apliquen a quienes cumplen en el momento de su entrada en vigor penas de prisión por delitos de terrorismo sin que se modifiquen, en estos casos, los plazos y demás condiciones por las que hasta ese momento se regían las condiciones de dichos beneficios.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA.

Lo dispuesto, conforme a esta Ley, en los arts. 90 y 93.2 del Código Penal, respecto a las circunstancias para acceder a la concesión de la libertad condicional, y en el art. 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria respecto a la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario, será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor, con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena.

DISPOSICIÓN FINAL PRIMERA. Naturaleza de esta Ley.

Esta Ley tiene carácter de Ley Orgánica, salvo el artículo cuarto que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

DISPOSICIÓN FINAL SEGUNDA. Entrada en vigor.

La presente Ley Orgánica entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

**III. RELACIÓN DE ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 MODIFICADOS
Y ADICIONADOS CON INDICACIÓN DE LA CORRESPONDIENTE REFORMA**

Art. 19	Disposición Final Séptima LO 5/2000
Art. 23	LO 11/2003
Art. 31	LO 15/2003
Art. 33	LL.OO. 14/1999 y 15/2003
Art. 35	LO 15/2003
Art. 36	LL.OO. 7 y 15/2003
Art. 37	LO 15/2003
Art. 39	LL.OO. 14/1999 y 15/2003
Art. 40	LL.OO. 7/2000 y 15/2003
Art. 42	LO 15/2003
Art. 46	“ “
Art. 47	LO 15/2007
Art. 48	LL.OO. 14/1999 y 15/2003
Art. 49	LO 15/2003
Art. 50	“ “
Art. 51	“ “
Art. 52	“ “
Art. 53	“ “
Art. 56	“ “
Art. 57	LL.OO. 11 y 14/1999 y 15/2003
Art. 58	LO 15/2003
Art. 61	“ “
Art. 65	“ “
Art. 66	LO 11/2003
Art. 68	LO 15/2003
Art. 69	Disposición Final Séptima LO 5/2000
Art. 70	LO 15/2003
Art. 71	“ “
Art. 72	“ “
Art. 74	“ “
Art. 76	LO 7/2003
Art. 78	“ “
Art. 80	LO 15/2003
Art. 81	LL.OO. 11/1999 y 15/2003
Art. 82	LO 15/2003
Art. 83	LL.OO. 14/1999, 15/2003 y 1/2004
Art. 84	LO 15/2003 y 1/2004
Art. 85	LO 15/2003
Art. 87	“ “

Art. 88	LO 15/2003 y 1/2004
Art. 89	Disposición Adicional Segunda LL.OO. 8/2000, y 11/2003
Art. 90	LO 7/2003
Art. 91	“ “
Art. 92	LO 15/2003
Art. 93	LO 7/2003
Art. 94	LO 15/2003
Art. 95	“ “
Art. 96	“ “
Art. 97	“ “
Art. 99	“ “
Art. 100	“ “
Art. 104	“ “
Art. 105	LL.OO. 11 y 14/1999 y 15/2003
Art. 108	LO 11/2003
Art. 127	LO 15/2003
Art. 129	“ “
Art. 130	“ “
Art. 131	“ “
Art. 132	LL.OO. 11 y 14/1999 y 15/2003
Art. 133	LO 15/2003
Art. 136	“ “
Art. 146	“ “
Art. 147	
Art. 148	LL.OO. 11 y 15/2003 y LO 1/2004
Art. 149	LO 11/2003
Art. 152	LO 15/2003
Art. 153	LL.OO. 14/1999, 11/2003 y 1/2004
Art. 154	LO 15/2003
Art. 158	“ “
Art. 160	“ “
Art. 161	“ “
Art. 162	“ “
Art. 170	LL.OO. 2/1998 y 15/2003
Art. 171	LL.OO. 15/2003 y 1/2004
Art. 172	“ “
Art. 173	LO 11/2003
Art. 174	LO 15/1999
Art. 178	LO 11/1999
Art. 179	LL.OO. 11/1999 y 15/2003
Art. 180	LO 11/1999
Art. 181	“ “

Art. 182	LL.OO. 11/1999 y 15/2003
Art. 183	“ “
Art. 184	“ “
Art. 185	“ “
Art. 186	“ “
Art. 187	LO 11/1999
Art. 188	LL.OO. 11/1999 y 11/2003
Art. 189	LL.OO. 11/1999 y 15/2003
Art. 190	LO 11/1999
Art. 195	LO 15/2003
Art. 206	“ “
Art. 215	“ “
Art. 221	“ “
Art. 224	LO 9/2002
Art. 225	LO 15/2003
Art. 225 bis	LO 9/2002
Art. 226	LO 15/2003
Art. 227	“ “
Art. 234	LL.OO. 11 y 15/2003
Art. 236	LO 15/2003
Art. 244	LL.OO. 11 y 15/2003
Art. 246	LO 15/2003
Art. 247	“ “
Art. 248	“ “
Art. 249	“ “
Art. 252	“ “
Art. 253	“ “
Art. 254	“ “
Art. 255	“ “
Art. 256	“ “
Art. 259	“ “
Art. 260	“ “
Art. 261	“ “
Art. 262	“ “
Art. 263	“ “
Art. 266	LO 7/2000
Art. 267	LO 15/2003
Art. 270	“ “
Art. 271	“ “
Art. 273	“ “
Art. 274	“ “
Art. 276	“ “

Art. 282	“ “
Art. 284	“ “
Art. 285	“ “
Art. 286	“ “
Art. 287	“ “
Art. 289	“ “
Art. 298	“ “
Art. 299	“ “
Art. 301	“ “
Art. 302	“ “
Art. 305	“ “
Art. 306	“ “
Art. 307	“ “
Art. 308	“ “
Art. 309	“ “
Art. 310	“ “
Art. 312	Disposición Final Primera LO 4/2000
Art. 314	LO 15/2003
Art. 318	LO 11/2003
Art. 318 bis	Disposición Final Segunda LL.OO. 4/2000 y 11/2003
Art. 324	LO 15/2003
Art. 325	“ “
Art. 328	“ “
Art. 332	“ “
Art. 333	“ “
Art. 334	“ “
Art. 335	“ “
Art. 336	“ “
Art. 337	“ “
Art. 346	LL.OO. 7/2000 y 15/2003
Art. 348	LO 4/2005
Art. 351	LO 7/2000
Art. 361 bis	LO 7/2006, 21 noviembre
Art. 369	LO 15/2003
Art. 370	“ “
Art. 371	“ “
Art. 374	“ “
Art. 376	“ “
Art. 379	LO 15/2007
Art. 380	LL.OO 15/2003 y 15/2007
Art. 381	LL.OO 15/2003 y 15/2007
Art. 382	LL.OO 15/2003 y 15/2007

Art. 383	LL.OO 15/2003 y 15/2007
Art. 384	LL.OO 15/2003 y 15/2007
Art. 385	LL.OO 15/2003 y 15/2007
Art. 386	“ “
Art. 387	“ “
Art. 389	“ “
Art. 432	“ “
Art. 443	“ “
Art. 444	“ “
Art. 445	“ “
Art. 445 bis	LO 3/2000
Art. 451	LO 15/2003
Art. 461	“ “
Art. 463	“ “
Art. 468	LL.OO. 15/2003 y 1/2004
Art. 471 bis	LO 15/2003
Art. 502	“ “
Art. 504	LO 7/2000
Art. 505	LL.OO. 7/2000 y 1/2003
Art. 506 bis	LO 20/2003, suprimido por LO 2/2005
Art. 514	LL.OO. 2/1998 y 15/2003
Art. 515	Disposición Final Tercera LL.OO. 4/2000, y 11 y 15/2003
Art. 517	Disposición Final Tercera LO 4/2000
Art. 518	“ “
Art. 521 bis	LO 20/2003, suprimido por LO 2/2005
Art. 524	LO 15/2003
Art. 526	“ “
Art. 527	LL.OO. 7/1998 y 3/2002
Art. 528	LO 7/1998
Art. 551	LO 7/2000
Art. 557	LO 15/2003
Art. 558	“ “
Art. 561	“ “
Art. 566	LL.OO. 2/2000 y 15/2003
Art. 567	“ “
Art. 570	LO 15/2003
Art. 576 bis	LO 20/2000, suprimido por LO 2/2005
Art. 577	LO 7/2000
Art. 578	“ “
Art. 579	“ “
Art. 604	LL.OO. 7/1998 y 3/2002
Art. 607 bis	LO 15/2003

Art. 608	“ “
Art. 610	“ “
Art. 611	“ “
Art. 612	“ “
Art. 613	“ “
Art. 614 bis	“ “
Art. 615 bis	“ “
Art. 616 bis	“ “
Art. 617	LL.OO. 11 y 14/1999 y 11 y 15/2003
Art. 618	LO 15/2003
Art. 620	LL.OO. 14/1999, 15/2003 y 1/2004
Art. 621	LO 15/2003
Art. 622	LO 9/2002
Art. 623	LO 15/2003
Art. 624	“ “
Art. 625	“ “
Art. 626	“ “
Art. 627	“ “
Art. 628	“ “
Art. 629	“ “
Art. 630	“ “
Art. 631	“ “
Art. 632	“ “
Art. 633	“ “
Art. 635	“ “
Art. 636	“ “
Art. 637	“ “
DT Duodécima	Disposición Final Quinta LO 5/2000

CÓDIGO PENAL

§ 1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

§ 1. LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL

(*BOE* de 24 de noviembre de 1995; c.e. *BOE* de 2 de marzo de 1996)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse.

A partir de los distintos intentos de reforma llevados a cabo desde la instauración del régimen democrático, el Gobierno ha elaborado el Proyecto que somete a la discusión y aprobación de las Cámaras. Debe, por ello, exponer, siquiera sea de modo sucinto, los criterios en que se inspira, aunque éstos puedan deducirse con facilidad de la lectura de su texto.

El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales. Los cambios que introduce en esa dirección el presente proyecto son innumerables, pero merece la pena destacar algunos.

En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución (LA LEY 2500/1978) le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad.

En segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales.

En tercer lugar, se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial medida el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos: sirva de ejemplo, de una parte, la tutela específica de la integridad moral y, de otra la nueva regulación de los delitos contra el honor. Al tutelar específicamente la integridad moral, se otorga al ciudadano una protección más fuerte frente a la tortura, y al configurar los delitos contra el honor del modo en que se propone, se otorga a la libertad de expresión toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático.

En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados.

En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. Ciertamente no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto.

Dejando el ámbito de los principios y descendiendo al de las técnicas de elaboración, el presente proyecto difiere de los anteriores en la pretensión de universalidad. Se venía operando con la idea de que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esa idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora.

Innecesaria, porque la opción decimonónica a favor del Código Penal y en contra de las leyes especiales se basaba en el hecho innegable de que el legislador, al elaborar un Código, se hallaba constreñido, por razones externas de trascendencia social, a respetar los principios constitucionales, cosa que no ocurría, u ocurría en menor medida, en el caso de una ley particular. En el marco de un constitucionalismo flexible, era ese un argumento de especial importancia para fundamentar la pretensión de universalidad absoluta del Código. Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución (LA LEY 2500/1978) y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban.

Perturbadora, porque, aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles. Tal es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios. En ellos, la modificación constante de las condiciones económicas y del contexto normativo, en el que, quiérase o no, se integran tales delitos, aconseja situar las normas penales en dicho contexto y dejarlas fuera del Código: por lo demás, ésa es nuestra tradición, y no faltan, en los países de nuestro entorno, ejemplos caracterizados de un proceder semejante.

Así pues, en ese y en otros parecidos, se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias. La misma técnica se ha utilizado para las normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, junto a razones semejantes a las anteriormente expuestas, podría argüirse que no se trata de normas incriminadoras, sino de normas que regulan supuestos de no incriminación. El Tribunal Constitucional exigió que, en la configuración de dichos supuestos, se adoptasen garantías que no parecen propias de un Código Penal, sino más bien de otro tipo de norma.

En la elaboración del proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar.

No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos deseamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse.

TÍTULO PRELIMINAR
DE LAS GARANTÍAS PENALES Y DE LA APLICACIÓN
DE LA LEY PENAL

Artículo 1.

No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.

Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 1.1, 9.3, 25.1, 53.1 y 81.1.

CC: arts. 1, 2, 4.2 y 8.

CP: arts. 2 a 4, 6, 95 y ss., Disp. Adic. 1.^a, Disp. Trans. 1.^a, 2.^a, 10.^a y 11.^a y Disp. Derogatoria Única.

CPM: arts. 1 y 4.

LORPM: art. 43.

LOGP: art. 2.

RP: art. 3.

DUDH: art. 11.2.º.

PIDCP: art. 15.

CEDH: art. 7 y Protocolo 7, art. 4.

CDFUE: art. 49.1.

LOPJ: arts. 1 a 5, 7, 9 y 23.

LECrin.: arts. 1 y 990.

Contenido del principio de legalidad

El principio de legalidad en el ámbito jurídico penal opera en cuatro ámbitos generando específicas garantías: la *garantía criminal* propiamente dicha, que luego se comenta; la *garantía penal* que se refiere a la exclusiva imposición de las penas o medidas de seguridad previstas en el CP y leyes penales especiales; la *garantía procesal*, que exige una sentencia firme dictada conforme a las normas procesales para la imposición de dichas penas o medidas de seguridad, y la *garantía penitenciaria* (arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 10 CP, y concordantes) (STS de 20 de mayo de 1997 [LA LEY 6984/1997]).

El legislador tiene el monopolio de la política criminal, teniendo en consecuencia la «potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes protegidos, los comportamientos penales reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo» (SSTC 55/1996 de 28 de marzo [LA LEY 4318/1996], 161/1997 de 2 de octubre [LA LEY 10013/1997], 136/1999 de 20 de julio [LA LEY 9614/1999] y 127/2009 de 26 de mayo [LA LEY 76108/2009]), sin que el TC pueda ir más allá de constatar si se respetan los derechos fundamentales, en particular los dere-

chos a la legalidad penal (art. 25.1 CE, determinación y taxatividad de la descripción típica) y a la igualdad (art. 14 CE). Respecto a la desigualdad que se produce cuando la mujer en materia de violencia de género es discriminada positiva y proporcionalmente respecto al varón, se considera constitucional en atención a la superioridad de éste por razones físicas y culturales (SSTC 59/2008 de 14 de mayo [LA LEY 31895/2008], 80 a 83/2008 de 17 de julio [LA LEY 103542/2008], [LA LEY 103541/2008], [LA LEY 102303/2008], [LA LEY 103539/2008], 97, 98 y 100/2008 de 24 de julio [LA LEY 102305/2008], [LA LEY 102307/2008], [LA LEY 102301/2008,] 45/2009 de 19 de febrero [LA LEY 1887/2009] y 127/2009 de 26 de mayo [LA LEY 76108/2009]).

Si el legislador tiene el monopolio de la política criminal y de crear la ley penal, los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal tienen el monopolio de aplicarla, efectuando el correspondiente juicio de subsunción, sin que pueda el TC revisar la calificación jurídica de un hecho, si la conducta se integra perfectamente en el tipo penal (SSTC 76 y 258/2007 de 15 de abril y 18 de diciembre [LA LEY 14415/2007] [LA LEY 202068/2007] y 34/2009 de 9 de febrero [LA LEY 3096/2009]), pero sí resultaría afectado el derecho fundamental a la legalidad previsto en el art. 25.1 CE cuando sea «la subsunción de los hechos ajena al significado de los términos de la norma aplicada» o cuando se trate de «aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o in discutiblemente extravagante— o axiológica —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional— conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios» (SSTC 76 y 258/2007 de 15 de abril y 18 de diciembre [LA LEY 14415/2007] [LA LEY 202068/2007], de las que son precedente las 137/1997 de 21 de julio [LA LEY 9285/1997], 151/1997 29 de septiembre [LA LEY 10209/1997] y 232/1997, de 16 de diciembre [LA LEY 384/1998] y 189/1998 de 28 de septiembre [LA LEY 9333/1998], 125/2001 de 4 de junio [LA LEY 6088/2001] y 221/2001 de 31 de octubre [LA LEY 8782/2001], 123/2002 de 20 de junio [LA LEY 5840/2002] y 228/2002 de 9 de diciembre [LA LEY 10669/2003]), es decir, que sólo si la subsunción se hace de modo irrazonable, bien por la interpretación de la norma, bien por el juicio de subsunción en sí, se conculca el mencionado derecho fundamental a la legalidad, al producirse una «condena sorpresiva» contraria a la seguridad jurídica y al monopolio del legislador, lo que se constata mediante el doble parámetro de racionalidad expresado: el metodológico por una parte (exégesis y subsunción acorde con la argumentación aceptada por la comunidad jurídica) y axiológica (aplicación del precepto penal según las pautas valorativas que informan el texto constitucional (SSTC 129/2008 de 27 de octubre [LA LEY 158310/2008] y 91/2009 de 20 de abril [LA LEY 40338/2009])).

El principio de legalidad de los delitos, declarado en el apartado 1 de este artículo, supone en el fondo que toda conducta —comisiva u omisiva, activa o pasiva— sólo podrá ser calificada como delito si una *lex scripta, praevia et certa* la tipifica como tal (SSTC 89/1983 de 2 de noviembre [LA LEY 41431-NS/0000], 127/1990 de 5 de julio [LA LEY 1512-TC/1990], 111/1993 de 25 de marzo [LA LEY 2193-TC/1993], 137/1997 de 21 de julio [LA LEY 9285/1997], 142/1999 de 22 de julio [LA LEY 11090/1999], 127/2001 de 4 de junio [LA LEY 6091/2001], 113/2002 de 9 de mayo [LA LEY 4742/2002], 13/2003 de 28 de enero [LA LEY 10947/2003] y 38/2003 de 27 de febrero [LA LEY 1370/2003], y SSTs 343/1997 de 18 de marzo [LA LEY 4776/1997] 722/1997 de 22 de mayo [LA LEY 7711/1997] y 798/2007 de 1 de octubre [LA LEY 166012/2007] y A. de 2 de abril de 1997), certeza generadora de seguridad jurídica y que supone una estricta y precisa definición legal, también respecto al ám-

bito espacial de vigencia de las normas penales (STC 75/1984 de 27 de junio [LA LEY 8941-JF/0000] y SSTS 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 42617-JF/0000], 28 de enero de 1993), obviando interpretaciones extensivas o analógicas (art. 4 CC) que sobrepasen el tenor literal (SSTC 145/2008 de 10 de noviembre [LA LEY 176059/2008] y 91/2009 de 20 de abril [LA LEY 40338/2009] y STS 554/2008 de 24 de septiembre [LA LEY 152139/2008]), precisando la STS 69/2009 de 26 de enero [LA LEY 2646/2009] que «la interpretación analógica prohibida es la que, sin estar cubierta por el sentido del texto legal, lo aplica a un hecho no comprendido en él». La exigencia de una *lex certa* supone pues que determine la conducta penalmente prohibida con taxatividad, tipicidad, determinación y certeza, lo que exige «normas concretas, precisas, claras e inteligibles» existiendo «derecho a no ser sancionado en aplicación de una disposición imprecisa, por lo que el déficit de taxatividad (...) encuentra cauce idóneo para el recurso de amparo» (SSTC 34/1996 de 11 de marzo [LA LEY 3666/1996], 137 y 151/1997 de 21 de julio y 29 de septiembre [LA LEY 9285/1997] [LA LEY 10209/1997], 283/2006 de 9 de octubre [LA LEY 110541/2006] y 45/2009 de 19 de febrero [LA LEY 1887/2009]).

No se incluye en el ámbito de la legalidad penal comentada la llamada *legalidad extradicional* establecida en el art. 13.3 de la Ley de extradición pasiva, que sólo afecta al derecho fundamental a una tutela judicial efectiva (SSTC 141/1998, de 29 de junio [LA LEY 8580/1998], 292/2005, de 10 de noviembre [LA LEY 1980/2005] y 30/2006, de 30 de enero [LA LEY 21867/2006]). Sí impide, en cambio, la garantía criminal la aplicación del derecho consuetudinario internacional sin una ley interna que lo configure como delito, sin que en cambio esté vetada en este ámbito la analogía de las normas procesales u orgánicas (STS 798/2007 de 1 de octubre, Caso Cilingo [LA LEY 166012/2007]).

Esta exigencia de legalidad supone *en la forma* que la norma se contenga en una ley estatal (art. 149.1.6.^a CE), con rango de *orgánica* (art. 81 CE) al menos cuando se prevean penas privativas de libertad (SSTC 25/1984 de 23 de febrero [LA LEY 8592-JF/0000], 140/1986 de 11 de noviembre [LA LEY 686-TC/1987], 372/1993 de 13 de diciembre [LA LEY 2436-TC/1993] y 57/2005 de 26 de enero [LA LEY 20502/2005]).

Incidencia en las leyes penales en blanco

Pero esta reserva de ley orgánica no invalida la posibilidad de que la norma penal reenvíe a otras normas no penales (elementos jurídico normativos del tipo penal o *leyes penales en blanco*), que no tengan tal carácter orgánico o que incluso sean de rango inferior a la ley o proengan de las comunidades autónomas, siempre y cuando el reenvío a la norma extrapenal sea expreso y necesario para la protección del bien jurídico, y la norma penal contenga «el núcleo esencial de la prohibición» además de la pena imponible, procedimiento de complementación de las circunstancias de la conducta típica que incrementa la certeza y la seguridad jurídicas (SSTC 62/1982 de 15 de octubre [LA LEY 7232-JF/0000], 122/1987 de 14 de julio [LA LEY 93027-NS/0000], 127/1990 de 5 de julio [LA LEY 1512-TC/1990], 111/1993 de 25 de marzo [LA LEY 2193-TC/1993], 120/1998 de 15 de junio [LA LEY 7859/1998], 24/2004 de 24 de febrero [LA LEY 841/2004], 34/2005 de 17 de febrero [LA LEY 912/2005] y 45/2009 de 19 de febrero [LA LEY 1887/2009]; y STS 11 de noviembre de 1991 [LA LEY 23014-JF/0000]), y aun cuando las normas autonómicas no puedan usurpar la competencia estatal de emanar normas penales (SSTS 142/1988 de 12 de julio y 162/1996 de 17 de octubre), sí pueden constituir complemento de las normas penales en blanco mediante remisión (STC 120/1998 de 15 de junio [LA LEY 7859/1998]).

Pero se trata de una técnica, la de la ley penal en blanco, a «usar con prudencia» por el legislador (STC 109/2007 de 7 de febrero), debiendo excluirse los supuestos en los que las remisiones puedan permitir dejar al reglamento la definición de las conductas sancionables (STC 104/2009 de 4 de mayo [LA LEY 319547/2008]), exigiendo igualmente la taxatividad de la norma penal que no se produzca la «remisión en cadena» o el reenvío en las normas extrapenales a las que se envía el tipo (SSTC 283/2003 de 9 de octubre, 283/2006 de 9 de octubre [LA LEY 110541/2006] y 181/2008 de 22 de diciembre [LA LEY 198335/2008]).

Los cambios operados en las normas extrapenales (con las excepciones luego mencionadas en el comentario al art. 2, párrafo segundo), podrán destipificar conductas al excluirlas del ámbito del precepto remitente, como en el supuesto de los delitos contra los ciudadanos extranjeros, en relación con el delito de inmigración clandestina, respecto a ciudadanos integados en la Unión Europea, rumanos en particular (JG de 29 de mayo de 2007 [LA LEY 52439/2007] y STS 645/2007 de 16 de junio [LA LEY 61237/2007]), no resultando en cambio derogado el delito de contrabando incorporado por el apartado 1 de la Disposición Adicional 18.^a de la Ley sobre Presupuestos Generales del Estado para 1986, L 46/1985, por la nueva LC de 1995 (JG de 29 de mayo de 2007 [LA LEY 52438/2007]).

Vigencia en los tipos abiertos o con elementos valorativos

La existencia en tipos penales de «cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial» (por ejemplo, «notoria importancia», «especial gravedad») no atenta contra el principio de legalidad de los delitos si el Juez o Tribunal puede completarlas con criterios lógicos, técnicos o de experiencia (11 de noviembre de 1991 [LA LEY 23014-JF/0000], 997/2001 de 1 de junio [LA LEY 6148/2001] y 889/2001 de 8 de junio [LA LEY 8178/2001] y 643/2002 de 17 de abril), es decir, que la existencia de márgenes de apreciación judicial no conculca tal principio, máxime cuando afecta a tipos penales protectores de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional (STC 62/1982 de 15 de octubre [LA LEY 7232-JF/0000]), siempre y cuando no se trate de leyes penales de contenido indeterminado (1141/1995 de 18 de noviembre [LA LEY 88/1996]). Se incluyen también en estas pautas de validez los tipos penales con elementos jurídico normativos, siempre y cuando su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios que permitan prever la naturaleza y notas esenciales de la conducta penalmente ilícita (1001/1996 de 12 de diciembre).

Inclusión del *bis in idem* y de la proporcionalidad

También se incluye en el principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE) la prohibición del *bis in idem* sancionador, que supone la imposibilidad de que una misma conducta sea castigada dos veces: bien ambas en el mismo orden jurisdiccional penal, bien una en un proceso penal y otra en vía administrativa, pues la potestad sancionadora en uno y otro caso reside en definitiva en el Estado; no se considera conculcado el *ne bis in idem* cuando a la unidad de la conducta le corresponde una diversidad de bienes jurídicos (concurso ideal o formal de infracciones), y se castiga dos veces el comportamiento en atención a la doble o múltiple lesividad de la misma (SSTC 2/1981 de 30 de enero [LA LEY 7092-NS/0000], 159/1985 de 27 de noviembre [LA LEY 498-TC/1986], 66/1986 de 23 de mayo [LA LEY 595-TC/1986], 51/1989 de 22 de febrero [LA LEY 520-JF/0000], 112/1990 de 18 de junio [LA LEY 1521-TC/1990], 177/1999 de 11 de octubre [LA LEY 11876/1999], 180/2004 de 2 de noviembre [LA LEY 4/2005], 334/2005 de 4 de julio [LA LEY 10574/2006] y 48/2007 de 12 de marzo [LA LEY 8332/2007]). En la STC

2/2003 de 16 de enero [LA LEY 962/2003] se ha cambiado el criterio estricto aplicado en la 177/1999 [LA LEY 11876/1999], y a partir de esta nueva resolución una sanción administrativa, impuesta con anterioridad a otra de carácter penal por el mismo hecho, no supondrá ya la nulidad de esta segunda aunque sea posterior, si lo conforme a derecho hubiera sido suspender el procedimiento administrativo sancionador por la preferente prejudicialidad penal; para constatar la coincidencia o diversidad de los hechos sancionados, el TC desde la citada Sentencia 2/2003 excepcionalmente extiende su competencia a revisar las Sentencias jurisdiccionales concurrentes (SSTC 2/2003 de 16 de enero [LA LEY 962/2003] y 48/2007 de 12 de marzo [LA LEY 8332/2007]).

El *ne bis in idem* también abarca a la institución procesal «cosa juzgada», que se extiende a las condenas dictadas por los mismos hechos en otros países, especialmente si son miembros de la Unión Europea [arts. 23.2.c) LOPJ y 54 a 56 del Acuerdo Schengen], no pudiéndose imponer en España una pena por un hecho ya juzgado y castigado en Francia (380/2003, de 22 de diciembre [LA LEY 423/2004]). Obviamente no se produce la conculcación de este principio cuando unos mismos hechos conculcan diversos bienes jurídicos y generan un concurso ideal de delitos, o instrumental si uno de ellos es medio para cometer el otro, y menos aún si cabe cuando de concurso real de delitos se trata (STS 876/2008 de 9 de diciembre [LA LEY 226040/2008]), pero sí se produciría en cambio conculcación del *ne bis in idem* si se castiga al partícipe *post delictum* (por ejemplo en el delito de blanqueo de dinero del art. 301 CP) por otro delito, habiendo sido ya sancionado por su participación en el delito base (115/2007 de 22 de enero [LA LEY 6637/2007]).

Se considera incluida la *proporcionalidad* entre la gravedad del delito y la pena prevista por la ley, en este principio de legalidad penal (STC 136/1999 de 20 de julio [LA LEY 9614/1999]). Como recuerdan sucesivamente las SSTC de 22 de mayo de 1986 y 107/2009 de 17 de febrero [LA LEY 7028/2009], «el juicio de proporcionalidad corresponde en principio al propio legislador, si bien ello no impide que también haya de ser tenido en cuenta por el Juez a la hora de protagonizar la individualización de la pena, bien entendido no obstante que si ésta viene explícita e inequívocamente asegurada en el Código, el Juez no puede dejar de aplicarla bajo la excusa del principio de proporcionalidad, aunque a su alcance tenga en cualquier caso el hacer uso del art. 2 del citado Código (actual art. 4.2), para de alguna manera interpretar el precepto en función de la pena que lleve asociada».

Igualdad en la aplicación de la ley penal

No afecta al derecho a la legalidad penal, pero sí al de igualdad ante la ley (art. 14 CE), que en supuestos idénticos se aplique la ley penal por el mismo órgano jurisdiccional de modo injustificadamente discriminatorio (SSTC 181/1987 de 13 de noviembre, 152/2002, de 15 de julio y 20/2006, de 30 de enero).

Necesidad de previa condena

Y, en fin, el principio de legalidad de las penas y medidas de seguridad exige que sólo se le puedan imponer al que haya sido condenado en un proceso penal (SSTC 23/1986 de 14 de febrero [LA LEY 543-TC/1986] y 131/1987 de 20 de julio [LA LEY 93342-NS/0000]), que es una *condictio sine qua non* o una consecuencia ineludible del principio de legalidad procesal (art. 1 LECrim.).

Artículo 2.

No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.

No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 9.3, 15, 25.1 y 81.1.

CC: arts. 2, 3, 4.2 y 3, y 8.

CP: arts. 1, 3, 4 y 7, 530 y Disp. Trans.

LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: Disp. Trans.

CPM: arts. 1 y 4.

PIDCP: art. 15.1.

CEDH: art. 7.

CDFUE: art. 49.1.

RP: Disp. Trans. 1.^a.

JG de 25 de octubre de 2005.

Circulares FGE 1, 3 y 22/1996 sobre la aplicación del CP de 1995, retroactivamente.

Fundamento de la retroactividad y extensión a leyes intermedias

La aplicación con efecto retroactivo de la ley penal más favorable, es más una exigencia *a sensu contrario* del principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE) que del principio de legalidad de los delitos y de las penas (art. 25.1 CE) (SSTC 85/2006 de 27 de marzo [LA LEY 36242/2006] y 20/2003 de 10 de febrero [LA LEY 1255/2003], AATC 241/2003 de 14 de julio y 195/2005 de 9 de mayo; y STS 548/2008 de 17 de septiembre [LA LEY 142533/2008]), extendiéndose la retroacción a leyes intermedias más favorables que las vigentes en el tiempo de comisión del delito y de su enjuiciamiento (SSTS 21 de octubre de 1985, 140/2002 de 8 de febrero [LA LEY 4556/2002] y 692/2008 de 4 de noviembre [LA LEY 158937/2008]).

El fundamento último de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones «humanitarias o de política criminal» (25 de noviembre de 1991 [LA LEY 2573-JF/0000]).

Extensión del principio a la sustitución de penas

El principio de legalidad penal no sólo se extiende a que exista una pena prevista por la ley, sino también a que no se pueda sustituir una pena por otra (la privativa de libertad por la expulsión de extranjero), fuera de los casos autorizados por la ley (STC 110/2009 de 11 de mayo [LA LEY 58185/2009]).

Momento de comisión del delito

De los diversos criterios aplicables para la determinación del momento en el que se cometió el delito (actividad, resultado, ubicuidad, efecto intermedio, relevancia y valoración jurídica), el art. 7 del nuevo CP se inclina por el «momento en que el sujeto realiza la acción u omite el acto...» (1030/1998 de 22 de septiembre [LA LEY 9677/1998]). En los llamados «delitos permanentes», cuando entra en vigor una nueva norma menos favorable manteniéndose la situación delictiva, su aplicación no se verá afectada por la ultractividad de la norma anterior más favorable, que ya no está en vigor cuando la conducta delictiva cesa (21 de diciembre de 1990 [LA LEY 40926-JF/0000]). Si existe continuidad delictiva, bastará con que una parte del presupuesto haya sido realizado en vigencia de la anterior legislación más favorable, para que no pueda aplicarse la posterior (2030/2001 de 31 de octubre [LA LEY 975/2002]). Las dudas sobre el momento de comisión del delito, a estos efectos, deben resolverse conforme al principio *in dubio pro reo* (1458/2002 de 17 de septiembre [LA LEY 7812/2002] y 581/2005 de 6 de mayo [LA LEY 1568/2005]).

Contenido e irrelevancia constitucional

Las leyes penales aplicables son las vigentes en el momento de cometerse el delito, pero las posteriores a tal instante tendrán efecto retroactivo si favorecen al reo, siendo en consecuencia «ultractivas» (se aplican por la jurisdicción cuando ya han sido sustituidas por otras posteriores) las derogadas si son más beneficiosas que las nuevas, en cumplimiento del adagio *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* (26 de junio de 1980), pero en ningún caso puede «resucitarse» una ley penal derogada al cometerse el delito, por el mero hecho de ser más favorable (1384/1998 de 11 de noviembre [LA LEY 136/1999]), ni aducirse una futura ley también más favorable, cuando todavía no se ha promulgado (15 de enero [LA LEY 4636/2000], 8 de febrero [LA LEY 5010/2000] y 1 de junio de 2000 [LA LEY 10068/2000]).

La elección de la ley más favorable ha de hacerse en atención a cada caso concreto, sin que pueda colegirse de un modo abstracto el criterio de favor (1349/1997 de 31 de octubre [LA LEY 11175/1997]). Tal elección corresponde al Tribunal de instancia y no afecta en sí misma al principio de legalidad de las penas consagrado en el art. 25 CE (7 de diciembre de 1984 [LA LEY 9441-JF/0000] y 462/1997 3 de abril [LA LEY 5376/1997]), que sólo exige que el delito y la pena estén previstos en un momento anterior al de la infracción penal (STC 20/2003 de 10 de febrero [LA LEY 1255/2003]), pero en casación puede revisarse la imposición de una de las penas elegidas si conculca este principio de legalidad al efectuarse dicha elección (26 de junio de 1991 [LA LEY 13985-R/1991]), máxime si supone la aplicación de una ley desfavorable posterior a la ejecución del hecho (25 de septiembre de 1989), cual sería el caso del no reconocimiento de una circunstancia atenuante vigente al cometerse el delito y luego derogada (10 de noviembre de 1989 [LA LEY 627-2/1989]) o la aplicación de una circunstancia agravante derogada por una nueva ley (1084/1997 de 22 de julio [LA LEY 9246/1997] y 1235/1997 de 10 de octubre [LA LEY 104915-JF/0000]). No es, sin embargo, revisable en casación esta materia, si no se ha planteado la pretensión en recursos precedentes (1681/2002 de 15 de enero de 2003 [LA LEY 12142/2003]).

Extensión a leyes extrapenales

Por «ley penal más favorable» hay que entender no sólo la norma que figure en el CP, sino también aquellas a las que remita dicha norma si contienen elementos jurídicos normativos o es una ley penal en blanco, por lo que los cambios en dicha legislación extrapenal también gozan de esta posible retroactividad, si significan una situación más favorable para el reo (25 de septiem-

bre de 1985, 1349/1997 de 31 de octubre [LA LEY 104697-JF/0000], 1210/2001 de 22 de junio [LA LEY 7858/2001], 2066/2001 de 12 de noviembre [LA LEY 8731/2001] y 605/2007 de 26 de junio [LA LEY 79338/2007], entre otras).

Irretroactividad del cambio de límites de cuantía

Los cambios de cuantía en los delitos patrimoniales no afectan a las condenas anteriores, a los efectos de considerar la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, pues se trata de una mera actualización del valor de dinero deteriorado por los efectos de la inflación (15 de octubre de 1970, 31 de enero de 1975 y 31 de enero y 11 de febrero de 1976, entre otras). Tampoco cabe plantearse la opción por la ley más favorable, cuando la pena impuesta conforme al antiguo CP entra dentro de los márgenes de arbitrio judicial que prevé el nuevo (860/1997 de 13 de junio). Sin embargo, sobre la aplicación de la ley más favorable, en los supuestos en los que se eleva la cuantía diferenciadora del injusto administrativo y penal en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, el TS ha mostrado criterios opuestos. De modo contrario a efectuar tal extensión, por razones de estricta cronología, se han mostrado las SSTS 1231/1994 de 4 de junio [LA LEY 5248-JF/0000], 626 y 890/1995 de 25 de mayo y 17 de julio [LA LEY 2689/1995]. Y se han mostrado en cambio de modo favorable el acuerdo de la JG de 25 de octubre de 2005 [LA LEY 207110/2005] y las SSTS 1210/2001 de 11 de junio [LA LEY 236201/2001], 571/2006 de 21 de abril [LA LEY 62753/2006] y 548/2008 de 17 de noviembre.

Los cambios jurisprudenciales no son retroactivos

No tiene el carácter de nueva ley penal más favorable un cambio de rumbo jurisprudencial, que resultaría más beneficioso para un reo que estuviere ya cumpliendo condena por análogos hechos, aun cuando se trate de un acuerdo de un Pleno no jurisdiccional de esta Sala II del TS (561/2000 de 5 de abril [LA LEY 6615/2000], 1053/2000, de 16 de junio [LA LEY 10092/2000], 1254/2000 de 6 de julio [LA LEY 11138/2000] y 1563/2000 de 16 de octubre [LA LEY 827/2001] y AA de 25 de octubre y 30 de diciembre de 1999, 5 de abril, 16 de junio y 16 de octubre de 2000), sin perjuicio de que los cambios jurisprudenciales no motivados puedan atentar contra el derecho a la igualdad ante la ley —art. 14 CE—, al ser irreflexivos o arbitrarios (STC 69/2001 de 17 de marzo [LA LEY 3720/2001], y otras anteriores por ella citadas).

Interdicción de construir una «tercera ley mixta»

La aplicación de una u otra normativa penal sucesiva en el tiempo debe hacerse en su conjunto, y no construyendo una tercera ley resultante de acumular lo más favorable de la derogada y de la nueva (STC 131/1986 de 29 de octubre [LA LEY 5232/1986], 21/1993 de 18 de enero [LA LEY 2146-TC/1993] y SSTS 19 de noviembre de 1985, 23 de febrero de 1988 [LA LEY 1199-2/1988], 1698/1992 de 14 de julio [LA LEY 1631-5/1993] y 2356/1992 de 30 de octubre [LA LEY 2127-5/1993], 1114/1995 de 10 de noviembre [LA LEY 754/1996], 78/1997 de 24 de enero y 1349/1997 de 31 de octubre [LA LEY 104697-JF/0000], y A de 28 de mayo de 1997), no afectando esta retroactividad de la ley penal más favorable a las de carácter procesal, que se ajustan en su vigencia temporal a las normas generales sobre irretroactividad de la ley (14 de febrero de 1989), ni tampoco a las reparadoras de carácter civil por idéntica razón, pues la irretroactividad general consagrada en el art. 9.3 CE no abarca todos los supuestos que afectan a la legalidad penal —art. 25 CE—, que serían los únicos revisables en vía de amparo (SSTC 15/1981 de 7 de mayo [LA LEY 6471-JF/0000], 32/1987 de 10 de marzo [LA LEY 738-TC/1987], 5/1993 de 14 [LA

LEY 2124-TC/1993] y 21/1993 de 18 de enero [LA LEY 2146-TC/1993], 58/1996 de 15 de abril [LA LEY 7812/1996] y SSTS 6 de febrero de 1982, y 1142/1997 de 26 de septiembre de 1997).

No es posible considerar más favorable una ley por el mero hecho de que, junto a la pena de prisión, figure como alternativa una pena pecuniaria, si el supuesto de hecho es considerado por el Tribunal sentenciador lo suficientemente grave para merecer la pena privativa de libertad y no la pecuniaria (285/2003 de 28 de febrero [LA LEY 1392/2003]).

Reconocimiento de la pena redimida por el trabajo

La liquidación de condena efectuada a la entrada en vigor del nuevo CP, gozando del derogado beneficio penitenciario de la redención de penas por el trabajo, es una situación consolidada que se debe tener en cuenta a la hora de optar por una u otra norma, respecto a la pena que resta por cumplir (557/1996 de 18 de julio [LA LEY 8541/1996] y 887/1996 de 13 de noviembre [LA LEY 10924/1996], 554/1997 de 24 de abril [LA LEY 6152/1997] y 924/1997 de 23 de junio [LA LEY 8420/1997] y 1458/2002 de 17 de diciembre [LA LEY 11610/2000]), cuya duración también deberá compararse teniendo en cuenta la posible vigencia de la redención de penas por el trabajo, como cómputo conforme a la anterior normativa, si fuera más favorable (669/1997 de 5 de mayo [LA LEY 7488/1997]). Al considerarse la ejecución de condena un procedimiento distinto del que declara la condena en sí, puede aplicarse la antigua ley para calcular la condena pendiente aplicando la redención de penas por el trabajo, pasando posteriormente a comparar cuál de los dos tramos pendientes (el de la antigua ley, continuando con dicho cumplimiento complementario, o el de la nueva sin dicho beneficio) es más beneficioso, sin que en este caso se estime que se está construyendo una «tercera ley mixta», vetada en los demás supuestos.

A pesar de que, como se ha dicho, los cambios jurisprudenciales no son causa suficiente para la revisión de las Sentencias anteriores, aun cuando dichos cambios sean más favorables para el reo, en este punto del cómputo de la pena cumplida por redención mediante el trabajo, sí se acepta la revisión de Sentencias anteriores contrarias a tal criterio, en atención a los derechos y principios implicados (1340/1999 de 2 de marzo [LA LEY 3718/1999]).

Revisión de las penas en ejecución

Hay dos grandes conjuntos de causas penales objeto de aplicación de la nueva ley penal más favorable: los pendientes de Sentencia firme y aquellas que estén en ejecución de Sentencia, supuestos en los que la nueva ley no incide del mismo modo (760/1997 de 18 de noviembre [LA LEY 11444/1997]). La aplicación de la ley más favorable a condenas en ejecución, cuando de una nueva pena más benigna se trate, sólo se hará comparando ambas penas en abstracto, sin descender a supuestos de individualización de la pena (286/1997 de 8 de marzo [LA LEY 4590/1997] y 924/1997 de 23 de junio [LA LEY 8413/1997], y AA de 23 de julio de 1997). Este derecho se extiende a los supuestos de acumulación de condenas y revisión de Sentencia (54/2006 de 24 de enero), pero sólo alcanza a los sujetos que estuviesen cumpliendo la condena (679/2007 de 25 de julio [LA LEY 110939/2007]).

No incidencia de un indulto parcial previo

El hecho de haber obtenido un indulto parcial no obvia la aplicación de la nueva ley, si es más favorable, sin perjuicio de aplicar adecuadamente a esa nueva ley el indulto, operando la correspondiente reducción (84/2003 de 27 de enero [LA LEY 1344/2003]).

Inaplicación a las condenas ya cumplidas

La aplicación retroactiva de la ley más favorable no afecta a las condenas ya cumplidas aunque sí a las que se encuentren en ejecución y a las firmes no ejecutadas (12 de mayo de 1989), por eso los pagos parciales de una multa, ya ingresados en el Tesoro público, no son susceptibles de devolución por el hecho de haber sido destipificado el delito en el que se fundamentó dicha pena; si deben devolverse las cantidades entregadas al juzgado y aun no ingresadas (113/2001 de 3 de febrero [LA LEY 3572/2001]). Si existe, en cambio, efecto retroactivo de la nueva ley más favorable, a los efectos de cancelación de antecedentes penales (24 de septiembre de 1965 y 1 de febrero de 1991).

Audiencia del reo

Si existen dudas, es preceptiva la audiencia del reo, teniendo además en cuenta las disposiciones al respecto de las transitorias 2.^a y 4.^a (897/2000 de 22 de mayo). No es pertinente la audiencia si todas las partes estuvieron de acuerdo sobre cuál era la ley más favorable (971/1999 de 9 de junio [LA LEY 8746/1999]).

Artículo 3.

No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.

Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 24; 25.2 y 3; 117.3, 118, 120 y 121.
PIDCP: art. 9.3.
CEDH: arts. 5.1.a) y 6.
CDFUE: art. 47.
CP: arts. 80 y ss., 97 a 100, 101.2, y 103.2 y 3.
CPM: arts. 42 a 44.
LPPM: arts. 1 a 3.
LOPJ: arts. 2.1, 9.1, 23, 94, 95 y 245.3.
LECr.: arts. 1, 14 y ss., 141, 983 y ss.
LOGP (§ 3.1): arts. 1 y ss., 72, 76 y 77.
RP (§ 3.2): arts. 1 a 3.

Legalidad de la ejecución de penas y medidas de seguridad

El principio de legalidad se extiende no sólo a las penas a imponer, sino también a la forma de ejecución de las mismas, no siendo posible el cumplimiento de una pena privativa de libertad en un centro de rehabilitación, fuera de los supuestos de coordinación de penas y medidas de seguridad privativas de libertad conjuntamente impuestas previstos en el CP (1468/1997 de 1 de diciembre).

Alcance de la prioridad de la reinserción social

En cuanto a la orientación de las penas y medidas privativas de libertad hacia la reinserción social (art. 25.2 CE), tal finalidad no es la única de dichas penas y medidas ni el precepto constitucional se pronuncia sobre el modo de conciliar los diversos fines de la pena —retribución o proporcionalidad, prevención especial y prevención general positiva y negativa— (SSTC 28/1988 de 23 de febrero [LA LEY 314/1988], 150/1991 de 4 de julio [LA LEY 1759-TC/1991] y 120/2000 de 10 de mayo [LA LEY 96826/2000], y SSTS 76/1993 de 26 de enero [LA LEY 2670-5/1993], 625/1999 de 21 de abril [LA LEY 5633/1999], 992/2000 2 de junio y 10/2002 de 17 de enero [LA LEY 15135/2002]), no siendo materia de amparo constitucional el condicionamiento de la punibilidad ni de la pena privativa de libertad en sí a tal finalidad de prevención especial (SSTC 2/1987 de 21 de enero [LA LEY 11813-JF/0000] y 19/1988 de 16 de febrero [LA LEY 53530-JF/0000]), pues no existe un derecho fundamental a la reinserción social sino un mandato al legislador para que oriente en este sentido la política criminal y penitenciaria (STC 75/1998 de 31 de marzo [LA LEY 3987/1998], por todas).

Artículo 4.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

2. En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.

3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiera apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 15, 24.2, 25.1 y 62.i).

CC: arts. 3 y 4.2.

CP: arts. 1 a 3, 20.6, 72 y 130.4.º.

CPM: art. 41.

LECrim.: art. 902.2.

RP: art. 206.

LI (§ 3.3): arts. 11, 12, 19 y ss.

Instrucción 5/1992, de 19 de marzo, y Consulta 1/1994, de 19 de julio, FGE.

Acuerdos sobre indultos de las JJ.GG. 8 de enero y de 23 de febrero de 2001, en cuanto a la competencia del informe, y de 2 de octubre de 1992, 29 de abril de 1997 y 21 de mayo de 1999, sobre la solicitud de indulto como una respuesta al reconocimiento de dilaciones indebidas.

Interdicción de la analogía *in peius*

El apartado 1 de este artículo veta la analogía *in malam partem*, como consecuencia ineludible del principio de legalidad (SSTC 13/2003 de 28 de enero [LA LEY 10947/2003], 38/2003 de 27 de febrero [LA LEY 1370/2003] y 229/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 296/2004], y STS 15 de octubre de 1983 [LA LEY 8206-JF/0000]). No es materia constitucional competencia del TC la aplicación de las normas penales, dentro de los márgenes de interpretación ordinarios, sin que se creen nuevas figuras (SSTC 127/2001 de 4 de junio [LA LEY 6091/2001] y 167/2001 de 16 de julio [LA LEY 7473/2001], 229/2003 de 18 de diciembre [LA LEY 296/2004] y 259/2005 de 20 de junio); otro tanto cabe decir respecto a la interpretación de las normas reguladoras de la prescripción, siempre que no exista un error patente o se afecte a los principios constitucionales en que se basa (STC 64/2001 de 17 de marzo [LA LEY 2898/2001]); sí se conculca el principio de legalidad penal (art. 25.1 CE) si tal interpretación es irrazonable, superadora del tenor literal de precepto o extravagante respecto a los principios que inspiran el ordenamiento jurídico (SSTC 195/2000 de 24 de julio [LA LEY 11289/2000] y 278/2000 de 27 de noviembre [LA LEY 11786/2000], y 229/2003 de 18 de diciembre [LA LEY 296/2004]).

Un ejemplo de analogía *in malam partem* o *in peius* sería considerar aun cajero automático como sujeto pasivo del engaño propio de la estafa —art. 248 CP— (675/2007 de 17 de julio [LA LEY 79572/2007]).

Facultad de propuesta de cambio de la ley penal

Este precepto (apartados 2 y 3) impone también a los Jueces y Tribunales una doble obligación, negativa una y positiva otra, derivadas del principio de legalidad de los delitos: no castigar conductas no previstas en la ley, elevando en su caso al Gobierno exposición de la conveniencia de tipificarla para supuestos futuros, y aplicar la ley vigente, proponiendo igualmente al Gobierno su derogación o modificación y/o solicitando la concesión de indulto (23 de mayo de 1987); tales exposiciones ante el Gobierno son facultativas —no preceptivas—, tanto para el Tribunal de instancia como para el de casación, no siendo recurrible en consecuencia la omisión de su ejercicio (10 de junio de 1972 y 25 de mayo de 1987).

La opcional solicitud de indulto

La solicitud de indulto tiene también sentido como último instrumento de individualización de la pena, cuando se estime insuficiente el margen legal de arbitrio judicial (22 de diciembre de 1986), pues sin dejar de ser justa la pena en abstracto, puede resultar contraria a la equidad

en el caso concreto (4 de octubre de 1972), por ejemplo por razones de inoportunidad derivadas de dilaciones indebidas, cual es el caso del que después del delito ha conseguido una estable reinserción social (1213/1993 de 28 de mayo [LA LEY 23114-JF/0000]) o de análoga naturaleza (2320/1993 de 18 de octubre [LA LEY 1767/1994], 1033/1994 de 10 de mayo [LA LEY 3257/1994] y 683/1995 de 5 de junio [LA LEY 14542/1995]; ver también acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a de 21 de mayo de 1999, sobre dilaciones indebidas). Pero la solicitud de indulto es puramente potestativa o discrecional, no siendo susceptible de casación (23 de mayo de 1987, 23 de diciembre de 1988, 893/1993 de 22 de abril, 1696/2002 de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]), ni siquiera por incongruencia omisiva (7 de junio de 1991). Tal solicitud puede ser también efectuada por el Juez de vigilancia penitenciaria (343/2001 de 7 de marzo [LA LEY 166/2003]).

Artículo 5.

No hay pena sin dolo o imprudencia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 10, 12 y 14.1.

Opciones doctrinales: antijuridicidad y/o culpabilidad

La erradicación de la responsabilidad objetiva —sin dolo ni culpa o imprudencia (estos dos últimos términos son sinónimos)— del ámbito jurídico penal exige que el tipo objetivo pueda imputarse a título de dolo o imprudencia al autor principal y a los partícipes (2 de abril de 1985), sin que el llamado principio de culpabilidad se agote necesariamente en la existencia de dolo o culpa —imprudencia—, pues en algunas concepciones dogmáticas tales formas son *conductio sine qua non* (ubicándose sistemáticamente en la antijuridicidad, que también cuenta con esos elementos subjetivos) de la culpabilidad, pero sin formar parte de su contenido (27 de octubre de 1989 y 5 de julio de 1991), habiéndose acudido por los finalistas a la configuración del llamado «dolo natural» o neutro, distinto del tradicional *dolus malus*, que incluye todos los elementos tradicionales del dolo en la antijuridicidad (acción u omisión típicamente antijurídica), salvo la conciencia de antijuridicidad y la no exigibilidad de otra conducta, que se mantienen en la culpabilidad (1277/1995 de 19 de diciembre y 785/1996 de 30 de octubre [LA LEY 10784/1996]), lo que permite la existencia de dolo (natural) —conocimiento y voluntad de acción u omisión— a pesar de la ausencia de culpabilidad en supuestos, por ejemplo, de inimputabilidad (1258/2000 de 13 de julio [LA LEY 11168/2000] y 229/2001 de 20 de febrero [LA LEY 41372/2001]). Esta exigencia estaba vigente incluso antes del CP actual —1995— y de la reforma de 1983 que eliminó la llamada «presunción de voluntariedad» (3 de mayo de 1985 y 26 de febrero de 1986 [LA LEY 10814-JF/0000]), debiéndose probar por la acusación la existencia de alguno de estos elementos subjetivos —dolo o culpa—, aun cuando generalmente sólo pueda acreditarse su presencia mediante la prueba indirecta, circunstancial o indiciaria, es decir, a partir de hechos externos anteriores, coetáneos y posteriores a la acción u omisión delictiva de los que se infiera o induzca con certeza la existencia de una u otra forma, haciendo un correcto juicio de inferencia (19 de enero de 1984, 25 de abril [LA LEY 1476-2/1989] y 14 de julio de 1989 [LA LEY 472-JF/1989], 2386/1993 de 27 de octubre, 89/1995 de 1 de febrero, 998/1995 de 6 de octubre, 1/2005, de 11

de enero [LA LEY 776/2005], 28/2005, de 14 de enero [LA LEY 775/2005], 474/2005 de 17 de marzo [LA LEY 12060/2005], 160/2008 de 9 de marzo y 424/2009 de 28 de abril [LA LEY 58204/2009], entre otras muchas).

Elementos del dolo

El dolo consta de un elemento intelectual y de otro volitivo, de conciencia y de voluntad, de conocimiento de la presencia de los elementos de un delito y del querer realizar tales hechos (30 de septiembre de 1983, 6 de mayo de 1991 [LA LEY 10345/1991], 2317/1993 de 15 de octubre [LA LEY 1742/1994], 62/1997 de 20 de enero [LA LEY 2786/1997], 280/1998 de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998] y 1064/2007 de 10 de diciembre [LA LEY 216838/2007]). El primero requiere que el sujeto activo sea consciente de su acción u omisión y, en su caso (en los delitos de resultado), del curso causal que genera la acción o no interrumpe la omisión —omisión impropia o comisión por omisión— y que desemboca en un efecto o resultado previsto en el tipo penal; la doctrina más tradicional, que considera el dolo una forma de la culpabilidad, incluye además en este elemento intelectual el conocimiento del carácter antijurídico del comportamiento, pero posturas más modernas consideran que el dolo y la culpa son formas del delito y no de la culpabilidad, desplazando del concepto del dolo esta conciencia de la antijuridicidad. El elemento volitivo consiste en el querer, directo o indirecto, en la intencionalidad o al menos aceptación de la conducta y de sus efectos; en definitiva, conocimiento y voluntad, inteligencia y consentimiento en la realización del tipo objetivo (8 de junio de 1985, 4 de marzo de 1986 [LA LEY 71056-NS/0000], 2386/1993 de 27 de octubre [LA LEY 1856/1994] y 1550/1998 de 9 de diciembre [LA LEY 885/1999]). Pero progresivamente se ha ido haciendo hincapié en el elemento intelectual combinado con la teoría de la imputación objetiva de la «creación del riesgo», y quien lo crea consciente de sus posibles consecuencias, actuará dolosamente, bien con dolo directo o indirecto, bien eventual (85/2009 de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009], entre otras muchas y algunas citadas a lo largo de este comentario).

Clases de dolo

La doctrina y la jurisprudencia distinguen diversas clases de dolo. Por una parte diferencian el dolo directo (en el que se quiere el resultado en sí mismo) del indirecto (en el que el resultado querido es una consecuencia necesaria del sólo admitido como mero instrumento, resultado medial que es el típico), siendo equivalentes a efectos de responsabilidad penal uno y otro; también se ha utilizado la nomenclatura «dolo directo de primer grado» y «de segundo grado», para describir la misma distinción, dejando el término complejo «dolo indirecto» para la modalidad luego comentada del llamado «dolo eventual» (4 de marzo de 1986 [LA LEY 71056-NS/0000], 29 de enero de 1992 [LA LEY 1242/1992] y 782/1992 de 3 de abril [LA LEY 1834/1992], 975/1997 de 21 de enero [LA LEY 2210/1997] y 192/1997 de 14 de febrero [LA LEY 2257/1997]).

También, desde el punto de vista de la reflexión del sujeto activo sobre la conducta delictiva que va a protagonizar, se habla de «dolo preordenado o premeditado» —frialdad de ánimo y persistencia en el ánimo de delinquir— (figura que ha decaído en importancia desde la desaparición de la circunstancia agravante genérica y específica del asesinato denominada «premeditación»), «dolo deliberado» —reflexivo con persistencia en el propósito criminal pero sin frialdad de ánimo—, «simple o normal» —sin duración en el tiempo, por el escaso margen de reflexión— y «dolo de ímpetu» o «de las ciegas pasiones» (2 de diciembre de 1985 [LA LEY 10553-JF/0000]

y 11 de mayo de 1988 [LA LEY 1679-2/1988]), última modalidad que puede merecer alguna atenuación (art. 21.3.^a CP).

Igualmente se habla de «dolo penal» y de «dolo civil» en los delitos contra el patrimonio, para diferenciar el ánimo de defraudar del mero incumplimiento de un contrato, delictiva la primera modalidad y constitutiva sólo de un injusto civil la segunda (1419/1992 de 16 de junio [LA LEY 2374/1992]), distinción en la que habrá de tenerse en cuenta la descripción típica, que en la estafa supone que el engaño sea anterior o coetáneo al supuesto contrato, mientras que en el mero injusto civil la intención de defraudar o de incumplir el contrato debe ser posterior a su celebración (28 de junio de 1983 [LA LEY 38379-NS/0000], 27 de septiembre de 1991 [LA LEY 273/1992], 24 de marzo de 1992 [LA LEY 2762-JF/0000], 987/1998 de 20 de julio [LA LEY 8667/1998], 1109/2002 de 11 de junio [LA LEY 10132/2003] y 1064/2007 de 10 de diciembre [LA LEY 216838/2007]), intención previa, coetánea o posterior que deberá inferirse de los hechos externos anteriores, coetáneos y posteriores a la acción, mediante la prueba indirecta, circunstancial o indiciaria —art. 1253 CC— (8852/1997 de 12 de junio [LA LEY 6925/1997], 1427/1997 de 17 de noviembre [LA LEY 12/1998], 1199/2006 de 11 de diciembre [LA LEY 150056/2006] y 755/2008 de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]).

Precisamente en atención a la presencia en algunos tipos penales de los llamados «elementos subjetivos del injusto», es decir, de especiales «ánimos» o «móviles» que pueden acompañar a la conducta intencional o dolosa (*animus damnandi* —delitos de daños e incendios—, *animus laedendi* —en los de lesiones—, *animus infamandi* o *iniuriandi* —en los delitos contra el honor—, «ánimo de lucro» —en los delitos contra el patrimonio—, etc.), se habló en una jurisprudencia ya antigua del «dolo específico» o «dolo reduplicado», queriendo significar que se reforzaba y complementaba la intención de realizar la acción u omisión con un ánimo especial (27 de mayo de 1985). Pero la existencia de tal ánimo o «móvil» tendrá efectos de tipicidad básica, de agravación o de atenuación al margen de la existencia del dolo, que le es ajena (2 de febrero de 1987 [LA LEY 127870/1999], 2265/1994 de 27 de diciembre [LA LEY 16603-R/1995], 380/1997 de 25 de marzo [LA LEY 4815/1997], 127/1998 de 2 de febrero [LA LEY 2674/1998], 1688/1999 de 1 de diciembre [LA LEY 1757/2000] y 474/2005 de 17 de marzo [LA LEY 12060/2005]).

En relación con la apreciación de la figura del delito continuado, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, se ha diferenciado entre el llamado «dolo renovado» frente al «dolo único o continuado»; el primero supondría la existencia de un concurso real de delitos —tantas violaciones cuantos accesos carnales— mientras que el segundo agruparía todos los actos en uno solo continuado —art. 74 CP— (513/1997 de 19 de abril).

También se ha distinguido entre el «dolo de acción» y el de «omisión». El primero se refiere a los delitos en que la conducta consiste en un hacer, y el segundo en el que el comportamiento es pasivo y consiste en un «no hacer», siendo la omisión «propia» cuando no requiere para su tipicidad plena su conexión causal o por imputación objetiva con un resultado posterior, e «impropia» o «comisión por omisión» (art. 11 CP) las que sí requieran tal resultado. El dolo en los delitos de acción consiste en conocer y aceptar tanto el comportamiento cuanto, en su caso —delitos de resultado— sus posibles efectos, mientras que en los delitos de omisión supone conocer la existencia de una omisión en situación o posición de «garante» (no actuar cuando la norma jurídica obliga a actuar), y en su caso —delitos de omisión impropia o de comisión por omisión— conocer también y al menos aceptar que tal pasividad pueda permitir o no impedir un evitable resultado lesivo prohibido por la norma penal (23 de abril de 1987 y 30 de junio de 1988 [LA LEY

10937-R/1988]). Pero básicamente en los delitos de omisión el dolo se centra en el conocimiento y aceptación de la situación generadora del deber, de la posición de garante (24 de octubre y 10 de noviembre de 1990 [LA LEY 1100-JF/0000] y 18 de marzo de 1997 [LA LEY 5610/1997]).

Y en los llamados «delitos circunstanciados», el dolo debe extenderse no sólo a la conducta nuclear o esencial sino también a las circunstancias cualificantes o agravantes (14 de julio de 1989).

El dolo eventual

Pero los problemas más relevantes en relación con el concepto de dolo y su clasificación se centran en la determinación y delimitación del concepto de «dolo eventual». Por dolo eventual se entiende la representación como posible o probable (la opción por una u otra variable es irrelevante en esta fase puramente intelectual o cognoscitiva, teniendo solo importancia en la segunda fase volitiva) de un resultado vinculado a una acción u omisión, que no es querido directamente (de ahí la confusión conceptual o meramente terminológica con el llamado «dolo indirecto»), pero que se acepta a pesar del riesgo de acaecimiento de dicho evento representado como posible; un ejemplo tradicional es el del cazador que deseando matar una pieza de caza, dispara hacia una mata que se ha movido aceptando que pueda ser una persona la víctima del disparo en vez de la deseada pieza de caza. Para que exista dolo eventual no basta con que sea posible o probable el resultado delictivo conocido por el sujeto activo, sino que tiene que cumplirse un segundo requisito en el que surgen diversas opciones doctrinales; la más clara y tradicional (teorías volitivas) exige que el sujeto acepte o consienta que tal resultado acaezca, cuando decida proseguir su acción u omisión (16 de octubre de 1986, 19 de diciembre de 1987, 9 de junio de 1989 [LA LEY 1808-2/1989], 590/1995 de 24 de abril [LA LEY 16841-R/1995], 1281/1997 de 20 de octubre [LA LEY 10670/1997], 194/1998 de 10 de febrero [LA LEY 2284/1998], 1011 y 1841/2001 de 4 de junio [LA LEY 6276/2001] y 17 de octubre [LA LEY 184548/2001], 1228/2005 de 24 de octubre [LA LEY 14119/2005] y 755/2008 de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]), aun deseando que tal hipótesis o riesgo no se actualicen (27 de diciembre de 1988); una versión moderna de esta teoría de la aceptación viene de la mano de la llamada «imputación objetiva», en virtud de la cual si un sujeto genera conscientemente una situación de peligro jurídicamente desaprobado, y no la neutraliza mediante un desistimiento de la acción o de la omisión, tal actitud pertinaz significa aceptación del riesgo y del posible resultado (23 de abril de 1992 —Caso de la Colza— [LA LEY 53390-JF/0000] y 348/1993 de 20 de febrero [LA LEY 2884-5/1993]). Esta acentuación de la «probabilidad» de la actualización del resultado previsto, como índice de la existencia de la aceptación de tal acaecimiento, ha llevado a que algunos (teorías intelectuales o cognitivas) opten por considerar que basta con acreditar tal probabilidad para que se considere presente el dolo eventual (27 de diciembre de 1982, 23 de abril de 1992 —caso de la colza— [LA LEY 53390-JF/0000], 107/1997 de 27 de enero [LA LEY 2022/1997], 481/1997 15 de abril [LA LEY 90734-JF/0000] y 1405/1997 de 28 de noviembre [LA LEY 896/1998], 194/1998 de 10 de febrero [LA LEY 2284/1998], 1696/2002 de 14 de octubre [LA LEY 166/2003], 579 y 1495/2005 de 5 de mayo y 7 de diciembre [LA LEY 1552/2005], [LA LEY 237424/2005] y 181 [LA LEY 7035/2009], 449 [LA LEY 58215/2009] y 543/2009 [LA LEY 84800/2009] de 6 de mayo, 23 de febrero y 12 de mayo, entre otras muchas), «sustantivizando» un problema meramente «procesal», que en la práctica no supone especiales diferencias, pues es lo mismo decir que por prueba indirecta se induce que el sujeto consintió o aceptó el resultado, teniendo en cuenta el riesgo que conscientemente creaba, que sin más la probabilidad se estime como suficiente para que se considere cumplido el elemento volitivo del dolo eventual. Como luego se analiza al determinar las diferencias entre la culpa consciente y el dolo eventual, hoy rigen las teorías eclécticas que exigen probabilidad y aceptación o no abstención de seguir actuando para que no se genere o cese

el peligro generado (2727/1992 de 16 de diciembre [LA LEY 3907-JF/0000], 395/1995 de 25 de mayo [LA LEY 16902-R/1995], 62/1997 de 20 de enero [LA LEY 1428/1997] y 696/1997 de 19 de mayo [LA LEY 7404/1997]).

Se incluyen también en el ámbito del dolo eventual las conductas conocidas como «ignorancia deliberada» o «indiferencia», supuestos en los que el autor evita analizar la situación y prosigue mantiene su acción u omisión generando o no evitando el riesgo que finalmente acaece, siéndole imputable el resultado en régimen de dolo eventual sí es muy probable que acaeciera en tales circunstancias (906/2002 de 17 de mayo [LA LEY 10096/2003], 236 y 1524/2003 de 17 de febrero y 5 de noviembre [LA LEY 12077/2003] [LA LEY 11764/2004], 1369 y 1410/2005 de 8 y 30 de noviembre [LA LEY 10012/2006] [LA LEY 234000/2005]).

El dolo eventual convierte en doloso el comportamiento, mereciendo una tipicidad básica idéntica a la aplicable a los delitos cometidos en régimen de dolo directo de primer o segundo grado (2056/1993 de 20 de septiembre [LA LEY 13405/1993] y 2427/1993 de 27 de octubre, 395/1995 de 25 de mayo [LA LEY 16902-R/1995] y), aun cuando la jurisprudencia haya denunciado en ocasiones la existencia de una laguna normativa, pues el dolo eventual debería constituir una categoría delictiva intermedia, a efectos de penalidad, entre el dolo directo y la imprudencia grave (24 de octubre de 1989 [LA LEY 2131-JF/0000], 5 de noviembre de 1990 y 1235/1998 de 24 de octubre [LA LEY 421/1999]).

Análogo significado que el comentado dolo eventual tiene el llamado «dolo normativo» o concepto normativo del dolo, basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto riesgo el bien jurídico protegido, y a pesar de ello se ejecuta la acción (772/2004 de 16 de junio [LA LEY 1967/2004]).

La imprudencia

La culpa o imprudencia existe cuando un comportamiento no doloso —no intencional—, genera (causalmente o mediante los criterios de la imputación objetiva) un resultado castigado por la ley penal también en versión no dolosa (art. 12 CP), derivado de la situación de riesgo provocada por dicho comportamiento, por no prever lo previsible o no evitar lo evitable, violando una norma objetiva de cuidado (de diligencia, prudencia, pericia) reguladora de ciertas actividades o situaciones, que impone dos deberes sucesivos al sujeto activo, consistentes en prever o advertir la situación de riesgo o peligro inminentes conexos con la conducta, o de evitar dicho resultado desplegando los deberes de cuidado —diligencia, prudencia, pericia— que las normas aplicables imponen (30 de enero [LA LEY 7070-NS/0000] y 2 de noviembre de 1981 [LA LEY 12856-JF/0000], 2 de octubre de 1984 [LA LEY 9116-JF/0000] y 653/1994 de 26 de marzo [LA LEY 5024-JF/0000]). Para la existencia y graduación de la infracción de un deber de cuidado, además de las circunstancias objetivas relativas al mismo, habrá que tener en cuenta las concretas características del infractor relativas a sus capacidades personales (formación, instrucción, inteligencia, etc.); el primer aspecto se considera en el ámbito de la acción u omisión antijurídicas, mientras que el segundo es más propio de la culpabilidad, al emitir el juicio de reprochabilidad o de atribuibilidad subjetiva del hecho imprudente injusto (2 de noviembre de 1981 [LA LEY 12856-JF/0000]).

Elementos de la imprudencia

El delito imprudente se compone de los siguientes elementos: a) una acción u omisión que genera un resultado protegido por la ley penal, también en su versión culposa; b) un elemento

negativo consistente en la ausencia de dolo, ni si quiera eventual; c) una norma de cuidado contenida en normas jurídicas y/o técnicas relativas a la actividad social que desarrolla el sujeto (profesional, de seguridad y salud en el trabajo, de las técnicas de edificación, del tráfico rodado, etc.), que exige prever y/o evitar el resultado acaecido; d) que dicho resultado sea previsible y evitable y haya sobrevenido por el quebranto de la indicada norma de cuidado (nexo causal o imputación objetiva); y e) que al sujeto le sea exigible, en atención a sus circunstancias personales, el no haber infringido dicha norma de cuidado (17 de noviembre de 1983, 16 de diciembre de 1985 [LA LEY 68211-NS/0000], 27 de octubre de 1989, 2462/1992 de 17 de noviembre [LA LEY 2271-5/1993], 975/1997 de 21 de enero [LA LEY 2210/1997] y 192/1997 de 14 de febrero [LA LEY 2257/1997]).

En definitiva, tales elementos pueden resumirse en dos. En uno normativo, consistente en la infracción de un deber de cuidado, externo (normas objetivas) e interno (circunstancias personales), que aparece como causa, con mayor o menor intensidad, del resultado típico (12 de febrero de 1990, 192/1997 de 14 de febrero [LA LEY 2257/1997] y 481/1997 de 15 de abril [LA LEY 150427/1999]), que tiene como límite de exigibilidad el llamado principio de confianza, consistente en creer que los demás que participen en la actividad de riesgo permitido, se van a comportar prudentemente (8 de junio de 1985 [LA LEY 62001-NS/0000] y 3 de junio de 1989 [LA LEY 115060-JF/0000]). Y en otro psicológico y técnico, consistente en determinar si el resultado era previsible y evitable, de haberse cumplido por el sujeto del deber de cuidado (de pericia, de prudencia, de diligencia) objetiva y genéricamente existente (2 de octubre de 1984 [LA LEY 9116-JF/0000], 466/1997 de 10 abril [LA LEY 90733-JF/0000] y 600/1997 de 30 de abril [LA LEY 5815/1997]).

Imprudencia grave e imprudencia leve

Tal imprudencia, en función de la importancia de la norma de cuidado transgredida, de la peligrosidad de la conducta y de la valoración social del riesgo, antes del código de 1995 se clasificaba en tres categorías: imprudencia temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin tal infracción, constitutiva esta última de una mera falta. En el nuevo código la clasificación ha pasado a ser bipartita: grave y leve, grave cuando se quebranten las más elementales normas de precaución y cautela, atendiendo a la permisibilidad y la participación mental del sujeto, y leve, que sólo puede generar una falta sea cual fuere la gravedad del resultado (30 de septiembre de 1985, 25 de septiembre de 1986 [LA LEY 11335-JF/0000], 17 de mayo de 1988 [LA LEY 1697-2/1988], 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 1235/1991], 1555/1993 de 18 de junio [LA LEY 3881-5/1993], 817/1995 de 17 de julio, 1841/2000 de 1 de diciembre [LA LEY 1313/2001] y 2161/2002 de 23 de diciembre [LA LEY 1209/2003]), y como ya se ha dicho, las normas de cuidado son las convivenciales o experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social para evitar perjuicios a terceros, o incluso las específicas reguladoras y de buen gobierno de determinadas actividades que, por su trascendencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, para conjurar dichos peligros (907/1995 de 22 de septiembre [LA LEY 14713/1995]). En definitiva, la distinción entre la imprudencia grave y la leve radica en la mayor o menor importancia del deber de cuidado infringido, pero cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante, en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia ha de ser calificada de grave (270/2005 de 22 de febrero [LA LEY 1333/2005]).

También se distinguen la «culpa consciente» y la «inconsciente». En la primera se infringe el deber de cuidado de evitar lo evitable que se ha previsto como de posible acaecimiento, y en

la segunda el no haber previsto lo previsible y, por ello, no haberlo evitado. En principio la intensidad o gravedad de la imprudencia no está determinada porque tenga una u otra naturaleza, pues una culpa consciente puede ser más grave que otra inconsciente, en función del deber de cuidado infringido en uno y otro caso (30 de mayo de 1982, 22 de diciembre de 1986 [LA LEY 6656/1986] y 752/1997 de 19 de mayo [LA LEY 90780-JF/0000]).

La «imprudencia profesional», especie de imprudencia incluida en algún tipo penal (art. 142.3 CP por ejemplo), la distingue la jurisprudencia de la imprudencia «del» profesional, consistiendo la primera en la infracción de la *lex artis* de la profesión correspondiente y de las más «elementales cautelas exigibles a quienes, por su condición de profesionales, deben tener una especial capacitación y preparación para el desempeño de las actividades profesionales, especialmente las potencialmente peligrosas» (307/2006 de 13 de marzo [LA LEY 23456/2006] y 181/2009 de 23 de febrero [LA LEY 7035/2009]).

Dolo eventual y culpa consciente: distinción

Pues bien, la culpa consciente es la que supone representarse y conocer el posible resultado lesivo, frente a la inconsciente en la que no se produce tal representación, radicando precisamente la infracción del deber de cuidado en no prever o representarse lo que las normas de cuidado exigibles al sujeto obligaban a hacerlo, por ser previsible tal resultado. ¿Dónde se traza la frontera entre la culpa consciente y el dolo eventual? La respuesta es diversa según se opte por la teoría de la aceptación —consentimiento— o por la de la probabilidad en la conceptualización del dolo eventual, si bien en la práctica la diferencia no es tanta, pues en último término la existencia de aceptación o consentimiento respecto al posible resultado se induce, por prueba indirecta, del grado de probabilidad de su acaecimiento en atención a las circunstancias concretas; pues bien, la jurisprudencia ha seguido tres teorías a la hora de efectuar tal diferenciación: la de la probabilidad, la del consentimiento (también llamada del «acogimiento» o de la «ratificación») y la del «sentimiento», consistiendo esta última en una categoría intermedia en la que no sólo figura la representación o previsión del posible resultado, sino también la pasividad e indiferencia del autor frente a ese resultado representado como equivalente; la jurisprudencia sigue considerando como criterio diferenciador más seguro el derivado de la teoría del consentimiento o aceptación, concretado en el no desistimiento de la conducta a pesar de conocer que puede generar consecuencias más graves, no directamente queridas, unidas a las directamente queridas (26 de diciembre de 1987, 9 de junio de 1989 [LA LEY 1808-2/1989] y 5 de noviembre de 1990). Si se sigue la llamada «teoría de la peligrosidad», que realmente no parece gozar de autonomía al ser más bien un nuevo modo de denominar a las ya comentadas, en la culpa consciente se representa un resultado como posible (representación de un peligro en abstracto) pero no se considera que vaya a actualizarse (no hay representación de tal peligro en concreto, propia del dolo eventual), lo que supondría configurar los delitos de dolo eventual como delitos de peligro per se (24 de octubre de 1989 [LA LEY 2131-JF/0000] y 1235/1998 de 24 de octubre [LA LEY 421/1999]); en definitiva, en el dolo eventual el resultado representado se acepta o tolera, se conforma el agente con él o incluso se resigna, mientras que en la culpa consciente o con representación se rechaza (24 de octubre de 1989 [LA LEY 2131-JF/0000], 2730/1992 de 11 de diciembre [LA LEY 15176-R/1993], 348/1993 de 20 de febrero, 27/1995 de 16 de enero [LA LEY 14267/1995] y 590/1995 de 24 de abril [LA LEY 16841-R/1995], 510/1998 de 14 de abril [LA LEY 5924/1998], 1049/2002 de 5 de junio [LA LEY 7136/2002], 1079/2002 de 6 de junio [LA LEY 7338/2002], 1573/2002 de 2 de octubre [LA LEY 10560/2003], 755/2008 de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008] y 181/2009 de 23 de febrero [LA LEY 7035/2009], entre otras muchas). Y en fin, aun cuando parezca que la tesis de la probabilidad haya sido aceptada incondicionalmente

por la jurisprudencia, tal realidad no es del todo completa si se tiene en cuenta que nunca se ha renunciado a complementar tal criterio con el más tradicional de consentimiento, en los términos ya comentados (348/1993 de 20 de febrero, 1012/1994 de 11 de mayo, 1617/1999 de 11 de noviembre [LA LEY 2273/2000], 972/2000 de 6 de junio [LA LEY 8667/2000], 34/2001 de 22 de enero [LA LEY 3198/2001] y 2145/2001 de 12 de noviembre [LA LEY 2267/2002], 2076/2002 de 23 de enero—2003— [LA LEY 128178/2003], y 625/2003 de 28 de abril [LA LEY 128178/2003] y 918/2003 de 20 de junio [LA LEY 108945/2003]), si bien el mayor o menor riesgo termina siendo el elemento diferenciador de una y otra modalidad (19/2005 de 24 de enero [LA LEY 10966/2005]).

Coautoría y concurrencia de culpas

Los delitos culposos o imprudentes tienen algunas especialidades respecto a los dolosos, en materia de coautoría y de concursos. Se admite la coautoría en los delitos imprudentes en una doble versión: tanto si varias personas acuerdan realizar la conducta culposa que luego genera el resultado delictivo, cuanto si sin previo acuerdo concurren varios comportamientos—generalmente omisivos— imprudentes que contribuyen a la causación o no evitación de dicho resultado (17 de mayo de 1976, 5 de diciembre de 1979/1994 de 7 de diciembre [LA LEY 2099/1995] y 2159/1994 de 7 de diciembre). Pero este problema se analiza más extensamente en el comentario a los arts. 27 y siguientes.

También tiene relevancia la concurrencia de culpas o imprudencias del autor y de la propia víctima, dicha concurrencia puede ser irrelevante o, en algunos casos, suponer la disminución de la gravedad de la imprudencia del autor o incluso su ausencia por la relevancia de la contribución de la víctima, pero no se opera la llamada «compensación de culpas» vigente en el orden civil, pues dichas culpas concurrentes no se suman y restan a la hora de apreciar su existencia, sino que únicamente se examina la contribución de cada una de las concurrentes a la causación del o de los resultados acaecidos (28 de marzo [LA LEY 59342-NS/0000] y 27 de septiembre de 1985 [LA LEY 64679-NS/0000], 28 de marzo de 1987, 8 de marzo de 1990 [LA LEY 1865-JF/0000], 25 de febrero [LA LEY 1724/1991] y 24 de mayo de 1991 [LA LEY 10842/1991], 362/1992 de 22 de febrero, 1153/2000 de 30 de junio [LA LEY 10535/2000], 491/2002 de 18 de marzo [LA LEY 5001/2002] y 636/2002 de 15 de abril [LA LEY 6680/2002]); la concurrencia de culpas, en el ámbito de la responsabilidad civil derivada del delito, sí supone la «compensación» de las indemnizaciones recíprocamente debidas.

Imprudencia que genera dos o más resultados, ¿concurso ideal?

Así como en los delitos dolosos la diversidad de resultados lesivos puede suponer un concurso real, instrumental o ideal de delitos, en los imprudentes con varios resultados típicos sólo se tenía en cuenta el más grave para la determinación de la pena, sin que los restantes generen ni siquiera un concurso ideal, que es la solución seguida en otros países (18 de enero y 23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000]). Más recientemente se ha optado por el concurso ideal de delitos, al generar una misma conducta imprudente dos o más resultados lesivos (1550/2000 de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001], 632/2001 de 16 de abril [LA LEY 1527/2001] y 1133/2001 de 11 de junio).

Prescripción del delito imprudente

Y, en fin, respecto al momento de iniciarse el cómputo del plazo de prescripción, se considera que al ser un delito de resultado el culposo o imprudente, dicho plazo no empieza a correr hasta que acaece éste (21 de abril de 1989 [LA LEY 114732-JF/0000] y 2365/1993 de 26 de octubre

[LA LEY 15885-R/1994]), lo que no deja de suponer notables injusticias cuando dicho resultado sucede muchos años más tarde y además sobrevienen otras causas posteriores más directamente generadoras del resultado.

Preterintención: concurrencia de dolo y culpa

En ocasiones la intención del autor va más lejos que la realidad lograda, supuestos que se denominan «tentativa» (art. 15), pero en otras se invierte la no coincidencia del elemento subjetivo —dolo— con el objetivo —resultado—, acaeciendo un efecto de mayor gravedad no querido, por ejemplo cuando queriéndose causar lesiones —*animus laedendi*— acaece la muerte sin *animus necandi*; en tales ocasiones el resultado acaecido puede ser fortuito, pues acaece sin culpa o imprudencia del autor, o culposo —imprudente—, produciéndose una mixtura de dolo y culpa, denominada tradicionalmente «preterintención» —más allá de la intención— o «delito preterintencional». Estos supuestos se analizan en el comentario correspondiente al homicidio (art. 138).

Ausencia de dolo y de imprudencia: caso fortuito

La ausencia de dolo y de imprudencia se denominaba en los códigos penales históricos «caso fortuito», que al margen de incluir tácitamente supuestos de ausencia de causalidad o de imputación objetiva de un resultado, se refería más específicamente a la causación de un resultado previsto como delito, «sin culpa ni intención» del agente, es decir, por causas imprevisibles o inevitables, aun en el supuesto de cumplir el deber de cuidado (diligencia, prudencia, pericia, previsión, etc.). En definitiva, un accidente no imputable subjetivamente a nadie, aun cuando pudiera generar responsabilidad jurídica objetiva en otros ámbitos no penales del ordenamiento jurídico, generalmente civiles (27 de noviembre de 1981, 26 de junio de 1985, 1914/1992 de 14 de septiembre [LA LEY 1754-5/1993], 895/1997 de 26 de septiembre [LA LEY 9933/1997] y 956/1998 de 16 de julio [LA LEY 8668/1998]).

Artículo 6.

Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito.

Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

CONCORDANCIAS

CE: art. 25.

CP: arts. 1, 95 y ss., Disp. Adic. 1.^a y Disp. Trans. 10.^a

JG de 31 de marzo de 2009.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 99 CP, que impone el abono del tiempo de cumplimiento de la medida a la pena privativa de libertad pendiente tras el cumplimiento de aquélla, no

pueden sumarse penas y medidas de seguridad por unos mismos hechos, pues ello supondría la conculcación del principio *ne bis in idem*, derivado del de legalidad de los delitos y de las penas (SSTC 23/1986 de 14 de febrero [LA LEY 543-TC/1986], 21/1997 de 19 de febrero [LA LEY 747-TC/1987] y 131/1987 de 20 de julio [LA LEY 93342-NS/0000]. STS de 16 de noviembre de 1990 [LA LEY 1733-JF/0000]).

Para la determinación del punto de referencia penológico previsto en el apartado 2, debe tenerse en cuenta la pena privativa de libertad en abstracto (2107/2001 de 12 de noviembre [LA LEY 986/2002], 493/2002 de 13 de marzo y 303/2009 de 1 de abril [LA LEY 49566/2009] y acuerdo de JG de 31 de marzo de 2009 [LA LEY 110732/2009]). Al margen de este límite, la proporcionalidad prevista en el apartado 1 debe determinarse en función del delito cometido y, en su caso, de la enfermedad que afecte a la imputabilidad (1679/2000 de 12 de abril). Sólo puede imponerse la medida de seguridad si acaece la exención completa o incompleta de la imputabilidad (1679/2000 de 7 de febrero [LA LEY 3996/2000]), y además, siguiendo la conveniencia de hacerlo, introducir tal posibilidad en el debate del juicio oral, opción que favorece tanto al acusado como a la sociedad (776/2000 de 4 de mayo [LA LEY 7486/2000]).

Artículo 7.

A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 1.1, 2, 11, 132.1, y Disps. Trans. 1.^a y 2.^a y restantes.
JG de 3 de febrero de 2005.

Al margen de la «retroactividad» y «ultractividad» de las leyes penales más favorables (una ley posterior, en el primer caso, y la ley vigente en el momento de acaecer el hecho delictivo, en el segundo), para determinar qué ley estaba vigente cuando se cometió el delito el presente artículo opta por la llamada «teoría de la actividad», rechazando tácitamente las restantes que la doctrina ofrece (del resultado, de la ubicuidad, del efecto intermedio, de la relevancia o de la valoración jurídica), no considerándose «actividad» ejecutiva la realización de meros actos preparatorios (1222/1998 de 16 de octubre [LA LEY 654/1999]).

En la determinación del momento de comisión del delito rige la regla o principio general *in dubio pro reo* (1458/2002 de 17 de septiembre [LA LEY 7812/2002]), debiéndose tener en cuenta el momento de la ejecución del delito y no de los actos preparatorios, como ya se ha dicho (16 de octubre de 1998 [LA LEY 654/1999] y 1625/2000 de 31 de octubre [LA LEY 197690/2000]).

En los delitos continuados (677/2002 de 5 de abril [LA LEY 5914/2002] y 333/2003 de 28 de febrero [LA LEY 2362/2003]) y en los permanentes (1741/2000 de 14 de noviembre [LA LEY 11305/2000]), debe tenerse en cuenta a estos efectos el último acto y no los iniciales o intermedios.

No es congruente el TS al aplicar este precepto, especialmente en otros ámbitos del CP, pues mientras en general y en particular en el delito de tráfico de influencias, por ejemplo, considera que lo relevante a estos efectos es la conducta y no el resultado, aun cuando éste sea el que marque el comienzo de iniciación del plazo de prescripción (1079/1998 de 22 de septiembre, 933/1998 de 16 de octubre y 1493/1999 de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]), respecto al delito de estafa se estima la consumación (producción de traspaso patrimonial —perjuicio— y no la acción —el engaño—) como referente para determinar la ley aplicable (1741/2000 de 14 de noviembre [LA LEY 11305/2000]).

Artículo 8.

Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código, y no comprendidos en los arts. 73 a 77, se castigarán observando las siguientes reglas:

1.ª El precepto especial se aplicará con preferencia al general.

2.ª El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.

3.ª El precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél.

4.ª En defecto de los criterios anteriores, el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 73 a 77.

CPM: art. 5.

LPPNA (§ 2.4): art. 3.

LOREG (§ 2.3): art. 136.

Cuando diversos preceptos penales protegen el mismo bien jurídico, no es posible considerar que una misma conducta pueda constituir un concurso ideal o instrumental de delitos (art. 77 CP), cual ocurría por ejemplo con el tráfico de drogas que se castiga en este Código y en la LC, sino más bien el llamado concurso o conflicto aparente de leyes o normas penales, que es el supuesto al que se refiere el presente precepto (20 de septiembre de 1985 [LA LEY 10274-JF/0000] y 1196/1998 de 19 de octubre [LA LEY 111043/1998]). Si se ofenden dos o más bienes jurídicos con una misma acción, y no se cubre con una sólo norma penal todo el espectro de la conducta delictiva, habrá concurso de delitos —real, ideal o medial— y no será aplicable este artículo (778/2003 de 29 de mayo [LA LEY 13092/2003], 887/2004 de 6 de julio [LA LEY 160688/2004], 722/2005 de 6 de junio [LA LEY 12793/2005], 900/2006 de 22 de septiembre [LA LEY 99210/2006] y 166/2009 de 23 de febrero [LA LEY 4688/2009]), si bien esta cuestión no puede resolverse en casación si no ha sido planteada por el recurrente (398/2009 de 11 de abril [LA LEY 40417/2009]). Existe concurso de leyes o normas y no ideal de delitos, entre la prevaricación y el impedimento del ejercicio de libertades públicas por funcionario (246/2003 de 21 de

febrero [LA LEY 1439/2003]), el delito fiscal y el contable (1211/2002 de 29 de junio [LA LEY 10168/2003]), el exhibicionismo previo y la posterior agresión sexual (530/2001 de 28 de marzo), el cohecho y el hipotético delito fiscal por enriquecimiento no declarado a consecuencia de aquél (20/2001 de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]), la prevaricación y el impedimento de ejercicio de derechos cívicos —arts. 404 y 542 CP— a favor del primero (JG de 30 de junio de 1997 y STS 784/1997 de 2 de julio [LA LEY 9515/1997]), la falsedad en documento privado y la estafa (992/2003 de 3 de julio [LA LEY 13209/2003], 241/2007 de 23 de marzo [LA LEY 9719/2007], 459/2008 de 7 de julio [LA LEY 96497/2008] y 236 y 290/2009 de 13 y 17 de marzo [LA LEY 8775/2009] [LA LEY 34607/2009], entre otras muchas) y el delito de tráfico de drogas y el de contrabando, desde la JG de la Sala segunda del TS de 24 de noviembre de 1997 (1088/1997 de 1 de diciembre [LA LEY 85/1998]).

En estos concursos de normas o de leyes, un hecho único, material y jurídicamente considerado, sólo puede ser subsumido en uno de los preceptos que protegen el mismo bien jurídico contemplado, en todo o en parte, frente a una misma conducta (1493/1999 de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]). Lo contrario supondría la conculcación del principio *ne bis in idem*, pues se castigaría dos veces una misma conducta no atentatoria contra más de un bien jurídico (STC 154/1990 de 15 de octubre [LA LEY 55905-JF/0000]); es el caso del robo con fuerza en las cosas en su subtipo agravado del art. 241, que al incrementarse la pena por realizarse en casa habitada, se absorbe en la figura el posible delito de allanamiento de morada (244/2000 de 15 de febrero [LA LEY 5490/2000]).

Conculca este precepto el TS cuando resuelve los concursos entre la apropiación indebida del art. 252 y la administración fraudulenta del art. 295, porque a pesar de ser aquél más genérico y abstracto que éste, se aplica porque prevé mayor penal, criterio previsto en la regla 4.^a sólo aplicable en régimen de subsidiariedad respecto a los anteriores (26 de febrero [LA LEY 1836/1998]); tendría más sentido, desde una perspectiva lógico formal que intentara salvar el error del legislador al introducir en su actual versión el aludido delito societario (que merecería mayor pena que la apropiación indebida, hasta el punto que lo más razonable sería incluir la figura como una cualificación del tipo tradicional, y no como delito autónomo), considerar que era más especial el art. 252, al resultar especificado por las cualificaciones del art. 250.

En principio, el TC considera que la aplicación de este precepto es monopolio de la jurisdicción y carece de relevancia constitucional (ATC 146/1998 de 25 de junio [LA LEY 7121/1998], en el caso Argentiatrust, con un voto particular), pero cuando la aplicación del mismo es claramente irrazonable y ello lleva a una subsunción de la conducta en un tipo penal distinto y más grave del más específico, que incluso supondría impunidad (se consideró estafa lo que sólo podía ser fraude de subvenciones —art. 308 CP— si alcanzaba la cuantía típica), atenta contra el principio de legalidad penal —art. 25.1 CE— (STC 13/2003, de 28 de enero [LA LEY 10947/2003]); en el mismo sentido se pronunció la JG de la Sala segunda del TS, en su pleno no jurisdiccional de 15 de febrero de 2002, fecha hasta la que coexistieron Sentencias contradictorias.

Por otra parte, este precepto es «muy español», en el sentido de no figurar en otros CC.PP. del entorno geográfico europeo, que o no dicen nada (resolviendo estos concursos aplicando las normas generales de aplicación de las leyes) o sólo aluden como en italiano al principio de especialidad, que en realidad es el que pleonásticamente se repite en todas las reglas, aun cuando se utilicen diversos términos y modos de elección de la norma.

Artículo 9.

Las disposiciones de este Título se aplicarán a los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales. Las restantes disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en lo no previsto expresamente por aquéllas.

CONCORDANCIAS

CP: Disp. Trans. 11.^a y Disp. Derog.

CPM: art. 5.

LOREG (§ 2.3): art. 138.

LPPNA (§ 2.4): art. 12.

LC (§ 2.2): Disp. Adic. 1.^a.

LRJCC (§ 2.1): arts. 6 a 9.

LIBRO I**DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS Y LAS FALTAS,
LAS PERSONAS RESPONSABLES, LAS PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD
Y DEMÁS CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN PENAL****TÍTULO I****DE LA INFRACCIÓN PENAL****CAPÍTULO I****De los delitos y faltas****Artículo 10.**

Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 1.1, 9.3, 25.1 y 81.1.

CP: arts. 1 a 9 con las concordancias correspondientes, y 11 y ss.

CPM: art. 20.

Planteamiento

La definición dogmática o doctrinal de «delito» (y falta; en adelante se utilizará sólo el término «delito» como género que incluye la especie falta que, en definitiva, es un delito «leve»: art. 13.3 CP), viene siendo tradicionalmente la siguiente: conducta (acción u omisión) típicamente antijurídica, cul-

pable y punible. El legislador, con otras palabras que son las que figuran en este artículo, viene a acoger este mismo concepto o definición doctrinal.

La conducta: acción u omisión

Todo delito consiste básicamente en un «hacer» o en un «no hacer». Los primeros se denominan delitos de acción o de comisión, y los segundos de «omisión», de «omisión propia» si sólo consisten en una pura conducta omisiva (por ejemplo, la omisión de socorro del art. 195) y de «omisión impropia» o de «comisión por omisión» si la conducta pasiva requiere para su tipicidad el acaecimiento de un resultado que hubiera podido evitar la actuación omitida por el sujeto activo (modalidad que se analiza al comentar el siguiente art. 11). Al hacer referencia a la acción en términos genéricos, como sinónimo de «conducta», también se incluye en su significado la omisión, al menos en el plano doctrinal, aun cuando legalmente se emplee como una especie de la conducta; la acción genérica es el elemento central y primario del concepto de delito, pudiendo ser relevante la finalidad de la misma en los delitos de resultado, aun cuando de ordinario no entre la jurisprudencia en la polémica doctrinal entre las teorías causalista y finalista de la acción (2232/1992 de 22 de octubre [LA LEY 15051-R/1993]).

Ausencia de conducta

Se considera que no existe acción u omisión penalmente relevantes, por no ser propiamente un ser humano el protagonista, cuando el autor ha obrado en un estado de inconsciencia total, bajo los efectos de una fuerza física irresistible o cuando el movimiento corporal es producto de un acto reflejo (15 de octubre de 1988 [LA LEY 3522-JF/0000]) o de una situación de total inconsciencia y actuar mecánico, cual ocurre en ciertos episodios epilépticos, situación que va más allá de la llamada tradicionalmente «enajenación mental» (causa de inimputabilidad) y encaje más adecuadamente en la ausencia de la acción u omisión aludidas en el artículo ahora comentado (26 de junio de 1989 [LA LEY 12184-R/1989]). Si no hay acción no puede haber delito, siendo innecesario verificar la concurrencia de los restantes elementos.

Delitos de mera conducta y de resultado

Tradicionalmente los delitos de acción o de omisión se clasifican como de «mera conducta» (cuando se consuman por un mero hacer o no hacer) o «de resultado» (cuando la consumación exige que se produzca un efecto o resultado, una modificación del mundo exterior, realidad diversa a la conducta, y que se encuentra en distintas coordenadas de espacio y tiempo que ésta). Aun cuando esta clasificación tiene sus problemas, en parte tratados por la jurisprudencia (14 de octubre de 1987 [LA LEY 59499-JF/0000]), en principio sigue siendo útil, pues los llamados delitos de resultado exigen analizar la presencia o ausencia de nexo o relación causal respecto al resultado, exigencia inexistente por definición en los de mera conducta. Por otra parte, como se verá al comentar el art. 15, sólo la tentativa acabada es viable en los delitos de resultado.

El problema principal surge por la, al menos, doble acepción que se otorga al término «resultado» en la teoría jurídica del delito, pues junto al ahora comentado y más tradicional como categoría del elemento «acción» o conducta, consistente en una modificación del mundo exterior generalmente apreciable por los sentidos, consecuencia de la acción o de la omisión (muerte de una persona, herida, traspaso de patrimonio mediante un engaño, etc.), por resultado también se entiende en el ámbito de la antijuridicidad el «efecto jurídico» de la acción o de la omisión, es

decir, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, aspecto sobre el que se vuelve en el comentario al artículo siguiente, contexto en el que se habla de «desvalor de acción» (conducta activa o pasiva del sujeto del delito) y de «desvalor de resultado» (lesión o peligro para el bien jurídico protegido); en ocasiones coinciden ambos conceptos de resultado (por ejemplo, en el delito de homicidio, resultado es tanto el efecto de la conducta cuanto la lesión del bien jurídico vida), pero en otras no (delitos de mera conducta como prevaricación, conducir bajo influencias de bebidas alcohólicas, etc.).

Para que un «resultado» en su sentido tradicional se considere vinculado a una acción u omisión, debe tener una relación o nexo causal con esa manifestación de voluntad activa o pasiva del sujeto, es decir, ser su efecto. Esta categoría sigue teniendo relevancia práctica, aun cuando, como luego se analiza, la «imputación objetiva» haya venido a sustituirla o más bien a complementarla. Por otra parte, el juicio relativo a la existencia o inexistencia de relación de causalidad o de imputación objetiva es muy distinto en los delitos de acción que en los de comisión por omisión, pues mientras en los primeros se trata de verificar una realidad histórica (si tal acción fue o no la causante de tal resultado), en los de comisión por omisión la verificación no recae sobre una realidad pasada, sino sobre una hipótesis (si una posible intervención que no se produjo, que se omitió, hubiera o no evitado el resultado que finalmente se produjo, cuya causación real no procede necesariamente del omisor); en el comentario al siguiente art. 11 se hace referencia a la relación de causalidad e imputación objetiva en tales delitos de comisión por omisión o de omisión impropia.

Nexo causal entre conducta y resultado

Para verificar la causalidad, la jurisprudencia ha seguido diversas teorías o criterios: equivalencia de las condiciones, causación adecuada o eficiente, causación típica relevante y dominio del hecho (4 de marzo de 1985 [LA LEY 9760-JF/0000]). La teoría más laxa, a la hora de admitir la existencia de relación o nexo causal es la de la equivalencia de las condiciones, es decir, la que considera que es causa aquella conducta que resulta *condictio sine qua non* del resultado (que tradicionalmente se identificaba, sin especial rigor, con la máxima *causa causae, causa causati*: la causa de la causa es causa del mal causado); esta teoría no tiene efectos positivos, en el sentido de no servir en el ámbito jurisprudencial para acreditar la existencia de nexo causal, pero sí negativos, pues si ni siquiera se acredita que la acción es una *condictio sine qua non* del resultado, es decir, si no se prueba la influencia de la misma en lo acaecido —mínimo o punto de partida—, es evidente que no puede existir dicha relación (505/2002 de 22 de marzo [LA LEY 3560/2002] y 1869/2002 de 18 de noviembre [LA LEY 574/2003]). No es preciso probar o explicar el mecanismo productor del resultado a partir de la causa, siendo suficiente constatar que no existen otras causas acreditadas y que esa hipótesis es la única sostenible (23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000] y 1865/2000 de 5 de diciembre [LA LEY 1751/2001]); por ejemplo, en el llamado caso de la «colza», aun cuando no se supiera cuál fue el mecanismo bioquímico productor de las muertes y lesiones (y de la inocuidad patológica para algunos consumidores), los estudios epidemiológicos fueron suficientes para concluir que el aceite fue el vehículo del veneno misterioso y, por ende, causa de los resultados (23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000]). La concurrencia de causas posteriores a la acción inicial no rompen el nexo causal, si la primera causa era adecuada y suficiente para crear el riesgo de acaecimiento del resultado (1828/2002 de 25 de octubre [LA LEY 614/2003]).

La imputación objetiva

Pero precisamente para superar las insuficiencias de la relación causal y de sus teorías configuradoras, en particular respecto a procesos causales complejos, se substituyó esta institución por la de la «imputación objetiva» (28 de mayo de 1981 [LA LEY 6598-JF/0000], 1611/2000 de 19 de octubre [LA LEY 10/2001], 122/2002 de 1 de febrero [LA LEY 3484/2002] y 1043/2002 de 7 de junio [LA LEY 107830/2002]). En realidad, no se trata de una nueva opción, sino más bien una renovación y ampliación de la tradicional, partiendo de la teoría de la adecuación o, más bien, de la relevancia de la acción, pero considerándola desde la perspectiva de la generación de un peligro jurídicamente desaprobado del que es consecuencia el posterior resultado (812/2002 de 10 de mayo [LA LEY 6303/2002], 1696/2002 de 14 de mayo [LA LEY 166/2002] y 1671/2002 de 16 de octubre [LA LEY 10215/2003]), existiendo, por ejemplo, dicha imputación objetiva en el supuesto de agresión física en la cara de una persona portadora de gafas, que perdió un ojo al clavársele en él una de las patillas, pues el riesgo de que acaeciera lo que ocurrió era patente en tal situación (2161/2002 de 23 de diciembre [LA LEY 1209/2003]); si la acción no crea un riesgo jurídicamente desaprobado, no puede imputarse el resultado al sujeto activo (54/2003 de 22 de enero [LA LEY 1000/2003]), y si el riesgo no sólo es creado por el autor sino también por la víctima, no se le puede imputar el hecho al sujeto activo en su totalidad (1256/1999 de 17 de septiembre [LA LEY 11423/1999]). La imputación objetiva no sólo tiene efectos en el ámbito de la responsabilidad penal, sino también en el de la civil derivada de aquélla (1043/2002 de 7 de junio [LA LEY 107830/2002]). En definitiva, la «teoría de la imputación objetiva radica en la idea de que el resultado lesivo debe serle imputado al acusado siempre y cuando dicho resultado sea la consecuencia o realización de un peligro jurídicamente desaprobado creado por aquél, pues si la víctima no se hubiera encontrado en la situación creada por el autor, no se hubiera producido el resultado que finalmente tuvo lugar» (403/2006 de 7 de abril [LA LEY 36217/2006] y 449/2009 de 6 de mayo [LA LEY 58215/2009], entre otras muchas).

En cada uno de los tipos penales con problemas de esta índole figuran los criterios jurisprudenciales correspondientes.

Dolo o imprudencia: remisión

Para que exista delito no es suficiente con que se cumplan los elementos objetivos del tipo penal, sino también los subjetivos concretados en la exigencia de «dolo» o «imprudencia», en los términos tratados en el comentario al art. 5.

Ausencia de antijuridicidad o de culpabilidad: remisión

Tampoco habrá delito si concurren determinados supuestos tratados en posteriores artículos (determinados errores de tipo o de prohibición, circunstancias eximentes de la responsabilidad, excusas absolutorias, etc.).

Punibilidad: remisión

Y, en fin, un amplio sector doctrinal considera que la expresión «penadas por la Ley» no sólo alude a la necesidad de una ley penal que castigue en abstracto tal conducta, sino también a la no concurrencia de excusas absolutorias y a la necesaria presencia, en determinados casos, de las llamadas condiciones objetivas de punibilidad.

Artículo 11.

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

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

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

CONCORDANCIAS

CP: arts. 1, 10, 408 y 450.

JG de 30 de junio de 1997, sobre la prevaricación por omisión.

Planteamiento

Los llamados delitos de omisión se dividen como ya se ha dicho en dos grandes grupos: los de omisión propia o de pura conducta omisiva (es delictiva la mera omisión, sin que se precise la producción de un resultado posterior, cual ocurre con el delito de «omisión de socorro»: arts. 195 y 196) y los de omisión impropia o comisión por omisión, que precisan para su consumación la producción de un resultado típico que, de haber actuado el omisor, no se hubiera producido (por ejemplo, la madre que deja morir a un hijo recién nacido, al no darle alimento). El presente precepto se refiere a los segundos, es decir, a los supuestos en los que un resultado típico puede imputarse a un sujeto, no por haberlo causado él, sino por no haberlo evitado (18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000]).

Los elementos de los delitos de comisión por omisión son los siguientes (117/1994 de 28 de enero [LA LEY 2653/1994], 950/1997 de 27 de junio [LA LEY 8581/1997], 19/1998 de 12 de enero [LA LEY 1109/1998], 2230/2001 de 27 de noviembre [LA LEY 2693/2002], 102/2005 de 4 de febrero [LA LEY 926/2005] y 600/2009 de 5 de junio [LA LEY 99206/2009]): 1. Que la no evitación del resultado equivalga a la causación. 2. Tipicidad del resultado acaecido. 3. Que se haya infringido un deber de intervención, derivado de la posición de garante del sujeto, que le obligaba a actuar cuando podía hacerlo y no lo hizo. 4. Que exista una causalidad hipotética según la cual la intervención hubiera evitado el resultado. 5. Concurrencia de dolo o culpa. O en una formulación equivalente pero con distintos términos (257/2009 de 30 de marzo [LA LEY 34619/2009], Caso Publio Córdón): 1. «Existencia de un deber resultante de la creación de un peligro previo de producción de un resultado típico» (deber legal o contractual), 2. «La capacidad de acción del omitente y su dominio sobre la fuente de peligros personales», 3. «La causalidad hipotética de la misma» y el elemento subjetivo, dolo o imprudencia.

Posición de garante

El primer requisito es pues la «posición de garante», es decir, la situación jurídica que obligue al sujeto activo de delito («pasivo», respecto a la realidad, al no haber actuado) a actuar cuando no lo hizo, y que la ley penal concentra en dos supuestos: existencia de una «específica obligación legal o contractual de actuar» y creación por el omitente de «una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente». Se trata, pues, en los dos

primeros supuestos de un elemento normativo del tipo específico de comisión por omisión que en cada caso se plantee, que acredite el deber jurídico, no meramente moral, de evitar el resultado (31 de enero 1986 [LA LEY 10736-JF/0000] y 18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000]), obligación que de ordinario será delegable en otra persona (653/1994 de 26 de marzo [LA LEY 13849/1994]), y en el segundo, la creación de un riesgo por intervención previa, de un elemento más objetivo que requiere analiza la situación de peligro creada y su dominio para conjurarla (85 y 257/2009 de 6 de febrero 30 de marzo [LA LEY 2662/2009] [LA LEY 34619/2009]).

Están en posición de garantes los padres respecto a los hijos menores (arts. 39.1 CE y 110 CC) para proporcionarles la asistencia médica necesaria (950/1997 de 27 de junio [LA LEY 8581/1997]) y, en general, los parientes (20/2002 de 22 de enero [LA LEY 2278/2002]). También en quien presencia una gran paliza que podría interrumpir y luego no presta el auxilio a la víctima que murió, aun cuando alegue que sólo intervino en el robo con violencia en la parte de atentado contra el patrimonio (147/2007 de 28 de febrero [LA LEY 8226/2007]). En los delitos de estafa se admite la forma omisiva —el silencio—, no comunicando a la víctima alguna circunstancia relevante que supone el núcleo del engaño, cual es el caso de la situación patrimonial del que contrata a sabiendas del imposible cumplimiento de ese contrato (448/2007 de 4 de junio [LA LEY 51982/2007]), pero no siempre el silencio puede considerarse relevante a estos efectos, si no puede equipararse a la acción, requisito luego analizado (710/2008 de 30 de octubre [LA LEY 175937/2008]).

No se da tal posición cuando no se ve y se «permite» un ataque súbito y de corta duración, sin capacidad de reacción (2144/2001 de 13 de noviembre [LA LEY 204516/2001]).

Nexo causal o imputación objetiva

La exigencia legal de que la omisión «equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación», impone el examen, no tanto de la existencia de nexo causal que en realidad no puede existir (el nexo causal en los delitos de comisión por omisión es hipotético: qué hubiera ocurrido de haber intervenido el omisor), si puede imputarse al autor objetivamente el resultado atendiendo a que su omisión tenga o no la misma o equivalente relevancia a la acción (600/2009 de 5 de junio [LA LEY 99206/2009]). Existe nexo causal si no se avisa, cuando se debía hacerlo, de un plus de riesgo existente en la acción ajena (2200/2002 de 27 de diciembre [LA LEY 216879/2002]) y en cambio no cabe la equitación de acción y omisión en un delito ecológico de contaminación, pues la omisión estaba muy lejos de equipararse a la acción de contaminar (600/2009 de 5 de junio [LA LEY 99206/2009]). En el delito de estafa, distingue la doctrina y la jurisprudencia, a estos efectos, entre la «equivalencia de la causación» —que sin esa omisión no se habría generado el perjuicio— y la «equivalencia de la modalidad» —que tal omisión eficaz sea equivalente a la acción— (710/2008 de 30 de octubre [LA LEY 175937/2008]).

El acuerdo de JG de 30 de junio de 1997 y la STS 2 de julio de 1997 [LA LEY 9515/1997] rompieron la corriente que negaba la versión omisiva del delito de prevaricación (art. 404 CP), nuevo criterio que se ha reiterado en posteriores Sentencias (9 junio 1998 [LA LEY 7956/1998], 426/2000 de 18 de marzo [LA LEY 6153/2000], 1382/2002 de 17 de julio [LA LEY 378/2003] y 1093/2006 de 18 de octubre [LA LEY 145041/2006]). Se trata de una interpretación extensiva *in malam partem* de este art. 11 CP, tanto por lo inadmisibles que resulta configurar el delito de prevaricación como de resultado, cuanto y sobre todo porque no es equiparable la omisión a la acción, salvo en los supuestos en los que rija el silencio administrativo positivo y la inacción equivalga a una resolución expresa.

Elemento subjetivo

En los delitos dolosos se requiere conocimiento y voluntad del omisor, tanto respecto a su deber de actuar cuanto a sus consecuencias (25 de abril de 1988 [LA LEY 1560-2/1988] y 30 de junio de 1988 [LA LEY 10937-R/1988], 24 de octubre de 1990 [LA LEY 1100-JF/0000], 23 de abril de 1992 [LA LEY 1969/1992], 1868/1994 de 18 de octubre [LA LEY 1706/1995], 343/1997 de 18 de marzo, 520/1997 de 17 de abril [LA LEY 6917/1997], 950/1997 de 27 de junio [LA LEY 8581/1997], y 1286/1997, de 27 de octubre [LA LEY 10277/1997]).

En los imprudentes el sujeto ignora su posición de garante cuando no la debía ignorar, no actúa por negligencia cuando debía actuar o, en fin, actúa descuidadamente (30 de junio de 1988 [LA LEY 10937-R/1988], 10 de noviembre de 1988 [LA LEY 53768-JF/0000] y 4 de mayo de 1990 y 520/1997 de 17 de abril [LA LEY 6917/1997]).

Especial referencia al delito de prevaricación

La tradición doctrinal y jurisprudencial era que el delito de prevaricación (art. 404 CP) no podía cometerse en régimen de comisión por omisión, primero porque el verbo típico «dictar» era exclusivamente activo y, en segundo lugar, por tratarse de un delito de mera conducta —no de resultado— excluido por lo tanto del ámbito del presente art. 11 (25 de abril de 1988 [LA LEY 1553-2/1988], 16 de mayo de 1992 [LA LEY 2987-JF/0000] y 1037/1995 de 27 de diciembre [LA LEY 1844/1996]). En la JG de 30 de junio de 1997, el pleno no jurisdiccional de la Sala 2.^a del TS cambió injustificadamente de criterio, admitiendo la prevaricación en régimen de comisión por omisión, considerando que «no dictar» equivale a «dictar» cuando la ley obliga a hacerlo en sentido contrario al que el silencio administrativo supone (784/1997 de 2 de julio [LA LEY 9515/1997] y 1382/2002 de 17 de julio [LA LEY 378/2003]); la interpretación del verbo «dictar», acto positivo, como equivalente a «no dictar», parece una interpretación extensiva contraria al principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE).

Tentativa en los delitos de omisión

En los arts. 15 y 16 de este Código se alude a la tentativa como forma imperfecta, pero punible, de comisión de un delito. Aun cuando no exista una doctrina pacífica sobre la posible tentativa de delito en régimen de comisión por omisión, se admite la posibilidad cuando a pesar de no haber acaecido el resultado, el omitente participe no actuó cuanto tenía que haber actuado en evitación del mismo (10 de diciembre de 1991 [LA LEY 2458-JF/0000]).

Participación omisiva en delito ajeno

En los arts. 27 y ss. del presente Código figuran los preceptos reguladores de la autoría y participación en los delitos. Al margen de la posible comisión por omisión de un delito, aspecto tratado hasta este párrafo del comentario, surge el problema de la posible participación, como coautor o cómplice en régimen de comisión por omisión, en el delito protagonizado por otro autor material. En la actualidad se admite siempre que se cumplan los siguientes requisitos: 1. Que la omisión sea *condictio sine qua non* del resultado, en los supuestos de cooperación necesaria y eficaz en los de complicidad. 2. Que se encuentre el partícipe en posición de garante. 3. Conocimiento y voluntad de omisión (31 de enero de 1986 [LA LEY 10736-JF/0000], 3 de diciembre de 1990 [LA LEY 982/1991], 22 de junio [LA LEY 10723/1991], 31 de octubre [LA LEY 574/1992], 18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000], 6 de abril de 1992 [LA LEY 1844/1992],

117/1994 de 28 de enero [LA LEY 2653/1994], 272/1996 de 25 de marzo [LA LEY 4809/1996] y 2230/2001 de 27 de noviembre [LA LEY 2693/2002]). Se ha apreciado la cooperación por omisión en la mujer que permite los abusos de su compañero sobre su hija menor (1538/2000 de 9 de octubre [LA LEY 10884/2000]).

Absorción de agravantes

Si se ha apreciado el parentesco como generador de una posición de garante, no se puede tener otra vez en cuenta como circunstancia agravante del delito cometido en régimen de comisión por omisión (20/2002 de 22 de enero [LA LEY 2278/2002]).

Artículo 12.

Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 5, 10, 14.1, 66.2, 136.2.2.º, 142, 146, 152, 158, 159.2, 195.3, 220.5, 267, 301.3, 317, 324, 331, 344, 347, 358, 367, 391, 447, 467, 532, 601 y 621.

CPM: arts. 20, 38 y 159.

LPPNA (§ 2.4): arts. 25, 65 y 75.

LRJCC (§ 2.1): art. 8.

CC: arts. 1902 y ss.

Del sistema de régimen *apertus* de los anteriores códigos penales (arts. 565, 586 bis y 600 del CP derogado por el vigente) se ha pasado al de *numerus clausus* o de cláusula específica en la punición de los delitos y de las faltas imprudentes o culposos, lo que supone una limitación del castigo de las conductas meramente imprudentes, aun cuando sean punibles los mismos comportamientos en su versión dolosa (321/1997 de 15 de marzo [LA LEY 4587/1997]).

La introducción en el CP del blanqueo de capitales por imprudencia (art. 301.3), ha planteado «dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto de conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y culpa leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su “ambigüedad e inespecificidad” y por contradecir el criterio de “taxatividad” de los tipos penales» (1034/2005 de 14 de septiembre [LA LEY 1871/2005] y 16/2009 de 27 de enero [LA LEY 623/2009]).

Artículo 13.

1. Son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave.

2. Son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave.

3. Son faltas las infracciones que la Ley castiga con pena leve.

4. Cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33 y 71.

LECrin.: arts. 14 y 757.

Artículo 14.

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación.

3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 5, 12, 65.2, 118.2 y 119.

CC: art. 6.1.

Planteamiento

Este precepto, introducido en la reforma de 1983, no tiene antecedentes en los códigos históricos españoles. Con anterioridad se diferenciaba entre *error facti* —error de hecho— y *error iuris* —error de derecho—, pero tal distinción resultaba confusa si se consideraba que en algunos tipos penales existen como elementos «hechos jurídicos» (tipos penales en blanco o con elementos jurídico normativos). La nueva distinción legal entre **error de tipo** (sobre alguno de los elementos contenidos en la descripción del tipo penal) y **error de prohibición** (sobre el carácter delictivo de tal conducta bajo amenaza de pena), supera tal confusión, aun cuando pueda resultar discutible el tratamiento diferencial de uno y otro error, pues en definitiva el error de tipo es un error de prohibición mediato o indirecto (se considera no prohibida la acción u omisión, por considerar que no está presente alguno de los elementos del tipo) y el de prohibición es un error sobre la globalidad del tipo (163/2005, de 10 de febrero [LA LEY 32759/2005] y 721/2005 de 19 de mayo [LA LEY 12898/2005]).

La concurrencia de uno u otro error ha de probarla el alegante sin que baste con su mera alegación, inversión de la carga de la prueba justificada en su carácter excepcional y ser alegada por el sujeto activo (709/1994 de 28 de marzo [LA LEY 3018/1994], 435/2001, de 12 de marzo [LA LEY 4716/2001] y 439/2001 de 20 de marzo [LA LEY 3330/2001]). Como afirma la STS 336/2009 de 2

de abril [LA LEY 34876/2009], citando otras anteriores (20 de julio de 2000 [LA LEY 9270/2000, 442 y 860/2006 de 18 de abril [LA LEY 48443/2006] y 7 de septiembre [LA LEY 103081/2006] y 76/2007 de 30 de enero [LA LEY 3288/2007]), considera que «para apreciar cualquier error jurídico ha de atenderse a las circunstancias objetivas y a las subjetivas del agente, sus condiciones psicológicas y de cultura así como a las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de su obra, así como la naturaleza del hecho delictivo y sus características».

Error de tipo

No puede confundirse el error sobre elementos del tipo con la falta de prueba de cargo sobre la presencia del elemento intelectual del dolo relativo a esos conocimientos, tras hacer el correspondiente juicio de inferencia a partir de los hechos externos base de dicha inducción. En ese contexto, como recuerda la STS 346/2009 de 2 de abril [LA LEY 84767/2009] (citando las anteriores 840/2006 de 20 de julio [LA LEY 77517/2006] y 74/2007 de 27 de julio [LA LEY 154048/2007]), en primer lugar hay que advertir de los peligros que supone la aplicación sin cautelas de las doctrinas de la «ignorancia deliberada» (transposición del «willful blindness» americano) y de la analogía de la «indiferencia deliberada», al poder ser «utilizada para eludir “la prueba del conocimiento en el que se basa la aplicación de la figura del dolo eventual” o para invertir la carga de la prueba sobre este extremo».

El error de tipo no concurre por el mero hecho de tener dudas sobre la presencia o no del correspondiente elemento, como pueda ser la edad de la menor promovida a la prostitución, pues la aceptación de la posible presencia del elemento típico es lo que constituiría la presencia de dolo eventual (1251/1997 de 3 de noviembre [LA LEY 11033/1997]), máxime cuando se infiere que el agente era consciente de la alta probabilidad de su concurrencia (1104/1995, de 30 de enero de 1996 [LA LEY 3077/1996]). No es fácil, o incluso posible, distinguir entre error de tipo y ausencia de dolo directo o eventual, pues el error vencible elimina el elemento intelectual y, por ende, también el volitivo del dolo, cual ocurre en el caso de quien ignora que acoplando o ensamblando diversas piezas de unas armas, puede obtener un instrumento calificado reglamentariamente como arma de guerra (1011/2003 de 7 de julio [LA LEY 119291/2003]). Cabe el error respecto a los *elementos normativos del tipo*, en el bien entendido que el sujeto no necesita tener un conocimiento técnico-jurídico de su significado, sino que basta el paralelo en la esfera del lego, es decir, en el nivel del lenguaje cotidiano (1756/2004, de 21 de enero [LA LEY 639/2004]).

El error es vencible cuando existe un deber de examen de la presencia o ausencia del elemento típico, cual es el caso del Médico que receta una fórmula magistral con un elemento esencial inexistente que la Seguridad social paga a un alto precio (439/2001 de 20 de marzo [LA LEY 3330/2001]) o la del depositario que no fue instruido sobre sus obligaciones como tal pero que podía haber consultado sobre el contenido de este elemento normativo del tipo de quebrantamiento de depósito (136/2008 de 6 de febrero [LA LEY 20920/2008]). Es obvio, máxime después de la presencia del art. 12 en el CP vigente, que el error de tipo vencible excluye la pena, cuando el delito sólo puede ser sancionado en su forma dolosa (804/1998 de 10 de junio [LA LEY 7575/1998] y 1544/2003 de 17 de noviembre [LA LEY 11376/2004]). En definitiva, la **vencibilidad o invencibilidad** del error, tanto de prohibición como sobre el tipo, requiere un análisis de las circunstancias internas y externas del autor y su entorno (163/2005, de 10 de febrero [LA LEY 32759/2005] y 721/2005 de 19 de mayo [LA LEY 12898/2005]).

En casos de retraso moderado de la capacidad intelectual del sujeto pasivo, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, se ha considerado en ocasiones error vencible, procediendo en cambio la absolución cuando las dudas no se centran en el conocimiento de tal circunstancia por el sujeto activo, sino más bien en la falta de prueba sobre «la inidoneidad del consentimiento de la perjudicada» (1064/2004 de 24 de septiembre [LA LEY 1971/2004], 275/2006 de 6 de marzo [LA LEY 21223/2006] y 542/2007 de 11 de junio [LA LEY 60965/2007]). Se ha considerado en cambio la no concurrencia de error en tales supuestos, cuando por confesión propia reconoce el acusado que «no era una chica normal» la mujer retrasada mental sujeto pasivo de la agresión (222/2007 de 23 de marzo [LA LEY 9720/2007]).

Error de prohibición

El error de prohibición consiste en la falsa creencia de que la conducta no está prohibida por la ley (18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000]), considerándose **directo** cuando recaiga sobre la conducta abstracta e **indirecto** si se refiere a la creencia de que concurre una causa de justificación (721/2005 de 19 de mayo [LA LEY 12898/2005]), partiendo del criterio básico de la inexistencia de tal error si se aprecia el conciencia de la ilicitud de la conducta en un ámbito de «conocimientos del profano» (1171/1997 de 29 de septiembre [LA LEY 10366/1997], 302/2003 de 27 de febrero [LA LEY 41895/2003] y 172/2009 de 24 de febrero [LA LEY 4695/2009]). En el juicio sobre la existencia o inexistencia de error de prohibición, hay que destacar su necesario casuismo, tanto respecto a las circunstancias objetivas del caso cuanto y, sobre todo, a las subjetivas o personales del sujeto activo que lo alega, particularmente sus circunstancias psicológicas y culturales, así como las posibilidades de instrucción o asesoramiento sobre la trascendencia jurídica de su obrar (20 de noviembre de 1990 [LA LEY 2003-JF/0000], 18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000], 439/2001 de 20 de marzo [LA LEY 3330/2001] y 336/2009 de 2 de abril [LA LEY 34876/2009]) o, si se prefiere, «atender a parámetros objetivos y subjetivos cuales: la naturaleza formal o material de la infracción dentro de la cultura en que se desarrolla la actividad, el grado de culturización del agente y la accesibilidad a la información capaz de deshacer la falsa representación» (411/2006 de 18 de abril [LA LEY 39837/2006] y 307/2009 de 18 de febrero [LA LEY 49583/2009]), pero en ningún caso puede reconocerse tal error sin fundamento suficiente en los hechos probados que lo acredite (1056/2004 de 4 de octubre [LA LEY 204962/2004], 22/2007 de 22 de enero [LA LEY 1519/2007] y 27/2008 de 23 de enero [LA LEY 17716/2008]), supuestos todos ellos de delito electoral por inasistencia a la mesa electoral de personas que habían sido designados como miembros de la misma.

No es admisible cuando se concluye que existió conciencia de antijuricidad o, al menos, una alta probabilidad de tal característica en la conducta realizada, similar al dolo eventual, pues precisamente «el error de prohibición es el reverso a la conciencia de antijuricidad» (17 de junio de 1989 y 20 de noviembre de 1990 [LA LEY 2003-JF/0000], 1141/1997 de 14 de noviembre [LA LEY 3/1998], 172 y 336/2009 de 2 de abril y 24 de febrero [LA LEY 34876/2009] [LA LEY 4695/2009]), cual ocurre en quienes tienen sustancias calificadas de drogas, para consumir y transmitir (302/2003 de 27 de febrero [LA LEY 41895/2003]) o la madre que tiene un nivel cultural medio en España, donde llevaba más de diez años sin estar aislada en un gueto, a la hora de conocer la ilicitud de la violencia que ejercía sobre sus hijos (119/2004 de 2 de febrero [LA LEY 1236/2004] y 517/2009 de 2 de abril [LA LEY 99200/2009]). Es irrelevante que el error radique en la subsunción de la conducta en uno u otro tipo penal, no siendo verosímil el error sobre normas fundamentales del Derecho penal (18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000], 709/1994 de 28 de marzo [LA LEY 27868-JF/0000], 1283/2003 de 7 de octubre y 1287/2003 10 de octubre [LA LEY 11296/2004]). No

se ha considerado error de prohibición verosímil la violación de la propia esposa, alegando que era un ejercicio de un derecho reconocido, pues se trata de derechos y obligaciones recíprocas que no pueden imponerse por la fuerza, esgrimiendo una navaja, máxime cuando no existía vida en común (1843/2000 de 30 de noviembre [LA LEY 887/2001]), si bien se trataría de un pretendido error sobre causa de justificación —ejercicio de un derecho—, aspecto que es objeto del siguiente párrafo. Sí hay en cambio error de prohibición el del acusado depositario que, tras pactar el pago de la deuda a plazos, dispone de los bienes embargados, a los efectos del delito de malversación (1544/2003 de 17 de noviembre [LA LEY 11376/2004]).

Respecto al error sobre **causas de justificación**, alguna Sentencia ha considerado que se trataba de un error sobre un elemento negativo del tipo (12 de abril de 1989 [LA LEY 1379-2/1989]), configurándolo en consecuencia como un error de tal carácter y no de prohibición, permitiendo su castigo sólo la viabilidad de la versión culposa del tipo delictivo correspondiente, que sí está presente en los delitos contra la vida y contra la integridad corporal, que son los más frecuentes, llegando a soluciones penológicas equivalentes a las previstas para el error de prohibición. Se mantiene esta opción en el supuesto de una legítima defensa putativa, que se estima error evitable o vencible constitutivo de homicidio o de lesiones por imprudencia simple o leve (1046/2000 de 30 de octubre [LA LEY 7073/2001] y 421/2001 de 15 de marzo [LA LEY 3678/2001]); y, sin embargo, se ha optado por el error vencible de prohibición en la equivocación sobre una de las excepciones a la punición del aborto consentido (1639/2000 de 26 de octubre [LA LEY 32/2001]) y en otros supuestos como la concurrencia o no de legítima defensa (721/2005 de 19 de mayo [LA LEY 12898/2005] y 143/2007 de 22 de febrero [LA LEY 9741/2007]).

Artículo 15.

1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16, 62 a 64, 617 a 628 y 638.

En el CP de 1973, siguiendo la tradición de los anteriores, se distinguía entre tentativa y frustración, en función de que se hubieran puesto en práctica sólo algunos medios ejecutivos o todos los medios. En la versión actual ha desaparecido la figura del delito frustrado y en sustitución se utiliza en la doctrina y en la jurisprudencia el de «tentativa acabada». En ambos supuestos no acaece la «consumación», es decir, el efecto delictivo querido (la muerte, la lesión, la disponibilidad de la cosa hurtada, etc.), por causas distintas a la voluntad del agente, es decir, al llamado «desistimiento» —tentativa inacabada— o «arrepentimiento eficaz» —tentativa acabada— (29 de enero de 1991 [LA LEY 1442/1991] y 421/1998 de 16 de marzo [LA LEY 3577/1998]).

El nuevo CP ha ampliado el ámbito de punición de las faltas imperfectas contra el patrimonio, pues antes sólo eran punibles las frustradas —tentativas acabadas— y ahora lo son todas las intentadas (153/2001 de 9 de febrero [LA LEY 33916/2001]).

En el ámbito de algunos delitos se plantean especiales problemas de *iter criminis*, que se tratan específicamente en cada caso en los correspondientes artículos de la parte especial. En los contrarios a la salud pública de tráfico de drogas, por ejemplo, no es fácil el reconocimiento de formas imperfectas, dado su carácter de delitos de mera conducta (sin resultado, bastando para su perfección la mera «tenencia») y de peligro abstracto (440/2000 de 20 de marzo [LA LEY 6107/2000] y 968/2000 de 15 de noviembre, 980/2001 de 29 de mayo [LA LEY 6170/2001] y 1727/2003 de 17 de diciembre [LA LEY 11769/2004]). Sin embargo, se ha llegado a distinguir en supuestos de codelincuencia la consumación del transmisor y la tentativa del que iba a recibir la droga y se frustra la transmisión (1423/2001 de 19 de julio [LA LEY 7281/2001]), y en los supuestos de envíos o transportes desde el extranjero se ha venido considerando que sí existía «posesión», aunque «mediata», del destinatario aun cuando no la hubiera recibido, si bien más recientemente se ha estimado mera tentativa la conducta del expectante (835/2001 de 12 de mayo [LA LEY 95877/2001], 794/2002 de 30 de abril [LA LEY 5532/2002] y 2104/2002 de 9 de diciembre [LA LEY 205421/2002]).

Artículo 16.

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 15 y concordantes, 21.4.º y 5.º, 354.2, 376, 462, 485.2, 547 y 579.

CPM: arts. 5, 52, 67, 82.1.º, 115 y 125.

LPPNA (§ 2.4): art. 12.

LRJCC (§ 2.1): arts. 7 y 6.

JG de 15 de febrero de 2002.

Concepto de tentativa

La tentativa tiene como límites la realización de meros actos preparatorios no ejecutivos —límite mínimo— y la consumación del delito —límite máximo—. Cuando el delito no se ha consumado, a pesar de la puesta en práctica de todos los actos ejecutivos, se habla de «tentativa

acabada» —«frustración» en los anteriores códigos—, denominándose «inacabada» en los restantes supuestos en los que están pendientes de realización otros actos ejecutivos. La diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, más allá de las figuras previstas en los arts. 17 y 18 CP (conspiración, proposición y provocación para delinquir) que son actos preparatorios claramente no ejecutivos, deviene de la descripción típica de cada figura delictiva, reforzada por los términos del presente artículo «directamente por hechos exteriores», lo que significa por una parte que los pensamientos y resoluciones interiores son irrelevantes por sí solos para iniciar la ejecución (*cogitationes delinquere non potent*), y por otra que los actos externos han de ser claramente ejecutivos dirigidos a consumir el delito; pero el propósito o plan de autor, aun cuando sea en sí un mero acto preparatorio, tiene relevancia para calibrar tales extremos (1059/1993 de 13 de mayo [LA LEY 13219/1993], 572/2000 de 7 de abril [LA LEY 7949/2000], 261/2005 de 28 de febrero [LA LEY 12159/2005] y 107/2009 de 17 de febrero [LA LEY 7028/2009]). Se ha estimado acto ejecutivo de asesinato el hecho de acercarse a la víctima el terrorista, con una bala en la recámara del arma (1071/2003 de 17 de julio [LA LEY 2876/2003]), y de agresión sexual el de introducir a dos menores en una habitación, conseguir que se desnudaran y tumbar en la cama a una de ellas (480/2003 de 4 de abril [LA LEY 65951/2003]).

En los delitos en régimen de comisión por omisión (art. 11 CP) la dinámica de la tentativa es inversa a la de los delitos de acción, considerándose que existe tal tentativa, cuando el omisor no realizó, pudiendo hacerlo, actos ejecutivos de interrupción del curso causal cuando tuvo noticias de la ejecución del delito y estaba aun a tiempo de hacerlo cuando se descubrió el delito permanente de detención ilegal (257/2009 de 30 de marzo [LA LEY 34619/2009]).

En los comentarios a los tipos contenidos en la parte especial de este código, se hace referencia a los problemas particulares que se presentan en el *iter criminis* de cada figura, particularmente en lo relativo a la distinción entre actos preparatorios impunes y ejecutivos constitutivos de tentativa.

Desistimiento y arrepentimiento eficaz

El desistimiento y el arrepentimiento eficaz son dos comportamientos que destruyen la existencia y punibilidad de la tentativa, siempre que cumplan el requisito de «evitar voluntariamente la consumación del delito», supuestos de atipicidad de los actos ejecutivos realizados al operar como elementos negativos del tipo de tentativa; el primero se refiere a los supuestos de tentativa inacabada, en los que la evitación de la consumación deviene de la omisión de los actos ejecutivos pendientes, mientras que el llamado arrepentimiento eficaz se centra en los casos de tentativa acabada, exigiendo al sujeto un comportamiento activo que evite la producción del resultado cuyo acaecimiento acaecería de no impedirlo expresamente (por ejemplo, propiciando un lavado de estómago del que ha ingerido un veneno), comportamiento que también se ha denominado «desistimiento activo» (496/1999 de 26 de marzo [LA LEY 4556/1999]). Son una «especie de excusa absoluta, diseñada por el legislador, como todas la de su clase, por razones de política criminal, siendo muy vigentes con la nota de la “voluntariedad”, que define su esencia dogmática, y a continuación con la “eficacia” de la conducta que detiene el *iter criminis*, requiriendo que sea el propio autor de delito el que impida la consumación del delito, o bien que desencadene la actuación de terceros, si éstos son finalmente los que lo consiguen», no requiriendo ninguna motivación especial dicha voluntariedad, si bien no se considerara como tal cuando sea «consecuencia de que el autor haya comprobado que la continuación no permitiría ya lograr su propósito o que, de alguna manera, factores externos hayan movido su decisión» (Acuerdo JG de 15 de febrero de 2002 [LA

LEY 36102/2002] y SSTS 1596/2001 de 19 de septiembre [LA LEY 163393/2001] y 28/2009 de 23 de enero [LA LEY 1185/2009]). El fundamento último de esta política criminal no es pacífica, yendo desde la teoría del «puente de plata», hasta la «menor intensidad criminal», pasando por la disminución de la culpabilidad, la premial o los fines de la pena (1096/2007 de 19 de diciembre [LA LEY 232475/2007] y 456/2009 de 27 de abril [LA LEY 58216/2009]).

El desistimiento ha de ser propio (determinación del propio sujeto), voluntario (no por causas ajenas como obstáculos, descubrimiento de la trama criminal o resistencia de la víctima), personal (sólo afecta al que desista y no a los restantes partícipes) y definitivo (en el sentido de que sea firme y, además, eficaz en lo que alcanza al dominio del hecho del que desiste), viniendo a ser un premio al que desiste de delinquir y regresa a la legalidad (21 de diciembre de 1983 [LA LEY 43445-NS/0000] y 8 de octubre de 1991 [LA LEY 14178-R/1991]), al desaparecer la necesidad de pena por extinción del peligro creado, la ausencia de necesidad de prevención especial y general, y por razones de política criminal estimulando a la no comisión del delito cuya ejecución ya se ha iniciado o incluso acabado (18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000]).

La dificultad práctica se centra en la existencia o ausencia de **voluntariedad** cuya configuración, como recuerdan las SSTS 197/2000 de 16 de febrero [LA LEY 39394/2000] y 543/2009 de 12 de mayo [LA LEY 84800/2009] admite diversos criterios: 1. El más extremo y extensivo considera voluntario cualquier desistimiento del autor, salvo que la realización del delito se hubiera tornado imposible por causas externas. 2. en cambio, el más exagerado en sentido restrictivo exigiría la presencia de una «cualidad moral del impulso del desistimiento» considerando el «mérito» de éste. 3. Y entre dos posturas extremas la jurisprudencia sigue la intermedia que exige la existencia de motivos totalmente autónomos en base a la reflexión interior del sujeto (21 de diciembre de 1983 [LA LEY 43445-NS/0000], 1362/1992 de 9 de junio [LA LEY 2317/1992] y 366/1999 de 9 de marzo [LA LEY 5581/1999]), pero matizando la más moderna que no vicia tal rectitud de intención la presencia de algún escollo o novedad que, sin ser un obstáculo insalvable, lleva al sujeto a desistir como muestra de que su propósito general no era suficientemente fuerte o intenso (1124/1999 de 10 de julio [LA LEY 8170/1999] y 543/2009 de 12 de mayo [LA LEY 84800/2009]). En definitiva, existirá tentativa punible en los casos de «tentativa fracasada» por ser imposible alcanzar el objetivo criminal o altamente costoso, y desistimiento cuando el abandono de la ejecución iniciada responde a motivos autónomos e independientes de las circunstancias externas, o bien cuando la percepción de riesgos de su propósito criminal le lleva a desistir del mismo, retornando a la legalidad desviándose de la «lógica del delincuente» (197/2000 de 16 de febrero [LA LEY 39394/2000] y 735/2000 de 18 de abril [LA LEY 7187/2000], y 1124/2001 de 13 de junio [LA LEY 118899/2001]). Pero de ordinario los obstáculos relativos, no absolutos, que surjan dificultando el desarrollo de la dinámica criminal del autor, considera la jurisprudencia que pueden viciar esa voluntariedad si el delincuente desiste, dejando un mínimo margen como se acaba de ver en el punto anterior (224/2005 de 24 de febrero [LA LEY 11502/2005] y 82/2009 de 2 de febrero [LA LEY 1942/2009]), lo que sume el juicio de voluntariedad del desistimiento en un casuismo que no alcanza las cotas deseables de seguridad jurídica.

En aplicación de la precedente doctrina se ha estimado válido el desistimiento aun cuando se obtuviera por ardides de la víctima (1227/2003 de 26 de septiembre [LA LEY 148885/2003]), e inválido, en un delito de uso de documento falso en juicio, el reconocimiento de la falsedad por el autor cuando declaraba en el correspondiente juicio ejecutivo forzado por el interrogatorio

(1209/2003 de 27 de septiembre [LA LEY 10198/2004]), al igual que en el supuesto de un agresor mediante puñaladas a su mujer, que la conduce al hospital sólo después de conseguir que ella le dijera que iba a volver a convivir con él (1634/2003 de 5 de diciembre [LA LEY 203851/2003]), la resistencia de la víctima en los delitos de agresiones y abusos sexuales (196/2009 de 16 de febrero [LA LEY 14416/2009]).

Delito imposible y tentativa inidónea

La STS 822/2008 de 4 de diciembre [LA LEY 207466/2008] efectúa una aclaración terminológica cuando dice que los penalistas franceses suelen hablar de «delito imposible» mientras los alemanes utilizan la expresión «tentativa inidónea», y los españoles usan ambos términos complejos si bien suelen emplear el primero —delito imposible— en los supuestos de inexistencia de objeto material (prácticas abortivas en mujer no encinta, STS 16 de febrero de 1989 [LA LEY 11696-R/1989]), si bien continúa dicha Sentencia que «en la práctica del Derecho penal, no puede terminantemente distinguirse entre tentativa inidónea por falta de medios adecuados para su ejecución, de un lado, y delito imposible por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo sobre el que recae la acción delictiva de otro» (remitiéndose a las SSTs 30 de enero de 1992 [LA LEY 2359-JF/0000] [LA LEY 3562/1992], 1718/1993 de 5 de julio [LA LEY 3991-5/1993] y 116/1994 de 26 de enero [LA LEY 2651/1994]).

Una primera corriente jurisprudencial, interpretando el problema de la tentativa inidónea y del delito imposible en el vigente código, estimó que no eran punibles, atendiendo a la doctrina consideraba el bien jurídico ajeno a cualquier peligro de lesión en tales supuestos y, sobre todo, a la desaparición en el artículo ahora comentado del párrafo segundo del art. 52 del código derogado (842/1999 de 28 de mayo [LA LEY 6164/1999]). Según esta corriente, sólo cuando la conducta del reo es *objetivamente* apta para producir el hecho delictivo, puede hablarse de tentativa, lo que no ocurre en los supuestos de ausencia de objeto material o de falta total de idoneidad en el curso causal, casos en los que la tentativa resultará atípica (150/2000 de 10 de marzo [LA LEY 57065/2000]), atentando contra la prohibición de una interpretación analógica *in malam partem* del art. 4 CP, cualquier intento de castigar la tentativa inidónea, cuyo único fundamento de punición sería la peligrosidad del autor y no su culpabilidad basada en un peligro real sufrido por el bien jurídico (842/1999 de 28 de mayo [LA LEY 6164/1999]).

Tan clara y rotunda doctrina se ha cuestionado por otras resoluciones, al considerar que en la llamada *idoneidad relativa* sí hay objeto material y los medios, aun no siendo idóneos para conseguir el resultado criminal, por insuficiencia de dosis de veneno por ejemplo, sí resultan relativamente peligrosos para el bien jurídico y por ello reprochables penalmente, estimando que el término típico *objetivamente* no significa idoneidad de los medios o del objeto, sino más bien racionalidad del propósito del sujeto activo, cuyos planes no son meramente imaginarios o fantasiosos (1000/1999 de 21 de junio [LA LEY 9610/1999], 379/2000 de 13 de marzo [LA LEY 58221/2000], 992/2000 de 2 de junio [LA LEY 113795/2000], 1243/2002 de 2 de julio [LA LEY 10161/2003], 1339/2004 de 24 de noviembre [LA LEY 214/2005], 132 y 861/2007 de 24 de octubre y 16 de febrero [LA LEY 214/2005] [LA LEY 9729/2007], y 822/2008 de 4 de diciembre [LA LEY 207466/2008], sin la exigencia de generación de un peligro concreto para el bien jurídico (77/2007 de 7 de febrero [LA LEY 2450/2007] y 822/2008 de 4 de diciembre [LA LEY 207466/2008]). Siguiendo esta doctrina extensiva y discutible, se ha estimado tentativa punible el intento de abrir una puerta blindada con una palanca insuficiente (1124/2001 de 13 de junio [LA LEY 118899/2001]), disparar un arma descargada, previamente sustraída al agente de la

autoridad e ignorando su falta de carga (2122/2002 de 20 de enero de 2003 [LA LEY 935/2003]), un intento de penetración anal tras haber realizado una vaginal con eyaculación (1426/2003 de 31 de octubre [LA LEY 174834/2003]) e incluso se ha apreciado consumación en la «ocultación» de documento efectuada por un funcionario de correos que tira a un contenedor un paquete, grabado por una cámara de seguridad (311/2003 de 5 de marzo [LA LEY 12499/2003]). Esta corriente extensiva y hoy mayoritaria reduce el ámbito de la impunidad a los supuestos de ausencia de objeto material o inidoneidad absoluta de los medios, es decir, «los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); los denominados “delitos putativos” (cuando el sujeto realiza un acción no tipificada penalmente creyendo que lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso podría ser sancionado penalmente por imperativo del principio de tipicidad; los supuestos de delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, que carecen de adecuación típica (de lesión o peligro) y en general, los casos de inidoneidad absoluta» (21 de junio de 1999 [LA LEY 9610/1999], 1866/2000 [LA LEY 6123/2001] y 822/2008 de 4 de diciembre [LA LEY 207466/2008]).

Reducción de la pena

El art. 62 CP prevé la reducción de la pena en uno o dos grados en los supuestos de tentativa. La opción por una u otra alternativa depende del «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», por ello de ordinario se reduce en un solo grado la tentativa acabada (179/2001 de 13 de febrero [LA LEY 3773/2001], 280/2003 de 8 de febrero [LA LEY 1781/2003] y 107/2009 de 17 de febrero [LA LEY 7028/2009]), pero también puede elegirse esta opción menos beneficiosa en caso de tentativa inacabada (280/2003 de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003]). En un planteamiento más general (STS 28/2009 de 23 de enero [LA LEY 1185/2009], que cita como antecedentes otras muchas, entre ellas: 17 de octubre de 1998 [LA LEY 10866/1998], 1760/1999 de 15 de diciembre [LA LEY 3622/2000], **622** y 1437/2000 **de 18 de marzo** y 25 de septiembre [LA LEY 1822/2001], 1296/2002 de 12 de julio [LA LEY 132443/2002] u 1274/2003 de 7 de octubre [LA LEY 10976/2004]). En el mismo sentido 107/2009 de 17 de febrero [LA LEY 7028/2009]) se afirma que «el art. 62 autoriza en los casos de tentativa a bajar la pena correspondiente al delito consumado en uno o dos grados, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», debiendo «bajarse en un solo grado la pena en caso de tentativa acabada (...) o de gran desarrollo en la ejecución, y en dos en los supuestos de tentativa inacabada o inidónea, y cuando la actividad desplegada por el delincuente no revele gran energía criminal». En cualquier caso, es preceptiva la reducción en al menos un grado (12 de junio de 1999 [LA LEY 10558/1999] y 287/2009 de 23 de enero [LA LEY 1185/2009]).

Prosigue declarando la citada STS 28/2009 [LA LEY 1185/2009], recordando la 552/1998 de 23 de abril [LA LEY 5997/1998] que «en los casos de rebaja de la pena en dos grados en virtud de la tentativa, no quedará sujeto el Tribunal enjuiciador a las reglas del art. 66 del CP». «Y (siguiendo la STS 108/2008 de 21 de febrero [LA LEY 17709/2008]), en trance de individualizar la pena, una vez que es procedente la vía de disminución por la ejecución imperfecta del resultado alcanzado por el delito, o por la concurrencia de circunstancias modificativas de atenuación de la responsabilidad penal, es cierto que tales elementos no pueden servir de nuevo para llevar a cabo una nueva rebaja de la pena, que se sustente en el mismo fundamento atenuatorio, pues sería valorar dos veces tal fundamento, que ya tiene su traducción legal».

Artículo 17.

1. La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

2. La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

3. La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castigarán en los casos especialmente previstos por la Ley.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 18, 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 515 a 519, 548, 553, 578, 585 y 615.

CPM: arts. 66, 81 y 94 a 97.

Ver el comentario que figura a continuación del siguiente artículo.

Artículo 18.

1. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

2. La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la Ley así lo prevea.

Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

CONCORDANCIAS

Las mismas concordancias que el artículo anterior y, además:

CP: art. 28.a).

LECrin.: art. 282 bis.5.

Aspectos generales

Los actos preparatorios, no ejecutivos, son impunes como regla general, al no constituir tentativa de delito o de falta. Los dos artículos precedentes definen una serie de actos preparatorios que son punibles, sólo cuando en la parte especial del código se declaran como tales, y son precisamente los supuestos contenidos en los artículos que figuran en las concordancias. Estos supuestos de precodelincuencia se pueden clasificar del siguiente modo:

1. Resolución colectiva para cometer un delito: conspiración.

2. Invitación a otro para que delinca:

A. Cuando el invitante ya ha resuelto cometerlo: proposición.

B. Cuando se limita a incitar a otro u otros a que lo cometa: provocación y apología.

Al tratarse de una excepción a la regla general de impunidad de los actos preparatorios, la interpretación de las normas relativas a estas instituciones debe ser restrictiva (1 de octubre de 1990 [LA LEY 13401-R/1991], 244/1993 de 5 de febrero [LA LEY 13003/1993] y 830/1995 de 30 de junio [LA LEY 2649/1995]).

Conspiración

Se trata de un acto de manifestación de voluntad o de resolución para delinquir manifestada, considerada como un adelanto de la coautoría en la fase ejecutiva, y consiste en la existencia de un concierto previo para cometer un delito —*pactum scaeleris*— y de una resolución firme de cometerlo —*resolutio finis*—, firmeza que requiere un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre el proyecto y la acción, pues el acuerdo espontáneo y repentino no puede considerarse firme sin dicho espacio temporal (601/1996 de 24 de septiembre [LA LEY 9203/1996], 1574/1998 de 16 de diciembre [LA LEY 281/1999], 1579/2000 de 10 de marzo [LA LEY 57064/2000], 321 y 353/2007 de 20 de abril [LA LEY 20354/2007] y 7 de mayo [LA LEY 20353/2007], 120 y 277/2009 de 9 de febrero [LA LEY 3354/2009] y 13 de abril [LA LEY 49552/2009]). «En el plano objetivo, la conspiración supone un concierto de voluntades —no basta con un mero intercambio de pareceres— y la resolución conjunta de cometer un delito concreto, siendo indispensable que no llegue a dar comienzo la ejecución, pues de lo contrario hablaríamos de tentativa. En el plano subjetivo, el dolo conspirador es único y se identifica con la realización de un delito concreto cuyos elementos han de ser captados por aquél» (120/2009 de 9 de febrero [LA LEY 3354/2009]).

El **desistimiento** extingue la conspiración, en iguales términos que en la tentativa: propio y voluntario, afectando sólo a aquel o a aquellos que desistan del propósito criminal (27 de febrero de 1991 [LA LEY 32771-JF/0000] y 1574/1998 de 16 de diciembre [LA LEY 281/1999]).

La diferencia entre la conspiración y el delito de **asociación ilícita** radica en la transitoriedad de aquélla respecto a ésta, que es permanente y no vinculada exclusivamente a una futura y concreta acción delictiva; el delito de asociación ilícita concurre con los que protagonicen sus socios, y en cambio la conspiración queda absorbida en el delito o falta que se cometa, pues la «asociación» es meramente transitoria y finalista (421/2003 de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]). Otro tanto cabe decir respecto a la **organización criminal (82/2009 de 7 de abril [LA LEY 34618/2009])**.

En alguno delitos, como los relativos al tráfico de drogas, que recogen en figuras muy amplias comportamiento muy diversos y genéricos (arts. 368 y ss CP) es difícil que tenga vigencia la conspiración e incluso la tentativa, al ser delitos de consumación anticipada (5 y 328/2009 de 8 de enero [LA LEY 622/2009] y 31 de marzo [LA LEY 34624/2009], y todas las citadas en el mismo sentido en el comentario a la tentativa del artículo anterior). Sin embargo, cuando es patente el mero acuerdo y la resolución de traficar, sin acto de tráfico alguno, se admite la figura de la conspiración (627/2008 de 15 de octubre [LA LEY 164151/2008]).

Proposición

Los elementos de la proposición son una resolución firme del proponente de cometer un delito, que va a protagonizar como autor (intervención directa y personal), y una propuesta de participación o colaboración en el mismo, siendo intrascendente que el invitado acepte o no la invitación, pero sí que exista concreción sobre la colaboración propuesta y solicitada por el proponente (21 de marzo de 1986 [LA LEY 10887-JF/0000] y 244/1993 de 5 de febrero [LA LEY 13003/1993]). Viene a ser «una especie de tentativa de inducción, no dirigida a generar el dolo del autor, sino el dolo del partícipe (coautor, cooperador necesario o cómplice)» (353/2007 de 7 de mayo [LA LEY 20353/2007]).

La jurisprudencia no es estable respecto a la existencia o no de proposición, cuando el proponente no va a participar en el delito en los términos indicados, limitándose a contratar con algún o algunos sicarios su ejecución, por tratarse de una *inducción frustrada* o más bien de una *tentativa de inducción*, que no encaja cómodamente en el actual concepto legal de provocación (813/2008 de 2 de diciembre [LA LEY 193677/2008]). La STS 1994/2002 de 29 de noviembre [LA LEY 768/2003] trata con amplitud este supuesto, recordando que frente a las Sentencias que han considerado impunes tales casos (21 de marzo de 1986 [LA LEY 10887-JF/0000], 244/1993 de 5 de febrero [LA LEY 13003/1993] y 2360/1993 de 21 de octubre [LA LEY 15796-R/1994]), existen precedentes también en sentido favorable al castigo (30 de mayo de 1934, 28 de mayo de 1935 y 20 de octubre de 1972), optando por esta solución inculpativa en atención a que una firme resolución de inducir a que otro delinca también significa estar resuelto a ser coautor del mismo, interpretación que parece extensiva y contraria a lo dispuesto en el art. 4.1 CP, siendo lo razonable ejercitar la facultad *de lege ferenda* prevista en el apartado 2 de dicho artículo, si se considerara que la provocación directa debería seguir siendo punible.

Provocación

En el código de 1973 y anteriores, por provocación se entendía la «incitación» a «la perpetración de cualquier delito», «de palabra, por escrito o impreso u otro medio de posible eficacia». En la versión actual ha desaparecido la *palabra* como medio de provocación, planteándose el problema que se acaba de tratar en el párrafo anterior.

Aunque la incitación ha de ser de posible eficacia, no requiere el tipo que tenga éxito, supuesto en que se convertiría la provocación en inducción, como expresamente prevé el comentado precepto (21 de marzo de 1986 [LA LEY 10887-JF/0000]). Si el límite máximo está en su conversión en inducción por comienzo de la ejecución del delito —tentativa—, el mínimo está en la utilización de los medios típicos (publicidad en diversas modalidades), pues la propuesta directa a una persona invitándola a delinquir es una proposición (587 y 886/2007 de 28 de junio [LA LEY 95015/2007] y 2 de noviembre [LA LEY 179976/2007]).

La diferencia con la proposición radica el carácter de consorcio criminal o hipótesis de codeincuencia que ésta supone (8 de marzo de 1980).

Nada tiene que ver la *provocación* con el llamado **delito provocado** ni con el llamado **agente provocador**, pues se trata de supuestos en los que generalmente la policía genera un aparente delito, con el fin de tener acceso a personas y organizaciones criminales. Tales seudodelitos (no lo son al no ponerse en peligro bien jurídico alguno) carecen de relevancia penal, pero los hechos

que puedan descubrirse a partir de los mismos sí pueden tener tal relevancia. En relación con el tráfico de drogas puede verse lo dispuesto en el art. 263 bis LECrim.

Apología

Esta modalidad de acto preparatorio denominado «apología» carece de sentido político criminal y lógico, pues sólo si supone una provocación para delinquir será punible, supuesto ya cubierto por el género «provocación» del que la apología es sólo una especie sin relevancia penal alguna. Por otro parte, la existencia del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CP), coincidente en parte con el ámbito de la apología, refuerza la inutilidad de este invento del legislador.

CAPÍTULO II

De las causas que eximen de la responsabilidad criminal

Artículo 19.

Los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código.

Cuando un menor de dicha edad cometa un hecho delictivo podrá ser responsable con arreglo a lo dispuesto en la ley que regule la responsabilidad penal del menor.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 69, DF 7.^a, párr. 2.

CC: art. 1903.

LRRPM (§ 3.4).

Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores LOPJM.

L 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva.

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada el 30 de noviembre de 1990, BOE de 31 de diciembre de 1990).

Constitucionalidad del régimen transitorio derivado de la DF 7.^a y DD Única de la LO 10/1995 hasta la aprobación de la LO reguladora de la responsabilidad penal de los menores: previsiones constitucionales sobre el menor y sobre el tratamiento de su responsabilidad penal.

El ATC 194/2001, de 4 de julio, inadmite la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado-Juez del Juzgado de menores núm. 1 de Valencia relativa a la Disposición Final Séptima, párr. 2.º («No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su art. 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto») y la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por tratarse de una cuestión notoriamente infundada. Señala el Auto que la cuestión planteada considera que las Disposiciones Derogatoria y Final Séptima del Código Penal, pueden ser contrarias

a los arts 10.2, 12, 39.4 y 96.1 CE, en la medida en que a través de las mismas se pospone la entrada en vigor de su art. 19, hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal de menor a que se refiere dicho precepto. Por tanto, la suspensión de su entrada en vigor mantuvo como transitoriamente aplicable para los menores de edad, el régimen de responsabilidad penal previsto en el Código Penal, Texto Refundido de 1973, que afirmaba su inimputabilidad hasta los 16 años y establecía una responsabilidad penal atenuada en la franja de 16 a 18 años de edad. Finalmente, se preveía la posibilidad de sustituir la pena impuesta por la medida de internamiento en institución especial de reforma hasta conseguir su corrección. Dicho régimen transitorio ha quedado hoy definitivamente derogado tras la aprobación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores recientemente modificada por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre. Considera el Juez proponente que la entrada en vigor en España de la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, impide mantener legalmente la responsabilidad penal de los menores de 18 años. Dicho de otro modo, el contenido del art. 12 de la Constitución, interpretado a la luz de lo establecido en la CDN, exigiría considerar penalmente inimputables a los menores de 18 años de edad mandato éste que el Juez de Menores considera que está en conflicto con la regulación establecida en la LO 10/1995 del Código Penal. Pues bien, delimitado así el objeto de la duda de constitucionalidad y su fundamentación, asiste la razón al Fiscal General del Estado cuando afirma que la cuestión se apoya en una interpretación de la Constitución y de las disposiciones de la Convención absolutamente diversa de la que es común en nuestra comunidad jurídica o de la que ha sido ya consagrada por este Tribunal. En lo que se refiere a la Convención, basta una lectura, íntegra de su —contenido preámbulo incluido—, para concluir en que la misma ni establece ni pretende establecer, un límite de edad por debajo del cual no pueda exigirse responsabilidad penal a quienes, conforme a la terminología utilizada por la propia Convención, define como «niños». Si bien su artículo primero considera niños, a efectos de la Convención, a los menores de 18 años (salvo que hayan alcanzado la mayor edad conforme a la legislación nacional que les sea aplicable), su articulado no se pronuncia sobre su imputabilidad y, menos aun, proclama su inimputabilidad, sino que, por el contrario, conscientes su redactores de que aun antes de alcanzar dicha edad los países firmantes pueden exigir responsabilidad penal a los niños, se cuida de establecer reglas y garantías dirigidas a salvaguardar sus derechos procesales y materiales para el establecimiento y cumplimiento de la responsabilidad penal que les puede ser exigida. La Convención parte de un claro propósito, ya presente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que no es otro que garantizar a la infancia un cuidado y asistencia especial justificados por su falta de madurez física y mental. Para ello, los Estados signatarios se comprometen, conforme al articulado de la CDN, a atender en todas sus decisiones en interés superior del niño (art. 3), a favorecer que crezcan junto a sus padres (art. 9), permitirles expresar su opinión en los asuntos que les afecten (art. 12), y les reconocen todo un conjunto de derechos —de expresión e información, pensamiento, conciencia, religión asociación, reunión, vida privada e intimidad— y prestaciones asistenciales dirigidas favorecer el pleno desarrollo de su personalidad. Mas en el ámbito que se plantea en la presente cuestión, el de su responsabilidad penal, la CDN asume y acepta la posibilidad de que los Estados que la firmen les exijan responsabilidad penal antes de cumplir 18 años de edad, y precisamente por ello, contiene preceptos sobre la separación de sus padres en caso de detención o encarcelamiento del niño (art. 9.4), prohíbe expresamente imponerles las penas de muerte o de prisión perpetua, como reacción penal [art. 37.a)], somete su privación de libertad al principio de legalidad y subsidiariedad [art. 37.b)], establece la asistencia jurídica obligatoria y el control judicial de su privación de libertad y, finalmente, establece toda una serie de garantías que encauzan y fijar la finalidad de la reacción penal ante la comisión, por parte de los niños, de ilícitos penales

(art. 40). Por tanto, en ningún caso puede ser compartida la argumentación que el Juez proponente hace de las obligaciones contraídas por el Estado español como consecuencia de la firma de la CDN, pues de ella no deriva ningún límite de edad que haya de ser rebasado para poder exigirles responsabilidad penal, lo cual resulta lógico, si atendemos a la pretensión de universalidad a que aspira la Convención y a las diferentes culturas jurídicas llamadas a asumir sus disposiciones. Sirva lo anterior para poner de relieve que la identificación que hace el Juez de Menores de Valencia entre «edad en la que el ser humano ha de ser tratado como niño conforme a la Convención» (hasta los 18 años), y «edad en la que el menor puede ser considerado responsable a efectos penales» (nada se dice en la Convención sobre este aspecto), no encuentra sustento alguno ni en la finalidad, ni en el contexto, ni en el terreno literal de la Convención, por lo que mal se puede extraer de ella las consecuencias que se proponen como fundamento de la duda de inconstitucionalidad. En cuanto a la conformidad con el art. 12 y 39.4 CE de la regulación penal cuestionada, el Tribunal Constitucional tuvo ya oportunidad de pronunciarse en **el ATC 286/1991, de 1 de octubre**, sobre la acomodación a la Constitución de los preceptos legales que la LO 10/1995 mantuvo vigentes. Señalamos entonces que «(...) el que, de acuerdo al art. 1 de la Convención de los Derechos del Niño, sea niño todo ser humano menor de 18 años, no empece para que esta Convención en su art. 40.3 a) reconozca a los Estados firmantes la potestad de fijar por ley una edad por debajo de la cual se presuma la inimputabilidad del niño. Ello supone que existe un concepto legal de niño a efectos generales y otros a efectos especiales; uno de estos efectos especiales es potestativamente el penal. Desde este aspecto España cumple, y sin acudir como otros ordenamientos a la teoría del discernimiento, con el compromiso internacional adquirido, fijando taxativamente la irresponsabilidad penal por debajo de los 16 años. De esta suerte, el someter a la jurisdicción penal un mayor de 16 años, pero menor de 18, no contraviene ningún compromiso internacional que acarree inconstitucionalidad (art. 10.2 CE). Es más, el legislador ordinario ha considerado oportuno ponderar este sometimiento de ciertos jóvenes al Derecho penal de los adultos a ciertas modulaciones. En este sentido están las previsiones del art. 65 CP, con la rebaja automática de la pena en uno o dos grados, las especiales condiciones de la detención (art. 520.3 LECrim) y la diversidad de trato penitenciario, dado que estos condenados han de estar separados del resto de los penados (...) y han de ser objeto de internamiento en edificios especialmente adecuados criminológica y arquitectónicamente (...), debiendo estar estos centros penitenciarios especiales a cargo de funcionarios especializados (...). Por otro lado, el régimen interno (sistema progresivo, visitas, ausencia de bebidas alcohólicas, dinero) es objeto de un régimen especial (...); e igual especificidad rige en cuanto al pronóstico final (...)». Esta argumentación debe ser aquí reiterada para justificar la inadmisión a trámite de la cuestión planteada, pues, si bien de la Constitución no sólo deriva la plenitud de derechos civiles y políticos que viene asociada en nuestro ordenamiento jurídico a la mayoría de edad (art. 12 CE), sino que, para quienes no han alcanzado los dieciocho años, de establecer también mandatos específicos de protección (arts. 20.4, 27, 39.2, 3 y 4), de los que cabe deducir un mandato conforme al cual el legislador no puede, ni siquiera bajo el pretexto de protegerles, hacer a los menores de peor condición que a los que han dejado de serlo, dichas previsiones ni imponen al legislador mecanismos determinados para hacer dicha protección eficaz (**ATC 77/1997, de 12 de marzo**), ni exigen equiparar la edad a la que se alcanza la mayoría de edad con aquella en la que el legislador penal puede presumir en los menores capacidad para infringir la ley y ser, por ello, destinatarios de sus normas. Y precisamente, tal y como antes ha sido expuesto, la regulación penal que se impugna, a través de la atenuación y la exención de la responsabilidad penal de los menores de edad, modulada por su edad establece ya un tratamiento diferenciado y más favorable en favor de los menores de 18 años plenamente conforme con la Constitución, **ATC 194/2001, de 4 de julio**.

Minoría de edad y régimen procesal transitorio

1385/2004, de 18 de noviembre [LA LEY 243122/2004], concreta que la Disposición Transitoria Tercera de la LO 5/2000, de 12 de enero, de la responsabilidad Penal de los Menores, prevé en su apartado tercero que a los menores de dieciocho años, juzgados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal de 1973, en las Leyes penales especiales derogadas o en la Disposición Derogatoria del CP vigente, a quienes se hubiere impuesto una pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley, dichas penas les serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en esta Ley, a instancia del Ministerio Fiscal, previo informe del equipo técnico o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. A tal efecto, se habrá de dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas a los menores comprendidos en los supuestos previstos en este apartado.

De acuerdo con la Disposición Transitoria Única, núm. 6, de la LO 5/2000, lo que determina que las actuaciones en curso deban ser remitidas al Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la LORPM, es la imputación producida antes de haber cumplido los 18 años. El recurrente, nacido el 25-9-1980, fue acusado por el Fiscal el 3-6-1998, por lo tanto antes de haber cumplido la mayoría de edad penal. De todos modos, la infracción legal cometida no determina la nulidad del proceso seguido contra el menor, como lo postula el Ministerio Fiscal, sino la necesidad de que la consecuencia jurídica del hecho punible por el que ha sido condenado el menor de edad se determine de acuerdo con la ley que rige la responsabilidad de los menores. En efecto, desde el punto de vista de las garantías del proceso establecidas en el art. 24 CE y en su desarrollo jurisprudencial es claro que el proceso seguido en este caso no ha disminuido ninguno de los derechos del acusado. El menor de edad contó con Defensa letrada, pudo ejercer el derecho a la prueba y a la contradicción de la prueba de oposición, dado que la queja nuclear del motivo no cuestiona ninguno de estos aspectos. La Sentencia, de todos modos debe ser casada porque ha aplicado al acusado unas consecuencias jurídicas que no son las que corresponden a un sujeto de su edad, 1124/2003, de 16 de septiembre [LA LEY 141609/2003].

Si respecto al menor no se hubiese producido la revisión y ejecución de la Sentencia, el Tribunal trasladara los testimonios precisos al Fiscal y Juez de Menores, sin perjuicio de la competencia para ejecutar las responsabilidades civiles, que la conserva la Audiencia, ya que la regulación de los aspectos civiles de la responsabilidad de los menores, no son normas susceptibles de retroactividad, reservado para los aspectos o pronunciamientos estrictamente penales, 1468/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 11461/2003].

Minoría de Edad y recurso de Revisión (954 y ss. LECrim.)

Señala 899/2006, de 15 de septiembre [LA LEY 110251/2006], que acreditado ser cierto los hechos por los que se autorizó la revisión, esto es que en la fecha de comisión de los hechos relacionados en el apartado de la Sentencia objeto de la revisión, el acusado era menor de edad penal, menor de dieciocho años de edad, al haber nacido el 5 de octubre de 1981, y acaecer los hechos en el mes de septiembre de 1999, dato que no pudo tenerse en cuenta al tiempo del enjuiciamiento por lo que se trata de un hecho nuevo que la jurisprudencia de esta Sala ha incluido entre los supuestos que dan lugar a la revisión. Consecuentemente, procede anular la Sentencia con el alcance señalado, esto es, en lo referente a la edad del recurrente en esta revisión en el apartado primero del hecho probado, para lo que habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en la LO 5/2000, de responsabilidad penal del menor, y también en orden a los efectos de la concurrencia de delitos, procediendo a una nueva fijación del máximo de cumplimiento.

Por su parte, 1385/2004, de 18 de noviembre [LA LEY 243122/2004], concreta que la Disposición Transitoria Tercera de la LO 5/2000 de 12 de enero de la responsabilidad Penal de los Menores, prevé en su apartado tercero que a los menores de dieciocho años, juzgados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal de 1973, en las Leyes penales especiales derogadas o en la Disposición Derogatoria del CP vigente, a quienes se hubiere impuesto una pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley, dichas penas les serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en esta Ley, a instancia del Ministerio Fiscal, previo informe del equipo técnico o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. A tal efecto, se habrá de dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas a los menores comprendidos en los supuestos previstos en este apartado. Sin embargo, tal previsión, que hubiera evitado, en otro caso (ATS 20-10-03 [LA LEY 238075/2003]), dar lugar al recurso de revisión, no cabe que se aplique en nuestro supuesto, pues no se ha producido el debido enjuiciamiento por el Tribunal unipersonal que en su momento conoció de los asuntos de referencia, no habiendo podido aplicar la circunstancia de minoría de edad, ya que desconocía la concurrencia del hecho en que se fundaba.

Cómputo de la edad en materia penal

El cómputo en esta materia penal ha de realizarse de momento a momento, teniendo en cuenta la hora en que ha de reputarse cometido el delito y aquella otra en que se produjo el nacimiento, que debe constar en el Registro Civil, 1956/1992, de 24 de septiembre [LA LEY 2812-JF/0000]. La Sala Segunda viene manteniendo un criterio cronológico, «de momento a momento», o biológico en los supuestos en que el legislador hace intervenir la edad como elemento del tipo o como circunstancia eximente o atenuante. Esta atenuación (referida al art. 9.3 CP 1973) ha de ser aplicada a quien el mismo día de la comisión del delito cumplía 18 años, sin que se determine la hora del nacimiento, pues de otro modo se haría una interpretación contra reo de los hechos probados incompatible con el principio de la presunción de inocencia, 14 de enero de 1988 [LA LEY 953-2/1988]. «Si, (...), no consta la hora del nacimiento, tal omisión probatoria ha de beneficiar al acusado (*in dubio pro reo*), de modo que se haya de entender que nació en una hora posterior a aquella en que se produjo el hecho delictivo (...).», 850/1999, de 26 de mayo [LA LEY 9613/1999].

Otras cuestiones

En el presente precepto no se establece una atenuante con la que cualquier otra circunstancia no prevista en la ley pueda tener analogía por el cauce del art. 21.6.^a del CP, sino que, simplemente, señala el límite que marca la diferencia entre la responsabilidad penal del mayor de edad y la del menor (1050/2002, de 6 de junio [LA LEY 107823/2002]).

Artículo 20.

Están exentos de responsabilidad criminal:

1.º El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

2.º El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

4.º El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

5.º El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

6.º El que obre impulsado por miedo insuperable.

7.º El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 95 y ss., 118, 119, 120 y Disp. Adic. 1.^a

Hemos dicho reiteradamente que **las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal tienen que estar tan probadas como el hecho delictivo mismo.** Y también que el ordenamiento jurídico presupone la imputabilidad de aquellas personas a las que se imputa

un hecho criminal, siempre que sean mayores de edad penal. Quien invoque, pues, su inimputabilidad, deberá probarlo, sin perjuicio naturalmente que el Ministerio Fiscal, como garante de la legalidad, actuará en consecuencia cuando de la causa existan datos de donde deducir la exención o merma de la imputabilidad del sujeto pasivo del proceso penal, como efectivamente así ha ocurrido en este caso, 258/2009, de 16 de marzo [LA LEY 14633/2009].

La propia Sentencia objeto de impugnación no considera plenamente acreditadas las circunstancias de la eximente, razón por la cual introduce la consideración del principio *in dubio pro reo*, del que entiende que «actúa fundamentalmente en la resolución de situaciones de perplejidad probatoria», conduciendo a aceptar la conclusión más favorable al reo, por cuya vía se inclina por interpretar el informe psiquiátrico en el sentido de que en el mismo —conforme deduce— no se excluye la anulación de las facultades y que el sujeto no pudiese comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme con esa comprensión. La doctrina jurisprudencial (1228/2002, de 2 de julio [LA LEY 125215/2002], 721/2003, de 20 de mayo [LA LEY 89814/2003], 7 y 28 de junio de 2007 [LA LEY 79555/2007] [LA LEY 60967/2007] y la propia de la Sala SSTS (V) de 29 de abril de 2004 [LA LEY 13434/2004]; 7 de febrero [LA LEY 11126/2005], 14 de abril [LA LEY 82815/2005], 9 de mayo [LA LEY 103642/2005] y 20 de junio de 2005 [LA LEY 13068/2005]; 14 de febrero [LA LEY 17280/2006], 13 de marzo [LA LEY 21990/2006], 5 de junio [LA LEY 62937/2006], 24 de julio [LA LEY 304676/2006], 29 de septiembre [LA LEY 115023/2006] y 7 de noviembre de 2006 [LA LEY 150194/2006]) viene a significar que **el principio *in dubio pro reo* no es, *prima facie*, conceptualmente aplicable respecto de las circunstancias modificativas**. Formando parte de la presunción de inocencia —tal como también reconoce la Sentencia impugnada—, debe observarse en aquellos casos en los que el Tribunal reconozca dudas en la valoración de la prueba «sobre los hechos», con incidencia sobre la respuesta ante la acusación (836/2004, de 5 de julio [LA LEY 13639/2004], 1061/2004, de 28 de septiembre [LA LEY 14046/2004], **1168/2006, de 29 de noviembre**), si bien siempre partiendo de que el citado principio y derecho fundamental afecta a la propia existencia del hecho ilícito, las circunstancias de dicho hecho, la participación del acusado y, en definitiva, cuanto concierne «a algún elemento fáctico relevante» (333/2000, de 2 de marzo [LA LEY 4978/2000]), sin que parezca lógico proyectar su ámbito de aplicación sobre la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y entendemos que, muy en particular, doctrinalmente no debiera plantearse sobre una circunstancia relativa a la imputabilidad del agente, cuya acreditación debe aparecer evidenciada con absoluta claridad, sin que sea ortodoxo apreciarla entre posibles dudas, suposiciones, conjeturas o presunciones, STS Sala de lo Militar de 14 de enero de 2008 [LA LEY 17863/2008].

Art. 20.1.º CP. El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

CONCORDANCIAS

LRRPM (§ 3.4): art. 5.2.

CP: arts. 60, 96.3, 97, 101, 104, 118, 119, 120 y Disp. Adic. 1.^a

CC: arts. 211 y 1903.

CPM: art. 21.

LECR: arts. 381, 382 y 383.

Como no podía ser menos, **el mundo de la mente humana, amplio, ambiguo y hasta casi desconocido, incide de manera primordial en el Derecho penal**, por cuanto que siendo sinónima de entendimiento, intención, propósito, voluntad, y finalmente, discernimiento, claro está que su estado normal o sus limitaciones ha de jugar papel fundamental en todo lo que comporte enjuiciar la conducta a medio de responsabilidad penal, hoy más que nunca, sin perjuicio de lo cual también hay que señalar las distintas fluctuaciones que la doctrina científica o la postura del propio Tribunal Supremo han venido sufriendo en una temática tan proclive a cambios, no precisamente coyunturales, por las dificultades que encuentra la patología, cual estudio genérico de las enfermedades en el diagnóstico primero y en el pronóstico después, para diferenciar la auténtica enfermedad mental de lo que, siendo también manifestación de anormalidad, sólo se desenvuelve médicamente como simple síndrome o síntoma, cuando no como momentánea afección de órganos o funciones concretas, 1472/1999, de 18 de octubre [LA LEY 477/2000].

Por lo que se refiere la exención por enfermedad mental, **el sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión**, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas, 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008]. Señala 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009], que la mera presencia de una anomalía o alteración psíquica puede ser irrelevante para la determinación de la imputabilidad de quien la padece y, en consecuencia, de su responsabilidad penal. **Es preciso además que el autor de la infracción penal, a causa de la alteración que sufre, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión** (490/2003, de 7 de abril [LA LEY 66997/2003] y 833/2003, de 9 de junio [LA LEY 13033/2003] —que no sea capaz de actuar con arreglo a lo que de su comprensión sería obligado, 268/2009, de 10 de marzo [LA LEY 14625/2009]—) o la trascendencia de sus actos (773/2005, de 15 de junio [LA LEY 2024707/2005]), es decir, es preciso que la anomalía o alteración se interponga entre el sujeto y la norma que establece la ilicitud del hecho, de forma que no pueda ser motivado por aquella o que, pudiendo percibir el mandato o la prohibición contenidos en la norma, carezca ésta de fuerza motivadora para el sujeto porque el mismo se encuentre determinado en su actuación por causas vinculadas a su alteración psíquica que anulen la motivación normativa, 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009]. Como hemos dicho repetidamente sólo se produciría la inimputabilidad si la afectación o alteración de las facultades del sujeto anulara su capacidad volitiva o intelectual (Sentencias, entre otras, de **14 de junio de 2005**, 22 de diciembre de 2006 [LA LEY 175865/2006] y 10 de diciembre de 2008 [LA LEY 244040/2008]), STS Sala de lo Militar de 2 de abril de 2009 [LA LEY 34870/2009]. En uno y otro caso, como exige la jurisprudencia, es menester que el sujeto sufra una perturbación absoluta y completa de sus facultades mentales, una abolición plena de su voluntad, o de ambas facultades, 268/2009, de 10 de marzo, si bien no cabe exigir una situación de completa y absoluta perturbación de las facultades de conocimiento y voluntad hasta el extremo de hallarse en estado de verdadera y absoluta inconsciencia (1707/2002, de 18 de octubre [LA LEY 8031/2002] y 1437/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 1721/2003]).

De la doctrina jurisprudencial cabe extraer las siguientes advertencias de carácter general, 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008]:

a) No es suficiente el diagnóstico de la enfermedad, sino que resulta indispensable la prueba efectiva de la afectación de las facultades mentales en el caso concreto, 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008]:

Así, la moderna jurisprudencia ha consolidado el criterio según el cual no basta la existencia de un diagnóstico para concluir que en la conducta del sujeto concurre una afectación psíquica. Como han señalado la doctrina científica y la jurisprudencia de la Sala Segunda, el art. 20.1.º abandona la fórmula psiquiátrica del Código derogado, que, siguiendo la incorporada al de 1932, se refería al «enajenado y el que se halla en situación de trastorno mental transitorio», adoptando una fórmula psiquiátrico-psicológica, en que se alude a la causa («anomalía o alteración psíquica») y a los efectos (que el sujeto «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión»), 461/2009, de 6 de mayo [LA LEY 84768/2009]. El sistema mixto del Código Penal está basado en estos casos en la doble exigencia de una causa biopatológica y un efecto psicológico, la anulación o grave afectación de la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o de determinar el comportamiento con arreglo a esa comprensión, siendo imprescindible el efecto psicológico en los casos de anomalías o alteraciones psíquicas (1400/1999, de 9 de octubre [LA LEY 1079/2000]). Ya la Jurisprudencia anterior al vigente Código Penal había declarado que la apreciación de una circunstancia eximente o modificativa de la responsabilidad criminal basada en el estado mental del acusado exige no sólo una clasificación clínica sino igualmente la existencia de una relación entre ésta y el acto delictivo de que se trate, «ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo» (51/2003, de 20 de enero, 251/2004, de 26 de febrero), 681/2009, de 22 de junio [LA LEY 119142/2009].

Tal doble requisito implica que no basta una calificación clínica debiendo evitarse el incurrir en la hipervaloración del diagnóstico, en cuanto que es menester poner en relación la alteración mental con el acto delictivo de que se trata, ya que la enfermedad es condición necesaria pero no suficiente para establecer una relación causal entre la enfermedad mental y el acto delictivo (332/1997 de 17 de marzo [LA LEY 5369/1997], en igual sentido 437/2001 de 22 de marzo [LA LEY 63403/2001], 51/1993, de 20 de enero [LA LEY 2612-5/1993], 314/2005, de 9 de marzo [LA LEY 11814/2005], 461/2009, de 6 de mayo [LA LEY 84768/2009]), declarando que «al requerir cada uno de los términos integrantes de la situación de inimputabilidad prueba específica e independiente, la probanza de uno de ellos no lleva al automatismo de tener imperativamente por acreditado el otro» (937/2004 de 19 de julio [LA LEY 13924/2004]), 681/2009, de 22 de junio [LA LEY 119142/2009].

Así, pues, la exención total o parcial de la imputabilidad y de la consiguiente responsabilidad criminal, necesitará inexcusablemente que, en caso de enfermedad mental, ésta haya producido una abolición completa o profunda de las capacidades intelectivas y/o volitivas del sujeto que le impidan o dificulten gravemente comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. Y esos extremos son los que tienen que haber quedado suficientemente acreditados a la hora de apreciar la eximente completa o incompleta, 461/2009, de 6 de mayo [LA LEY 84768/2009]. De esta forma y para valorar la responsabilidad penal de una persona afecta de una enfermedad mental se habrá de tener en cuenta no sólo el diagnóstico psiquiátrico, sino también la forma en que los síndromes diagnosticados afectan a su personalidad y, sobre todo, hasta qué punto el acto realizado es tributario de aquella enfermedad, esto es, hasta qué punto existe una relación causal entre la enfermedad del sujeto y el acto ilícito cometido sin que sea suficiente para afirmar una inimputabilidad respecto al acto concreto, una coincidencia cronológica anomalía-delito, sino que ha de exigirse, penalmente hablando, que exista una cierta relación causal entre el estado mental del autor y el hecho por él cometido o, en palabras llanas, que el delito sea producto de su locura (1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001] y 1707/2002, de 18 de octubre [LA LEY 8031/2002]), lo que es

más evidente en aquellos supuestos de enfermedades mentales que afectan tan sólo a un sector de la personalidad o psique del individuo, dejando inalterable el resto, como ocurre con ciertos «delirios sistematizados» (943/1996, de 30 de noviembre [LA LEY 1192/1997]).

b) **La capacidad para conocer la ilicitud y para dirigir las acciones de acuerdo con esa comprensión carece de una respuesta estrictamente médica** (63/2006, de 31 de enero [LA LEY 11032/2006]), o más drásticamente que médicamente —se sostiene— no es posible comprobar el segundo término de la fórmula de la imputabilidad (capacidad de comprender la ilicitud y de conducirse según esa comprensión) (243/2005 de 25 de febrero [LA LEY 1360/2005]). Por eso se ha dicho que en la doctrina médico-psiquiátrica son considerables las opiniones de ilustres Médicos Forenses que sostienen que la cuestión de la capacidad de comprensión de la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella carece de respuesta desde un punto de vista empírico, razón por la cual sólo cabría una respuesta normativa. (600/1995, de 3 de mayo), 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008]:

c) Que si bien **el perito debe limitarse a dar cuenta del dato empírico dejando al jurista la decisión sobre la consecuencia jurídica**, si el juicio se refiere a motivabilidad del autor por medio de normas jurídicas, los conocimientos empíricos no pueden ser ignorados en la determinación de la capacidad del autor. (733/1997 de 22 de mayo [LA LEY 90787-JF/0000]), 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008]:

El primer elemento (la anomalía o alteración psíquica) requiere una comprobación pericial, dado que sólo es posible establecerlo con métodos psiquiátricos. Por el contrario, el juicio sobre la capacidad de comprensión de la antijuricidad y de comportarse según ésta (elemento psicológico jurídico), no admite una respuesta psiquiátrica en términos técnicos. En realidad se trata de una comprobación que se hace depender de la gravedad de la anomalía y respecto de la cual la conclusión es puramente empírica. (STS 1476/2004 de 21 de diciembre [LA LEY 397/2005]), A de 30 de abril de 2009 [LA LEY 99630/2009]. A los Médicos les corresponderá señalar las bases patológicas de la anomalía que, en su caso, perciban, pero la valoración ha de hacerla el Tribunal, correspondiendo a éste la decisión sobre la imputabilidad, semiimputabilidad o inimputabilidad, por tratarse de conceptos de carácter eminentemente jurídicos (125/2004, de 20 de enero), pues el diagnóstico pericial no debe equipararse automática o mecánicamente con la insuficiencia de capacidad de autodeterminación en el orden penal, siendo el perito un mero colaborador de los Jueces, y correspondiendo a éstos determinar si la eventual deficiencia de las facultades de decidir la comisión de un delito alcanza el nivel necesario para afectar, o no, la imputabilidad del sujeto (670/2005, de 27 de mayo [LA LEY 1718/2005]). Como dice 1697/2000, de 9 de noviembre [LA LEY 6445/2001], todo informe pericial médico en la medida que trata de ofrecer datos que inciden sobre la culpabilidad por el hecho cometido por la persona concernida tiene dos partes: un aspecto biológico o psiquiátrico, constituido por una anomalía psíquica que tiene que ser ofrecido por los peritos informantes, y un aspecto normativo, referente a la incidencia que dicha alteración o anomalía pueda tener en la capacidad de comprender la ilicitud del hecho —elemento intelectual—, o en la decisión de querer y aceptar su ejecución —elemento volitivo—. Pues bien, sobre este aspecto normativo del informe la valoración que debe efectuarse es estrictamente jurídica correspondiendo efectuarlo al Tribunal sentenciador, quedando concretado el control casacional de la prueba pericial, precisamente a la valoración jurídica que haya efectuado la Sala sentenciadora, es decir a su estructura racional y conclusiones alcanzadas dado el contenido y naturaleza de la anomalía o alteración detectada por los Peritos médicos, 939/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226030/2008].

Anomalías o alteraciones psíquicas: supuestos

Demencia en la enfermedad de Alzheimer.

El acusado presenta demencia senil tipo Alzheimer objetivándose indicadores clínicos de trastorno psíquico (deterioro cognitivo y sintomatología sicótica de tipo paranoide) que altera totalmente su capacidad de conocer y discernir el valor de sus actos y de inhibir sus impulsos en relación con los hechos objeto de estas actuaciones, **S Juzgado de lo Penal núm. 7 de Zaragoza, de 17 de marzo de 2006**. Dicha prueba determinó que, con buen criterio, el Ministerio Fiscal modificase sus conclusiones provisionales, y al elevarlas a definitivas invocase la eximente total y no la incompleta que alegaba originariamente. A ello contribuyo de forma decisiva no sólo la prueba pericial forense sino simplemente la comprobación de visu del procesado que proporcionó tanto al representante del Ministerio Fiscal como a este Tribunal la imagen de un enfermo de Alzheimer en grado muy avanzado, incapaz de desarrollar un razonamiento mínimamente lógico y coherente. Estamos, por tanto ante una grave enfermedad mental que impide al procesado comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a dicha comprensión. Procede, por tanto la absolución del procesado, la declaración de las costas de oficio y el internamiento en el centro especializado para la atención a este tipo de enfermos a que se refiere el art. 101 del C. Penal. SAP Córdoba, 138/2004, de 25 de junio [LA LEY 150289/2004]. De las declaraciones testificales y, en concreto, de la pericial médica del doctor Jose Carlos se desprendería que al tiempo de producirse los referidos acercamientos ya existían síntomas de una demencia tipo que afectaría a la capacidad cognitiva del acusado y, por tanto, a su capacidad de reflexión, con fallos de memoria e incapacidad para darse cuenta de ilicitud de los hechos. Al respecto ciertamente existen en autos elementos probatorios que explicitan que el acusado viene padeciendo un trastorno cognitivo perfectamente relacionable con determinados comportamientos inapropiados —véase folio 114 el informe del Doctor Jose Carlos de fecha 18-3-06— no sólo constatados médicamente sino también por la propia denunciante —véase folio 107— y otros testigos como Sebastián —folio 108— y Ariadna —folios 110— que reconocen que el acusado se acerca y pregunta cosas banales y vuelve al poco tiempo pero sin mantener comportamiento agresivo ni amenazador lo que sí se pone en relación con el nuevo informe —folio 138— de 16 de septiembre de 2006 emitido por el Doctor José Carlos en fecha 16-9-2006 ratificado en el juicio oral —folio 158 v y 159— especificativo en cuanto a síntomas depresivos y de ansiedad, fallos en la memoria reciente y anomalías en el comportamiento desde hace 2 ó 3 años, síntomas expresivos de una demencia precoz incipiente y de la dificultad de controlar adecuadamente sus impulsos. De otra parte, este déficit cognoscitivo se desprende también de las propias declaraciones en el acto del juicio celebrado el 3 de abril de 2.007 tanto de la denunciante Juana en el sentido «de que su ex marido no está normal, ni está como antes, que por ello no le ha puesto más denuncias, que cree que no entiende cuando le dice que se marche» y en el mismo sentido las de Ariadna y Sebastián (folios 158 v). En base a lo anterior, la Sala acepta como razonable que el acusado cuando realizó los acercamientos a que se refiere los presentes autos podría estar ya afectado parcialmente o tenía ya un déficit cognoscitivo que mermaba parcialmente su capacidad de reflexión en grado difícil de cuantificar en cuanto a la percepción de lo ilícito de su conducta al incumplir la prohibición, por lo que aprecia la concurrencia de la eximente incompleta prevista en el art. 21.1 en relación con el art. 20.1.º del Código Penal y rebaja, de conformidad con el art. 68 del Código Penal, la pena en 2 grados en función de las circunstancias personales que concurren en el acusado imponiéndole la pena de 2 meses y medio de prisión sustituible de conformidad con el art. 71-2 del Código Penal conforme a lo dispuesto en la Sección 2.º Capítulo III del Título III (art. 88 del Código Penal). Razones que exigen estimar parcialmente el recurso, SAP Albacete 117/2007, de 30 de noviembre [LA LEY 322808/2007].

Demencia vascular

De la numerosa prueba documental médica obrante en el sumario, Rollo de Sala y pieza de responsabilidad civil, unida al testimonio prestado por su esposa (en relación a la alteración sufrida en los últimos tiempos a causa de la adicción a la cocaína e ingesta de bebidas alcohólicas), y a la pericial de los Dres. G. A. y R. V. ratificada e informada en el juicio oral, ha resultado acreditado que el procesado sufría con anterioridad a los hechos una incipiente demencia de tipo vascular, por haber sufrido numerosos infartos vasculares cerebrales (de lo que tenía precedentes en ambos padres) afección que sin duda tuvo influencia en que derivara en una grave adicción a la cocaína en una edad de inicio tardía, todo lo cual le ha producido un cuadro clínico con pérdidas de conciencia y deterioro de sus facultades tanto cognoscitivas como volitivas, apto para sustentar la aplicación de la eximente incompleta del núm. 1 del art. 21 en relación a los núms. 1 y 2 del art. 20 CP, al poseer carácter mixto: por anomalía psíquica y adicción grave a la mencionada droga, **SAP Madrid, 231/2001, de 17 de julio**. El Jurado ha dado por probado que el acusado Armando padecía un retraso mental leve, una demencia vascular que se encontraba en sus inicios, y un síndrome depresivo, también leve, todo lo cual no le impedía conocer y comprender lo que hacía, pero que le limitaba levemente su capacidad para controlar sus impulsos, todo ello en base a las pruebas e informes médicos que así lo atestiguan. Con estos datos ha de llegarse a la conclusión de que al tiempo de cometerse la infracción el acusado tenía ciertas anomalías psíquicas que le limitaban, aunque sólo de forma muy leve, el control de sus impulsos, si bien como dijo el Jurado en su Veredicto, conocía que ponía en peligro la vida de la víctima y sabía lo que estaba haciendo, todo lo cual nos conduce a que sólo procede la atenuante por analogía antes indicada, **SAP Valladolid 90/2005, de 28 de marzo [LA LEY 68749/2005]**.

Demencia en la enfermedad de Huntington

Pues bien, es claro que precisamente, tal y como puso de manifiesto el Sr. D José Francisco, Médico Forense que compareció en el acto del juicio (véanse folio 42 vuelto y 43 de las actuaciones) que la enfermedad que sufre el Sr. Blas puede alterar las facultades intelectivas del mismo, pero no de manera total. Por lo que en este caso concreto no se encontraba afectada por completo la capacidad de conocimiento y voluntad, elementos básicos del juicio de imputabilidad. En consecuencia ha resultado acertado la apreciación realizada por el Juzgador a quo respecto a que la antemencionada enfermedad opere como circunstancia atenuante de la responsabilidad del Sr. Blas, en concreto la prevista en el art. 21.1 del Código Penal en relación con el artículo 20.1 del mismo cuerpo legal, lo cual ha permitido imponerle una pena más proporcionada a las circunstancias del hecho y de su autor, pero que no opere como eximente completa de la misma, **SAP de Vizcaya 484/2005, de 29 de junio [LA LEY 146101/2005]**.

Trastornos de la personalidad

Tiene declarado la Sala Segunda, como es exponente 776/2000, de 4 de mayo [LA LEY 7486/2000], que la psiquiatría actual ha sustituido el término psicopatía por el de trastorno de la personalidad que consiste en deficiencias psicológicas que, sin constituir una psicosis, afectan a la organización y cohesión de la personalidad y a un equilibrio emocional y volitivo. Se caracterizan ciertamente por su variedad por constituir desviaciones del carácter respecto del tipo normal y pueden ser más o menos acentuadas, pudiendo incluso ser expresión —tras la redacción actual del art. 20.1.º del nuevo Código Penal— de anomalías o alteraciones psíquicas, pudiendo encuadrarse en la eximente incompleta del art. 21.1.º, cuando alcanzan especial afectación a la capacidad de comprensión o a la motivación de la conducta del sujeto, **535/2006, de 3 de mayo [LA LEY 48429/2006]**.

La personalidad, según reconoce la doctrina científica, es el término psicológico más amplio y menos definible, pudiendo ser definida, con un criterio orientativo, como la suma integral del carácter y el temperamento; y, para hablar de personalidades anormales o de trastornos de la personalidad, los autores suelen acudir al patrón de la media estadística conductual del entorno, siendo múltiples las clasificaciones admitidas por los autores, aunque algunas gozan de especial predicamento, como es el caso de las del CIE-10 (de la OMS) y el DSM-IV (de la American Psychiatric Association), 465/2008, de 7 de julio [LA LEY 96513/2008]. Para algunos un trastorno de personalidad no es propiamente una enfermedad mental, aunque en cualquier caso sí es una anomalía psíquica. Como señala la doctrina psiquiátrica la manifestación esencial de un trastorno de personalidad es un patrón duradero de conductas y experiencias internas que se desvía marcadamente de lo que cultural o socialmente se espera de la persona, es decir, de lo que constituye el patrón cultural de conducta, y que se manifiesta en el área de la cognición, en el de la afectividad, en el del funcionamiento interpersonal o en el del control de los impulsos (al menos en dos de dichas áreas). Se trata de un patrón de conducta generalmente inflexible y desadaptativo en un amplio rango de situaciones personales y sociales, que conduce a una perturbación clínicamente significativa o a un deterioro social, ocupacional o de otras áreas del comportamiento. El patrón es estable y de larga duración y su comienzo puede ser rastreado, por lo menos, desde la adolescencia o la adultez temprana. No puede ser interpretado como una manifestación o consecuencia de otro trastorno mental y no se debe al efecto psicológico directo de una sustancia (por ejemplo, drogas de abuso, medicación o exposición a tóxicos), ni a una situación médica general (por ejemplo, trastorno craneal). Ordinariamente existen criterios específicos de diagnóstico para cada trastorno de personalidad, 831/2001, de 14 de mayo [LA LEY 6460/2001].

Como señala 1604/1999, de 16 de noviembre, la postura tradicional de la jurisprudencia fue siempre cautelosa, hasta fechas relativamente recientes, frente al posible reconocimiento de efectos atenuatorios de la responsabilidad penal a las psicopatías o trastornos de la personalidad. Prescindiendo de causas más remotas, varios factores obstaculizaron, bajo la vigencia de los Códigos Penales de 1932 y 1944, la toma en consideración de las psicopatías como presupuesto fáctico de una circunstancia aminorativa de la responsabilidad penal. De un lado, aunque la jurisprudencia interpretó ampliamente el concepto de «enajenado» desde su inclusión en el art. 8.1 del Código Penal, acostumbró a exigir para la apreciación de esta eximente, tanto completa como incompleta, una base morbosa o patológica, esto es, la existencia de una enfermedad mental —exigencia, por lo demás, rigurosamente lógica— y, al mismo tiempo, negó sistemáticamente la naturaleza de enfermedad mental a las psicopatías, reiteradamente definidas como trastornos del carácter o de la efectividad pero casi nunca aceptadas como enfermedades. De otro, la jurisprudencia se vio obligada a interpretar en un sentido biológico-psicológico el propio término «enajenado», no considerando normalmente suficiente el diagnóstico de una enfermedad mental para la apreciación de la circunstancia, que se condicionó a la presencia de unos determinados efectos en la capacidad de entender y querer. Aunque se trataba, sin duda alguna, de una prudente matización, hay que reconocer que los efectos exigidos se expresaron con frecuencia de forma excesivamente rigurosa, insistiéndose en que la enfermedad mental debe privar absolutamente a quien la padece de consciencia y voluntad para que pueda dar lugar a una circunstancia eximente. De esta manera, rechazando por una parte, que los trastornos de la personalidad sean verdaderas enfermedades y demandando, por otra, para los enfermos mentales una falta o un sensible déficit —según se propusiese la apreciación de la eximente o de la semieximente— de inteligencia y voluntariedad que las psicopatías pueden no comportar, la jurisprudencia excluyó durante mucho tiempo a dichas alteraciones del campo de aplicación de la eximente de enajenación mental en su doble versión, admitiendo únicamente que

podieran servir de base a la atenuante analógica, lo que equivalía a dar por supuesto que la relación entre los trastornos de la personalidad y los estados morbosos de la mente es sólo de analogía. A partir de las SS de 29 de febrero de 1988 y 22 de junio de 1988, que pusieron de relieve el obstáculo que representaba, para continuar negando la condición de enfermedad mental a las psicopatías, la inclusión de las mismas entre los trastornos mentales y del comportamiento en la Clasificación Internacional de Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, se ha generalizado en la doctrina jurisprudencial la aceptación de que los trastornos de la personalidad son auténticas enfermedades mentales aunque esta Sala, en los casos en que dichos trastornos deben tener influencia en la responsabilidad criminal, pues cabe naturalmente la posibilidad de que sean penalmente irrelevantes, ha continuado aplicando en general la atenuante analógica —SSTS de 21 de enero de 1986 y 6 de marzo de 1980— reservando la aplicación de la eximente incompleta —SSTS de 24 de enero de 1991, 6 de noviembre de 1992, 24 de abril de 1993 y 8 de marzo de 1995— para cuando el trastorno es de una especial y profunda gravedad o está acompañado de otras anomalías orgánicas o psíquicas de las que son las más citadas el alcoholismo crónico o agudo, la oligofrenia en sus primeros grados, la histeria, la toxicomanía, etc. Ahora bien las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo Código Penal que se promulgó por la LO 10/1995. La insuficiente alusión al «enajenado» del art. 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el artículo 20.1 del vigente, por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica», mucho más amplia y comprensiva. Por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal. La primera modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad. Si ya antes parecía superada la vieja cuestión de la naturaleza morbosa o patológica de estos trastornos, nadie puede discutir ahora que son, exactamente, «anomalías o alteraciones psíquicas» por lo que, no deben continuar siendo presupuesto de la atenuante analógica que hoy aparece en el art. 21.6 del Código Penal. Las psicopatías no tienen «análoga significación» a las anomalías psíquicas sino que literalmente lo son. La segunda modificación, por su parte, viene a situar las posibles consecuencias de las psicopatías sobre la imputabilidad en un marco conceptual más próximo a las posiciones de la actual doctrina científica. A partir de ahora, sobre lo que tienen que preguntarse los Tribunales, cuando el autor del delito padezca cualquier anomalía o alteración psíquica, no es tanto su capacidad general de entender y querer, sino su capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a esa comprensión. Es ésta una definición de la imputabilidad que pone prudentemente el acento en la mera aptitud del sujeto para ser motivado por la norma, al mismo nivel que lo es la generalidad de los individuos de la sociedad en que vive, y, a partir de esa motivación, para conformar su conducta al mensaje imperativo de la norma con preferencia a los demás motivos que puedan condicionarla (STS de 16 de noviembre de 1999), 831/2001, de 14 de mayo [LA LEY 6460/2001].

La relevancia de los trastornos de la personalidad en la imputabilidad no responde a una regla general. Desde luego no cabe hablar de exención completa, pues no anulan el conocimiento ni la voluntad. La doctrina jurisprudencial los ha considerado en ocasiones irrelevantes por estimar que en el caso concreto no se encontraba afectada dicha capacidad de conocimiento y voluntad, elementos básicos del juicio de imputabilidad (STS de 14 de abril de 1984, 13 de junio de 1985, 16 de enero de 1987, 11 de noviembre de 1988, entre las clásicas, o STS de 15 de febrero y 2 de octubre de 2000, entre las más recientes). Por lo general, sin embargo, los trastornos de personali-

dad se han valorado penalmente como atenuantes analógicas (STS de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). No faltan otras resoluciones en que trastornos de personalidad especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, han sido valorados como eximentes incompletas (STS de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, 15 de mayo de 1985, 16 de abril, 9 de mayo, 8 de julio y 5 de diciembre de 1986, 15 de enero y 6 de febrero de 1987, 29 de febrero o 22 de julio de 1988 o 16 de noviembre de 1999), transcrita por 232/2009, de 10 de marzo [LA LEY 8780/2009]. En esta última se destaca cómo la sustitución legal de la expresión «enajenación mental» por la de «anomalía o alteración psíquica» permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad, sin necesidad de recurrir a la analogía, 831/2001, de 14 de mayo [LA LEY 6460/2001].

En 696/2004, de 27 de mayo [LA LEY 13068/2004], también sobre la misma cuestión, se decía, ahora en relación a sus efectos en la capacidad de culpabilidad, que la doctrina de esta Sala, «en general ha entendido que los trastornos de la personalidad no calificados de graves o asociados a otras patologías relevantes no dan lugar a una exención completa o incompleta de la responsabilidad, sino en todo caso a una atenuación simple y sólo en aquellos casos en los que se haya podido establecer la relación entre el trastorno y el hecho cometido». En 2167/2002, de 23 diciembre [LA LEY 1546/2003], se decía que «la jurisprudencia ha sido en general reacia a reconocer eficacia atenuatoria a los trastornos de la personalidad o psicopatías, con mayor razón cuando no han sido calificados de graves. En la actualidad tienen encaje en el art. 20.1 pues se trata sin duda de anomalías o alteraciones psíquicas, por lo que es necesario atender a sus características y a las peculiaridades del hecho imputado para precisar sus concretos efectos». 1363/2003 [LA LEY 10997/2004], ya citada, terminaba recordando que «por lo general, sin embargo, los trastornos de personalidad se valoran penalmente como atenuantes analógicas (Sentencias de 12 y 27 de marzo de 1985, 27 de enero, 1 de julio y 19 de diciembre de 1986, 6 de marzo de 1989 o 5 de noviembre de 1997). Sólo en supuestos especialmente graves, generalmente asociados a otras patologías, han sido valorados como eximentes incompletas (Sentencias de 10 y 25 de octubre y 14 de noviembre de 1984, o 16 de noviembre de 1999). En consecuencia, será preciso establecer la gravedad del trastorno y su naturaleza para determinar su relación concreta con el delito cometido 633/2009, de 10 de junio [LA LEY 104415/2009].

La psicopatía sólo se tendrá en cuenta a efectos de eximente en aquellos casos que sea tan profunda que comprometa las estructuras cerebrales o coexista con una enfermedad mental y siempre que el hecho delictivo se halle en relación causal psíquica con la anormalidad caracterológica padecida (349/1995, de 8 de marzo [LA LEY 2240/1995]). Lo decisivo es la intensidad de los efectos de la psicopatía o neurosis sobre la posibilidad de autodeterminación (1210/1994, de 13 de junio [LA LEY 3487/1994]), no apreciándose nunca como eximente completa o incompleta salvo que se trate de una disminución grave de dicha capacidad de autodeterminación (663/1999, de 4 de mayo [LA LEY 6357/1999] y 1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001]) o cuando coexista con enfermedades mentales o concurren circunstancias excepcionales que afecten seriamente a la inteligencia o a la voluntad (1341/2001, de 4 de julio [LA LEY 6966/2001]), apreciándose tan sólo la atenuante analógica en otra serie de casos en los que la psicopatía aparece asociada a diversas calificaciones, como «neurosis psicopática sexual» (2416/1992, de 6 de noviembre) o «capacidad intelectual al límite de la oligofrenia» (1298/2001, de 28 de junio [LA LEY 1190/2002]). La mera personalidad psicopática no atenúa la responsabilidad penal (2194/2002, de 30 de diciembre [LA LEY 10969/2003]).

Pasando ya de lo general (los trastornos de la personalidad) a lo particular (el trastorno específico que padece la recurrente), hay que recordar que en el supuesto actual nos encontramos ante un «trastorno hipomaniaco», es decir, un trastorno de menor entidad o gravedad que el maniaco, que ordinariamente no llega a provocar un grave deterioro laboral o social. Como norma general habría que estimar, por tanto, que un trastorno de la afectividad de esta naturaleza no tiene necesariamente que tener una especial relevancia en el ámbito de la imputabilidad o encuadrarse a lo sumo en la atenuante analógica. (Sentencia de 26 de junio de 1995), 831/2001, de 14 de mayo [LA LEY 6460/2001]. En relación a ese estado hipomaniaco la capacidad de culpabilidad de estos enfermos está impedita a la clase e intensidad de los síntomas fundamentales: en los grados extremos es criterio común negar la imputabilidad de manera absoluta, porque aunque pueden comprender fugazmente el valor real de sus actos son incapaces de inhibirlos; en las formas de menor intensidad, sobre todo en los accesos maniacos, puede admitirse una imputabilidad disminuida; finalmente, los casos más leves y en los intervalos o fases intercalares, aunque el enfermo se percate de la trascendencia de sus actos y esté en condiciones de ejercer la acción de voluntad en medida suficiente, no deja de estar afectada en cierto grado la voluntad y ello obliga a su examen cuidadoso de las circunstancias del caso, 1424/2005, de 5 de diciembre [LA LEY 163/2006].

En el presente caso, en que el acusado presenta un trastorno orgánico de la personalidad, ajustó a Derecho su decisión el Tribunal a quo al apreciar la eximente incompleta de anomalía psíquica y no la completa como se propugnaba en la instancia y se reitera ahora, pues a la luz de las periciales y en la forma en que se desarrollaron los hechos, se concluye que no tenía el inculpado en el momento de cometer los hechos totalmente abolidas sus facultades intelectivas y volitivas, aunque sí seriamente disminuida su capacidad de controlar sus impulsos por el severo trastorno cognoscitivo que padecía, A 580/2005, de 7 de abril [LA LEY 297153/2005]. Debido a lesión craneal afectando a la expresión de las emociones y los impulsos sin tomar en consideración sus consecuencias futuras, síndrome depresivo grave sin síntomas psicóticos. La Sentencia aplica la atenuante analógica prevista en el art. 21.6 del CP en relación con el núm. 1 del mismo y con el art. 20.1.º porque tal padecimiento no le impide distinguir el bien del mal pues en sí la patología que sufre no supone una influencia en el conocimiento y capacidad de control de sus actos. Acorde con la doctrina de esta Sala, es correcta la aplicación, que hace el Tribunal de instancia, de una atenuante analógica, y sólo procedería la eximente completa o incompleta cuando, por coexistir la personalidad psicopática con otra enfermedad mental o concurrir circunstancias excepcionales, quedase eliminada o más seriamente afectada su inteligencia y voluntad, lo que no ha sucedido en el caso que nos ocupa. Los Médicos Forenses informaron que el acusado padece una depresión sin síntomas psicóticos y ha sido consumidor y dependiente de múltiples sustancias tóxicas, patología de la que se encontraba según sus manifestaciones en abstinencia voluntaria, no apreciando que estas patologías supongan una influencia en el conocimiento y capacidad de sus actos. El doctor Aguilar en el acto de juicio dijo que el procesado no tiene trastorno psicótico y no puede confundir que pegar a la compañera es malo. No consta, por tanto, que exista una anulación de facultades psíquicas ni una importante disminución de la capacidad de autodeterminación ni una causalidad psíquica entre el trastorno y los delitos cometidos, A 1400/2001, de 27 de junio.

Esquizofrenia

Bajo la denominación de esquizofrenia, término que hace referencia a la escisión o disgregación de las funciones psíquicas, se engloban un conjunto de enfermedades mentales, generalmente graves, que cursan con una serie variada de síntomas y que en función de su presencia, prevalencia e intensidad dan lugar a distintos tipos o denominaciones, 143/2009, de 17 de febrero [LA

LEY 14402/2009]. Se describe en la doctrina médica científica como «un trastorno fundamental de la personalidad, una distorsión del pensamiento. Los que la padecen tienen frecuentemente el sentimiento de estar controlados por fuerzas extrañas. Poseen ideas delirantes que pueden ser extravagantes, con alteración de la percepción, afecto anormal sin relación con la situación y autismo entendido como aislamiento. El deterioro de la función mental en estos enfermos ha alcanzado un grado tal que interfiere marcadamente con su capacidad para afrontar algunas de las demandas ordinarias de la vida o mantener un adecuado contacto con la realidad. El psicótico no vive en este mundo (disociación entre la realidad y su mundo), ya que existe una negación de la realidad de forma inconsciente. No es consciente de su enfermedad. La actividad cognitiva del esquizofrénico no es normal, hay incoherencias, desconexiones y existe una gran repercusión en el lenguaje, pues no piensa ni razona de forma normal. El comienzo de la enfermedad puede ser agudo, es decir, puede comenzar de un momento para otro con una crisis delirante, un estado maniaco, un cuadro depresivo con contenidos psicóticos o un estado confuso onírico. También puede surgir de manera insidiosa o progresiva. La edad de inicio promedio es en los hombres entre los 15 y los 25 años, y en las mujeres entre los 25 y los 35 años. No obstante, puede aparecer antes o después, aunque es poco frecuente que surja antes de los 10 años o después de los 50 años. La prevalencia de esta enfermedad se sitúa entre el 0,3% y el 3,7%, dependiendo de la zona del mundo donde estemos. Se ha observado una cierta prevalencia hereditaria, si uno de los padres padece esquizofrenia el hijo tiene un 12% de posibilidades de desarrollar dicho trastorno y si ambos son esquizofrénicos el niño tiene un 39% de probabilidades. Un niño con padres sanos tiene un 1% de posibilidades de padecer este trastorno, mientras que un niño con un hermano con este desorden tiene un 8% de probabilidades. Por tanto, las causas de la esquizofrenia son tanto bioquímicas como ambientales. La esquizofrenia se puede presentar principalmente asociada a los Trastornos Relacionados con Sustancias. Del 30 al 40% de los esquizofrénicos presentan problemas de abuso de alcohol; el 15-25%, problemas con el cannabis; del 5 al 10% abusan o dependen de la cocaína. También se incluye el abuso de nicotina, muy frecuente en estos pacientes. Las drogas y el alcohol permiten reducir los niveles de ansiedad y la depresión provocados por la esquizofrenia», STS Sala de lo Militar de 10 de febrero de 2009 [LA LEY 14596/2009].

Según el DSM-IV-TR, para su diagnóstico pueden utilizarse distintos criterios que atienden a diferentes síntomas de la enfermedad. Son especialmente relevantes algunos síntomas positivos que incluyen distorsiones del pensamiento inferencial (ideas delirantes), de la percepción (alucinaciones), del lenguaje y la comunicación (lenguaje desorganizado) y de la organización del comportamiento (comportamiento gravemente desorganizado o catatónico). También síntomas negativos, que se refieren a restricciones del ámbito y la intensidad de la expresión emocional (aplanamiento afectivo), de la fluidez y la productividad del pensamiento y del lenguaje (alogia) y del inicio del comportamiento dirigido a un objetivo (abulia). La enfermedad cursa de forma muy variable según el caso, con exacerbaciones y remisiones en algunos sujetos, mientras que otros permanecen crónicamente enfermos. Según el referido manual, la remisión completa no es habitual, y de los que siguen presentando la enfermedad algunos parecen tener un curso relativamente estable, mientras que otros presentan un empeoramiento progresivo. La jurisprudencia ha reconocido la existencia de remisiones más o menos completas entre los brotes que caracterizan el desarrollo de la enfermedad. Las características principales del tipo paranoide son la presencia de ideas delirantes o alucinaciones auditivas, en el contexto de una conservación relativa de la capacidad cognoscitiva y de la afectividad. El pronóstico puede ser mejor que para otros tipos de esquizofrenia, especialmente en lo que se refiere a la actividad laboral y a la capacidad para llevar una vida independiente. Al tipo residual se atiende cuando habiendo existido un episodio de

esquizofrenia, en el cuadro clínico del momento no se aprecia la existencia de síntomas psicóticos positivos o si existen están muy atenuados, aunque sí aparecen síntomas negativos (aplanamiento afectivo, alergia o abulia). El curso del tipo residual puede representar una transición entre un episodio y la remisión completa, 143/2009, de 17 de febrero [LA LEY 14402/2009].

El criterio mixto, biológico-psicológico seguido en el Código Penal, exige no sólo el diagnóstico de una anomalía psíquica, sino que en el caso haya impedido al sujeto conocer la ilicitud del hecho o ajustar su conducta a esa comprensión. Sin tratamiento compensador, la esquizofrenia causa una perturbación en las facultades del enfermo que, le impide conocer la ilicitud del hecho y, en su caso, ajustar su conducta a tal conocimiento, 143/2009, de 17 de febrero [LA LEY 14402/2009]. Como dice 1081/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 250582/2007], la esquizofrenia entendida en términos psiquiátricos como la escisión de la personalidad que lleva al autismo, ha sido aplicada por la jurisprudencia de esta misma Sala con distinto criterio en función de su intensidad y, sobre todo, de la proximidad entre el momento ejecutivo y el brote esquizoide que caracteriza esa enfermedad. Y es ese brote el que coloca al agente en una verdadera situación de excepcionalidad para captar el mensaje imperativo de la norma penal, 258/2009, de 16 de marzo [LA LEY 14633/2009].

De acuerdo con el A 1901/2007, de 31 de octubre [LA LEY 244691/2007] (en este sentido, 1111/2005, de 29 de septiembre [LA LEY 13988/2005], A 182/2004, de 12 de febrero, 97/2004, de 27 de enero [LA LEY 11876/2004], A de 14 de febrero de 2003, 1185/1998, de 8 de octubre [LA LEY 10604/1998]), según reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda y siguiendo, no el criterio biológico puro (que se conforma con la existencia de la enfermedad mental), sino el biológico-psicológico (que completa el examen de la inimputabilidad penal con el dato de la incidencia de tal enfermedad en el sujeto concreto y en el momento determinado de producción del delito) que es el adoptado por dicha jurisprudencia, con referencia a estos casos de psicosis esquizofrénica en sus distintas modalidades, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1.^a Si el hecho se ha producido bajo los efectos del brote esquizofrénico, habrá de aplicarse la exigente completa art. 20.1 CP. En general, la jurisprudencia ha admitido la exigente completa cuando el sujeto se encuentra sufriendo un brote de la enfermedad. Asimismo, ha entendido que la presencia de un comportamiento especialmente anómalo o ininteligible, aún fuera del brote, revela una perturbación profunda de las facultades que da lugar a una exigente incompleta. Y en general, aunque no falten excepciones, la presencia del tipo residual de la enfermedad o un estado de remisión más o menos permanente, da lugar a una atenuante simple por vía de analogía, 143/2009, de 17 de febrero [LA LEY 14402/2009].

2.^a Si no se obró bajo dicho brote, pero las concretas circunstancias del hecho nos revelan un comportamiento anómalo del sujeto que puede atribuirse a dicha enfermedad, habrá de aplicarse la exigente incompleta del núm. 1.º del art. 21.3.^a

3.^a Si no hubo brote y tampoco ese comportamiento anómalo en el supuesto concreto, nos encontraremos ante una atenuante analógica del núm. 6.º del mismo art. 21, como consecuencia del residuo patológico, llamado defecto esquizofrénico, que conserva quien tal enfermedad padece (STS 8 de febrero de 1990).

Incluso en ocasiones la Sala Segunda, pese a haberse diagnosticado en el acusado la esquizofrenia paranoide, no ha apreciado circunstancia atenuante alguna, ni siquiera en su modalidad más leve, la del mencionado núm. 6.º del art. 21, SSTS 20 de noviembre de 2000 y la de 25 de

septiembre de 2003. Esta última tiene en cuenta esta grave enfermedad psiquiátrica sólo a los efectos de individualización de la pena, esto es, para determinar su cuantía sin apreciar ni siquiera la mencionada atenuante analógica.

Señala 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008], que como circunstancias a evaluar en el caso concreto se han indicado:

- a) La intensidad de influencia sobre el psiquismo del sujeto.
- b) La proximidad entre el momento ejecutivo y el brote esquizoide que caracteriza esa enfermedad, 1081/2007, de 20 de diciembre.
- c) La relación causal entre la psicosis y el comportamiento, que se estima inexistente cuando aquélla es residual y transcurre de modo paralelo a la conducta 733/1997, de 22 de mayo, sin mermar la capacidad de autodeterminación, Sentencia de 15 de diciembre de 1992.
- d) El grado de deterioro intelectual (ibídem).
- e) La clase de delito cometido y su posible relación con la modalidad concreta de la anterior esquizofrenia sufrida, 497/1997, de 19 de abril.
- f) La existencia asociada de otros factores que incrementan la intensidad de la patología psíquica y su influencia causal en las facultades intelectivas y volitivas.

Continúa 215/2008, de 9 de mayo [LA LEY 47646/2008], señalando que conforme a tales criterios se viene optando por la aplicación de la eximente incompleta en los casos de esquizofrenia paranoide (Sentencia de 16 de junio de 1992) a aquellas situaciones de delirio psicótico (Sentencia de 23 de mayo de 1995) o incomunicación absoluta con el exterior o a aquellos otros en los que, al ocurrir los hechos, el acusado actuase bajo un brote esquizoide (686/2002, 2 de junio con cita de las SSTS 4 junio 1999, 10 marzo 2000 y 26 diciembre 2000. Ciertamente otras veces se postuló la exención completa pero eso ha ocurrido, o bien por partir de tesis escasamente aceptadas que lleva a decidir sin considerar la magnitud o las relaciones entre el estado y el delito (63/2006, de 31 de enero [LA LEY 11032/2006]), o bien por las concretas circunstancias del caso, como en el que el acusado «padece una psicosis esquizofrénica de tipo paranoide que le provoca un cuadro de alucinaciones auditivas con reagudizaciones temporales, especialmente en los períodos en los que no seguía el tratamiento pautado, que modifica sustancialmente su capacidad volitiva y, por tanto, limita de forma trascendente su imputabilidad». A continuación señala que aquél «no seguía el tratamiento adecuado a su enfermedad, desde el mes de mayo de 2002». Y las acciones que dan lugar a la causa son del 29 de enero de 2003 (1031/2005, de 26 de septiembre). O bien porque el acusado padece «esquizofrenia paranoide crónica», añadiéndose que la sintomatología psicótica se aprecia de antiguo y, que «es absolutamente imposible mantener una conversación de ningún tipo con el acusado», existiendo «signos evidentes de padecer trastorno psiquiátrico, presentando estado afectivo embotado e incomunicación absoluta con el exterior (...)» «presentando ideación delirante de tipo místico-megalomaniaco, con antecedentes de sintomatología psicótica desde 1988, lo que le llevó al abandono de su trabajo y llevar vida marginal porque tenía que hacer milagros», insistiéndose en que se aprecia en el conjunto de la entrevista llevada a cabo «dispersión del pensamiento e interpretaciones delirantes» (399/2000 de 10 de marzo).

Hay que estar a las circunstancias del caso, para examinar el efecto concreto de la enfermedad psíquica, la que sea, en la mente y voluntad del sujeto cuando el hecho delictivo tiene lugar (STS 29-9-2005).

Trastorno de ideas delirantes persistente

Es indudable que las circunstancias atenuantes o eximentes, en concreto, su sustrato fáctico, han de ser debidamente probadas, y que así como la prueba de cargo que puede vencer el principio constitucional de la presunción de inocencia es de la incumbencia obligada de la acusación, la carga de probar aquellas circunstancias es del propio acusado. En consecuencia, lo que se habrá de investigar es si ese trastorno de ideas delirantes persistente que con categoría, no contradicha, por otro lado, por el recurrente, el Médico Forense establece que afectan a la capacidad de conocimiento y libre determinación en quien la padece, especialmente cuando sus actos están supeditados al sistema delirante y con todo aquello que lo relaciona con él, latía en la psique y comportamiento del denunciado Juan S. C., cuando confeccionó y lanzó a conocimiento público las octavillas. No hay, desde luego, sobre este particular una contundente prueba directa que avale aquella situación latente; sin embargo, presuntamente así se ha de considerar acreditado, ya que aunque el denunciado fue examinado dos años después de los hechos, y a los efectos de su capacidad para comparecer en juicio, la cronicidad y persistencia de la que hablan los informes y documental médica, que ponen de manifiesto que dicha relevante anomalía mental no surge por generación espontánea, y que además es perfectamente compatible, de un lado con la normalidad en otras facetas de la vida y en otros ámbitos, y, de otro, con la reflexión y deliberación que la conducta de redacción y reparto de los panfletos exigió. Dentro de ese delirio y persecución es posible planificar la acción delictiva, y sin embargo no tener la conciencia debida para comprender el alcance e ilicitud del acto, **SAP Córdoba, 25/2002, de 26 de febrero**. Los motivos que llevan a Iván a cometer el delito son de por sí elocuentes y suficientemente expresivos del grado de afectación mental que padece: está convencido de que un niño rubio que vive en Molina de Segura es su hijo Daniel el fruto de su matrimonio con María Consuelo. El cuadro delirante que presenta también repercute en una profunda distorsión de su identidad personal: se tiene por una persona muy importante, multimillonaria, relacionada con la familia real, se define como el más bueno y respetado del planeta porque es la salvación del ser humano y de la naturaleza, del mundo nacional e internacional, y explica que todo esto que le está sucediendo se debe a que no lleva escolta y al no tener protección le hacen cosas malas. La documental que obra en autos acredita el intenso grado de afección psíquica. Según el informe del Hospital Psiquiátrico Román Alberca el diagnóstico principal es el trastorno de ideas delirantes persistente; En su historia clínica consta un anterior ingreso en el mismo centro (hace 5 años) y define su perfil como el típico en su conjunto de los paranoides descompensados o defectivos que suelen presentar cuadros delirantes e ideas persecutorias, siendo mecanismos de defensa la proyección y la negación de su agresividad latente. El Servicio de Psiquiatría del Hospital Morales Meseguer recoge como antecedentes: cuadro psicótico de larga evolución con ingresos psiquiátricos en 1996, siendo entonces diagnosticado de síndrome paranoide y en 2001 con diagnóstico de trastorno de ideas delirantes y persistentes. En idénticos términos, el Informe médico forense (f. 42) tras el oportuno reconocimiento concluye que el paciente padece un cuadro delirante con ideas de grandeza y persecución, bien sistematizadas y persistentes en el tiempo. Añade que en el momento de los hechos presentaba un cuadro delirante agudo y que los mismos están directamente relacionados con su patología, pudiendo establecerse que sus facultades intelectivas y volitivas estarían muy afectadas e incluso anuladas, aconsejando que el examinado reciba el tratamiento psiquiátrico adecuado bien en

régimen de internamiento o en régimen ambulatorio cuando su situación clínica lo permita. Del anterior fundamento se desprende que el acusado es, a efectos penales, inimputable y, consecuentemente, ha de quedar exento de responsabilidad penal, SAP Murcia 17/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 151066/2003]. En el caso que se examina, del propio relato fáctico resulta que no cabe apreciar en la conducta del procesado una plena exención de responsabilidad pues si bien es cierto, a tenor de los informes obrantes en autos, que el procesado padece un trastorno de ideas delirante persistente, estando afectada únicamente una parcela del psiquismo —aquella a la que se refiere su delirio— de manera que, como resulta de la pericial, practicada en el acto del juicio oral, el procesado puede responder de forma normal en lo que no esté relacionado con su delirio. En consecuencia, lo expuesto permite afirmar que existe, por parte del procesado, una percepción de la realidad ajustada, con tal de que no se invadan los contornos del delirio, no obstante, no puede desconocerse que, según queda expuesto, la perturbación en que se encontraba el procesado, reprochándole a M.^a del Carmen haber envenenado a un familiar, constituye un indicio de activación de la enfermedad diagnosticada, y con ella la merma parcial de sus facultades intelectivas y volitivas, por lo que es procedente aplicar la eximente incompleta del art. 21.1.º del CP, **SAP A Coruña 1/1999, de 20 de enero.**

Trastorno bipolar

Resulta obvio que el llamado Trastorno bipolar de la personalidad se incluye entre las «anomalías o alteraciones psíquicas» a las que se refieren el art. 20.1 CP y que pueden excluir (o aminorar en su modalidad incompleta) la capacidad de culpabilidad del sujeto activo, la imputabilidad, si se prefiere utilizar esta terminología. Se trata, dicho en términos simples, de una enfermedad que se caracteriza por la presentación en un mismo sujeto enfermo de «fases maníacas y fases depresivas» (de ahí sus antiguas denominaciones: «locura circular», «ciclotimia», «psicosis maniaco-depresiva»), que se van alternando en el curso de su vida junto con otras de aparente normalidad. Desde luego, se trata de una enfermedad, como lo son todas ellas, en la que la intensidad de los diferentes síntomas varía según cada enfermo, siendo posible la presentación, por ejemplo, de fases maníacas muy leves junto a muy profundas depresiones, o lo contrario. Por otra parte, las fases de uno u otro signo suelen presentarse aisladas, con períodos intermedios de «normalidad», aunque también es posible el paso de un extremo al otro sin solución de continuidad. Significados expertos en esta materia (como Baltasar, Joaquín o José Enrique), han venido a señalar que en este padecimiento en los períodos intervalares (no depresivos, no maníacos) se presentan síntomas muy escasos, por lo que puede hablarse sin inconveniente de «estado normal». Así pues, se ha dicho que el trastorno bipolar de la personalidad representa una verdadera psicosis endógena, en la que surgen trastornos psíquicos graves, que evolucionan generalmente por fases de duración variable, pero no excesivamente larga (30/45 días) y que en los períodos interfásicos (a veces de hasta años de duración) el sujeto recupera su «normalidad». Atento a estas consideraciones, ya en una relativamente antigua STS de 13 de mayo de 1983, nuestro Tribunal Supremo señalaba los siguientes tres principios relativos al tratamiento penal de las que entonces llamaba psicosis maniaco depresiva, a saber: 1.º) cada caso debe valorarse individualmente; 2.º) la capacidad de conocimiento y voluntad debe valorarse en el momento de la comisión del delito, teniendo en consideración, precisamente, el carácter discontinuo de sus síntomas; 3.º) como regla general, las funciones intelectivas del maniaco depresivo no se afectan profundamente y en los períodos intervalares su estado es normal. Partiendo de las consideraciones que hasta aquí se han realizado, la juzgadora de primer grado ha tenido en cuenta que sólo la Dra. PLAZA000 manifestó que al tiempo de los hechos el acusado pudiera estar «un pelín eufórico, sobrevalorando sus

posibilidades», afirmación, desde luego, que se corresponde con una simple conjetura o hipótesis en modo alguno acreditada, como por otra parte es lógico, toda vez que dicha perito no examinó en esas fechas al ahora apelante. Al tiempo de ser reconocido el acusado por la Médico Forense Dra. Marta, ciertamente tiempo después de producirse los hechos, el mismo se encontraba enteramente asintomático, afirmando la perito que, en el caso concreto, en los periodos intervalares, el acusado se encuentra «perfectamente normal». Es decir, respecto a la imputabilidad del acusado con relación a los hechos que aquí se enjuician, más allá de simples conjeturas o hipótesis —como la que ya ha sido referida o la manifestación de que «los cuadros» se agudizan en primavera u otoño—, no existe prueba ninguna de que Luis Antonio no se encontrara, al tiempo de cometer el hecho delictivo, perfectamente capacitado para comprender la exigencia de las normas penales ni para adaptar su comportamiento a aquellas exigencias. Más aún: a lo largo del procedimiento (por cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil de la que más tarde nos ocuparemos), todas las personas que se encontraban junto al acusado han manifestado (y así se tiene también por acreditado en la Sentencia recurrida) que Luis Antonio se encontraba «perfectamente normal», sin signo o síntoma alguno que permitiera ponderar la eventual existencia de ninguna anomalía de carácter psíquico, SAP Cuenca 75/2006, de 12 de julio [LA LEY 107413/2006]. Esta Sala de casación estima que debió apreciarse en la conducta del procesado la atenuante análoga a la eximente incompleta de alteración psíquica del art. 21.6.º, en relación al 21.1.º y 20.1 CP, pues, aunque, sin duda, como razona la Sentencia, el autor comprendía la ilicitud de su acción, no pudo actuar plenamente de conformidad a esa comprensión por la disminución del control de sus impulsos a que nos hemos referido que tiene su base patológica en el trastorno que hemos considerado probado (trastorno bipolar), sin que tal disminución pueda apreciarse con intensidad suficiente para fundamentar racionalmente la eximente incompleta referida, conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala, STS Sala de lo Militar de 13 de junio de 2005 [LA LEY 132965/2005].

Sonambulismo

El informe de evaluación psicológica realizado por la Guardia Civil dictamina que los hechos realizados por el acusado se llevaron a cabo en estado de sonambulismo durante las fases 3 y 4 NOREM del sueño donde no hay pérdida de atonía muscular y se aceleran las fases anabólicas del organismo aumentando la producción de hormonas, proteínas y neurotransmisores. Asimismo los terrores nocturnos aparecen en la primera fase de la noche que coincide con las fases precipitadas; y se concluye con que la conducta del acusado está inserta dentro de lo que clínicamente se denomina trastorno mental transitorio no creyéndose que haya ningún tipo de simulación puesto que se justifican los hechos en función de los trastornos aparecidos. Por obvio que parezca debe señalarse que las conductas delictivas son siempre obras de los hombres y por lo tanto la doctrina siempre ha afirmado que el primer elemento de la estructura del delito es la conducta humana que sirve de soporte al juicio de valor que el reproche penal entraña. Esta es la denominada teoría de la acción en el Derecho penal. Así desde la teoría causalista que la concibe como «causación voluntaria de una modificación del mundo exterior» como señalaba Carrara, la teoría finalista que la define como «conducta humana, regida por la voluntad, orientada a un resultado» que decía Maurach, la doctrina social de la acción que la ve como el comportamiento humano socialmente relevante, hasta la teoría de la imputación objetiva que une el concepto de acción al de tipicidad (Honing o Roxin) o la evolución jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo (quien es causa de la causa es causa del mal causado) todas ellas coinciden en lo básico. Es decir, se deben separar lo que son hechos naturales, en los que no hay ninguna intervención humana, de los actos humanos. Dentro de estos últimos se encontrarían las acciones delictivas que deben ser voluntarias y

exteriores. Salvando las diferencias doctrinales entre las dogmáticas española y alemana sobre cuándo se da ausencia de acción (fase externa para la española y voluntariedad para la germánica) es patente que se producirá dicha omisión de acción siempre que no se den uno de estos elementos (interno y externo como decía Carrara). Centrados en la ausencia de acción, son causa de la misma las llamadas conductas de inconsciencia y dentro de ellas se encuadra el denominado sonambulismo respecto al cual se plantean dos problemas fundamentales. En primer lugar, si es un acto voluntario o no. Normalmente son estos estados más propios para la ejecución de los delitos de omisión que los de comisión. De todos los informes médico-periciales aportados a las actuaciones y ratificados en el acto del juicio oral por sus redactores parece clara la conclusión de que el acusado se encontraba en un estado sonambúlico en el momento en el que ejecutó los actos que hoy se le imputan por el Ministerio Público como delictivos puesto que el sujeto no era consciente cuando los realizó de que lo que llevaba a cabo lo hiciese en la realidad y no en el ámbito propio de una ensoñación onírica o terror nocturno. En este sentido puede haber alguna discrepancia médica sobre la concreta fase del sueño en que se encontraba el acusado pero la conclusión de todos ellos es idéntica cuando se trata de dejar clara la no voluntariedad del acto. Tampoco debe sorprender que durante el suceso el sujeto cogiese el arma, la montase y disparase puesto que parece que los sonámbulos pueden realizar esta serie de actos complejos sin ser conscientes de ellos como por ejemplo salir de la casa y deambular por las calles o pasar a otra cama de la casa, etcétera. El segundo problema que se puede plantear en este caso es el de las *actiones liberae in causa*. Es decir, que el sujeto consciente del problema que sufre, por ejemplo la embriaguez violenta, se coloque deliberadamente en este estado para luego poder esgrimir falta de acción. En el caso de autos no se aprecia dicha circunstancia en el sujeto puesto que aunque existen dos casos de sonambulismo en el mismo en la infancia como antecedente, lo cierto es que no se volvieron a producir dichos episodios en su etapa adulta y en todos los años que llevaba en la profesión de guardia civil tampoco se reprodujo ninguno de ellos. Por lo tanto se aprecia una falta total de prueba de cargo en este aspecto y conforme al principio fundamental constitucional de presunción de inocencia procede encontrar al acusado libre de todo cargo. A mayor abundamiento sobre este tema decir que si bien el sujeto reconoció que bebió una copa de pacharán después de la cena en casa y antes de entrar al servicio y que la Médico de guardia de Casetas afirmó que el mismo olía a alcohol, dicho acto podría reputarse falta administrativa a efectos internos de la propia Guardia Civil, puesto que si era cierto que se encontraba sometido a los efectos del alcohol, ello originaría una sanción disciplinaria; pero ello debe ser depurado internamente en el propio ámbito de esa institución. No se ha acreditado, por lo tanto, que el acusado conociese que sufría dicho trastorno del sueño, y menos aún, de la prueba realizada en el plenario y sumario, que se colocase en dichas circunstancias para poder realizar un hecho delictivo. En contra de dichas ideas se encuentran las propias manifestaciones y actuaciones de sus compañeros el día de los hechos y sobre todo del guardia civil que sufrió los disparos involuntarios quien desde el principio ha entendido que se trataba de una situación atípica puesto que como señaló en su declaración testifical en el juicio oral el acusado se encontraba con una expresión ida cuando lo miró y se quedó parado hasta que el resto de compañeros acudió a la habitación y le quitaron el arma corta disparada. El posterior ataque de nervios que sufrió cuando los demás guardias civiles le explicaron lo sucedido y el posterior tratamiento psicológico al que ha estado sometido además de los hechos que coinciden con el tipo médico legal del estado sonambúlico como declararon los peritos hace que éstos descarten que haya habido simulación del mismo. Resta por último, *obiter dicta*, y a efectos meramente dogmáticos el explicar por qué la Sala ha optado por la opción de ausencia de acción y no de inimputabilidad o no culpabilidad. Respecto a la culpabilidad podría entenderse que nos encontramos ante una causa que excluye la culpabilidad o eximente del art.

20.1 CP. Sin embargo, y como ya dijimos en el fundamento jurídico primero, ello supondría admitir que ha habido voluntariedad de la acción penal, tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad en el sujeto cuando las periciales médicas parecen excluirlas. Por último el creer que el sujeto es inimputable podría entenderse tan acertado como la postura de la ausencia de acción pues el trastorno mental transitorio es causa de inimputabilidad. Sin embargo si atendemos al concepto del mismo no parece muy acertado puesto que el trastorno mental transitorio es una enajenación transitoria procedente de una reacción patológica frente a un estímulo externo y en el presente caso parece obvio que el estímulo no es externo sino de naturaleza endógena (ensoñación onírica o terror nocturno), **SAP de Zaragoza 140/1999, de 7 de julio.**

Trastornos de los hábitos y del control de los impulsos

— Ludopatía

La manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos su característica neurológica radica, como declaró la STS de 18 mayo 1993, en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica. Por eso y sin entrar en sí constituye o no una enfermedad (lo que niega la STS de 3 enero 1990) o es una forma de neurosis, lo trascendente en estos casos es —como señaló la STS de 24 enero 1991— determinar la forma en que esa tendencia patológica a jugar se manifiesta en cada caso concreto y las repercusiones que tiene en la capacidad de raciocinio o volición del agente. Dado que la compulsión ludópata actúa en el momento en que la oportunidad del juego se presenta y domina la voluntad en torno al acto concreto de jugar, su relevancia afectará a la valoración de las acciones temporal e inmediatamente dirigidas a satisfacer tal compulsión en el ámbito lúdico, mientras que en otros actos más lejanos obrará sólo como impulso organizado para lograr el futuro placer del juego, impulso que es en esos momentos racional y dominable; y será por completo intrascendente respecto a acciones no determinadas por el impulso patológico de la ludopatía y ejecutadas por motivos o fines distintos del juego ansiado. De ahí que apreciada en este caso como atenuatoria de la responsabilidad por la apropiación indebida de los fondos utilizados para jugar, no pueda apreciarse en la del delito de falsificación documental porque fue cometido por el sujeto con posterioridad a la apropiación y con el fin de ocultar ese delito y librarse en definitiva de la exigencia de responsabilidades por su perpetración. En definitiva, la merma de facultades volitivas que la ludopatía representa en la acción de apropiación de lo usado para el juego no es extensible al delito de falsedad que el acusado cometió por razones distintas de su compulsión al juego, 972/1998, de 27 de julio [LA LEY 9807/1998]. La característica nosológica de la manifestación neurótica de los ludópatas o jugadores patológicos radica (1597/1999, de 15 de noviembre [LA LEY 4793/2000] y 426/2002, de 11 de marzo [LA LEY 53297/2002]) en su compulsión al juego, en el que participan de forma ansiosa, sin poder cortar con el hábito que ha creado en ellos una dependencia psicológica, con independencia de si ello constituye, o no, una enfermedad (262/2001, de 23 de febrero [LA LEY 4183/2001] y 1948/2001, de 29 de octubre [LA LEY 193590/2001]). La ludopatía podría afectar especialmente a las facultades volitivas del sujeto que la padece en todo lo relacionado directamente con la actividad lúdica de que se trate (1737/2003, de 24 de diciembre [LA LEY 862/2004]).

— Piromanía

La pretensión de que se aplique la eximente completa de anomalía o alteración psíquica, del art. 20.1.º del CP, que fundamenta en el hecho de que acusado debido al trastorno que padece,

que ha sido diagnosticado como con una personalidad anómala con marcados rasgos de inferioridad, inseguridad, inhibición en inmadurez psicoafectiva, no es capaz de actuar conforme a la comprensión respecto a la ilicitud de los incendios que provoca y actúa por un impulso incontrolable, debe ser rechazada, por cuanto como ha manifestado de forma reiterada nuestro Tribunal Supremo, entre otras en STS de 29 de abril y 4 de octubre de 1994, la eximente completa y la eximente incompleta vendrán propiciadas cuando de alguna manera se llegue a la carencia absoluta de las facultades intelectivas y volitivas en el primer caso, o a la carencia parcial en el segundo supuesto. En el presente supuesto, basta ver los informes emitidos, tanto el elaborado por el Psiquiatra Sr. O. A. como el elaborado por la Médico Forense Sra. G. G., para concluir que no se puede afirmar que el acusado, cuando cometió los hechos enjuiciados, se encontrara en una situación de carencia absoluta de las facultades intelectivas y volitivas, pues de los informes se deduce que existe una afectación parcial de la capacidad volitiva por alteración del control de los impulsos. La defensa deduce del informe de la Médico Forense que el acusado, aunque fuera consciente de lo que hacía y de la ilicitud de sus actos, actuó movido por un impulso incontrolable, lo que no se puede dar por acreditado pues en el acto de la vista oral dicha perito habló de un impulso difícil de controlar, y el hecho de ser difícil de controlar no significa que el mismo sea irresistible, por lo que no se puede hablar de que tuviera una afectación total y absoluta de su capacidad volitiva y, en consecuencia no es posible la aplicación de la eximente completa como se pretende en el recurso, SAP Teruel 2/2003, de 16 de enero [LA LEY 8168/2003]. El acusado padece un trastorno del control de los impulsos, clasificado según el DSM-IV como piromanía con riesgo de reincidencia, y cuyo tratamiento deberá basarse en la farmacoterapia y en psicoterapia cognoscitivo-conductual, y cuya intensidad abolía sus capacidades inhibitorias. Concorre en el acusado la circunstancia eximente de anomalía o alteración psíquica, prevenida en el art. 20-1.º del Código Penal, lo que determina, por imperativo legal, conforme al último párrafo del mismo precepto la aplicación, al que por la concurrencia de tal circunstancia resulta exento de responsabilidad criminal, de las medidas de seguridad prevenidas en la propia Ley Penal Sustantiva y así ha de concluirse en base a los informes médico forenses de fechas 15 de mayo de 2000 y 22 de junio de 2000, a los emitidos por el Médico Psiquiatra D. Iván, en fechas 9 de octubre de 2000 y 21 de diciembre de 2000 y al informe médico forense de fecha 8 de marzo de 2001 (Sentencia de conformidad, **SAP La Rioja 111/2003, de 26 de junio**)

— Cleptomanía

Aunque el término cleptomanía se acuñó hace más de dos siglos para describir el impulso de robar objetos innecesarios o de pequeño valor, fue el clásico alienista francés Matías el primero en describir científicamente el trastorno y clasificarlo entre las que llamó monomanías en su tratado *Des maladies mentales* de 1838, considerado por muchos como el primer libro en exponer una visión objetiva y racional de los trastornos mentales. Merece por ello incluir una cita de este tratado, aunque hayamos de confesar que es de segunda o tercera mano. Matías habría escrito que en la cleptomanía el control volitivo está profundamente comprometido: el paciente se ve constreñido a ejecutar actos que no son dictados ni por su razón ni por sus emociones, actos que su conciencia desapueba; pero no muestra una intención deliberada. Y ello porque, según el mismo autor, aunque el sujeto frecuentemente se esfuerza en evitar el comportamiento prohibido, por su propia naturaleza el impulso de realizarlo es irresistible. Más modernamente, las nosologías canónicas, DSM-IV y CIE-X, incluyen la cleptomanía entre los trastornos del control de los impulsos, describiéndola, en términos que no se alejan mucho de los de Matías, como una patología caracterizada por la imposibilidad repetida de resistir a los impulsos de sustraer objetos,

que no son hurtados o robados por su utilidad inmediata o por su valor monetario. El sujeto sufre un estado de tensión creciente antes del acto, que llega a ser insoportable y que sólo se alivia al ceder al impulso, dejando paso a un sentimiento de relajación y satisfacción durante e inmediatamente después de la realización del hurto o robo, luego sucedido por el sentimiento de culpa. El impulso llega de manera inesperada, sin planearlo previamente, y resulta irrefrenable para el enfermo. Éste es consciente en todo momento de la antijuridicidad de su conducta, por lo que la euforia del paso a la acción desaparece rápidamente, dando lugar a sentimientos de culpa, ansiedad y estados depresivos. El cleptómano actúa en solitario, se arriesga, no le sirve la experiencia anterior ni la culpa para que desaparezca la conducta patológica. Como criterio de diagnóstico negativo se señala que en la cleptomanía la sustracción no es cometida para expresar rabia o venganza, y tampoco es una respuesta a un delirio o a una alucinación. Así acotada nosológicamente, la cleptomanía, con frecuencia asociada a otros trastornos, es un desorden del control de los impulsos raro de encontrar, calculándose que sólo del uno al ocho por ciento de los hurtos o robos en establecimientos comerciales son cometidos por cleptómanos. Por cleptómanas, habría acaso que decir, pues se trata de una patología que afecta sobre todo a mujeres, especialmente en la treintena, tendiendo a decrecer con la edad. Pues bien, si se acepta que la cleptomanía es una patología psíquica de las características descritas en el fundamento anterior, forzosamente habrá de convenirse entonces en que el cleptómano no es penalmente imputable por los pequeños hurtos o robos que cometa bajo el impulso de su trastorno; puesto que en ese momento no es accesible a la motivación por la norma penal, dominado como está por un impulso que todos los autores describen como irresistible o irrefrenable de cometer la acción antijurídica para aliviar la tensión insoportable que padece. El hurto del cleptómano es un supuesto paradigmático de aplicación del art. 20.1 del Código Penal: el sujeto activo, a causa de su anomalía psíquica, es capaz de comprender la ilicitud del hecho, pero no de actuar conforme a esa comprensión, pues no puede refrenar el impulso criminal que le domina a su pesar. La proyección del criterio expuesto sobre el caso de autos sólo puede llevar a la conclusión estimatoria del recurso, con la consiguiente absolución de la acusada por razón de inimputabilidad. En efecto, el hecho enjuiciado presenta todas y cada una de las características definidoras del típico hurto cleptómano, salvo acaso el del valor de lo sustraído, ciertamente no despreciable, pero que parece deberse a un factor puramente aleatorio y circunstancial. La acusada, a su vez, presenta todos los rasgos patognomónicos de la cleptomanía hasta extremos que rozan la caricatura o el estereotipo. Basta para comprobarlo con leer el informe del facultativo del servicio de urgencias psiquiátricas al que la Policía, con prudente criterio, trasladó a la acusada durante su detención, por tener referencias de anteriores estancias en dicho servicio y de antecedentes autolíticos (diligencia policial, folio 4). Según el aludido informe (folio 10), la paciente, de treinta y ocho años de edad, refiere que desde hace años siente la necesidad imperiosa de coger objetos de las tiendas. Suele coger objetos de poco valor y a veces inservibles para ella. Cuando lo hace nota que se siente más tranquila. Además presenta una serie de vivencias de autorreferencia secundarias a este problema, pensando que la gente la crítica y sabe lo que hace. Si no supiéramos, por el informe médico forense (folios 19 a 21) que la acusada es una jornalera agrícola apenas alfabetizada, que suma con los dedos e ignora las restantes operaciones aritméticas elementales, pensaríamos que una autodescripción tan ajustada a los criterios diagnósticos de la cleptomanía no puede ser espontánea. Por si fuera poco, el aludido informe médico forense confirma la impresión diagnóstica del psiquiatra de urgencias, en el sentido de que la acusada padece además un retraso mental leve, que todavía dificulta más el control de los impulsos. En estas condiciones, la conclusión absolutoria resulta obligada, por nociva que resulte para los legítimos intereses político-criminales de la entidad comercial que ejerce la acusación particular, SAP Sevilla 697/2003, de 23 de diciembre [LA LEY 217693/2003].

El recurso pretende exclusivamente que el trastorno de control de impulsos consistente en la cleptomanía que padece el recurrente, que la Juez de Instancia valoró, como circunstancia atenuante analógica del art. 21-6 en relación con el 21-2, sea estimada como eximente completa al amparo del art. 20-1.^ª CP y, consiguientemente, la libre absolución del acusado. La pretensión es inadmisibles. Al margen de que uno de los hechos difícilmente puede justificarse o exculparse a la luz de la cleptomanía, pues se trata de un robo en casa habitada a la que accede tras violentar la puerta de entrada con una pala, es lo cierto que quien propone la eximente ha omitido la producción de la prueba en debida forma, pues, simplemente obra en autos un informe suscrito por el Médico Psiquiatra D. Javier R. N., designado por la defensa como perito, que habla de un trastorno del control de impulsos que genera un impulso irrefrenable comparable al que se presenta en las toxicomanías y en otras adicciones comportamentales; al margen de la valoración que tal informe pudiera suscitar en cuanto a su virtualidad justificadora de una eximente, es lo cierto que no se ha producido la prueba en legal forma, esto es, mediante comparecencia de dicho facultativo en el acto del juicio oral. Mal se puede hablar, pues, de una prueba pericial si no ha habido comparecencia del perito ante el Tribunal, y, por ende, no ha sido contrastada en la inmediación y contradicción del juicio oral, **SAP Pontevedra 35/2002, de 22 de abril**.

Trastornos de la inclinación sexual

— Fetichismo

Descartada, pues, que la agresión sexual cometida por el acusado hubiera estado generada por un impulso compulsivo irrefrenable al que no pudiera oponerse ningún freno inhibitorio de una voluntad plena y absolutamente vencida, la pretensión del recurrente no puede tener acogida, puesto que, por lo demás, ni la neurosis obsesiva, ni la parafilia de fetichismos que padece el acusado son trastornos susceptibles de fundamentar la exención de la responsabilidad que se pretende, ni son consideradas por la doctrina jurisprudencial de esta Sala como alteraciones psíquicas de entidad suficiente como para constituir una eximente incompleta, 693/1999, de 30 de abril [LA LEY 6390/1999].

— Pedofilia

768/2004, de 18 de junio, [LA LEY 1798/2004] afirma que «(...) la pedofilia diagnosticada no es una enfermedad mental que afecte siempre y del mismo modo a la imputabilidad de la persona afectada». Así se pone de manifiesto por el examen de 119/1997 [LA LEY 1422/1997], 1283/1997 [LA LEY 10357/1997], 971/1999 [LA LEY 8746/1999], 285/2003 [LA LEY 1392/2003] y 219/2003 [LA LEY 12339/2003]. Podemos leer en 285/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1392/2003]: «En cualquier caso, la “pedofilia” (búsqueda del placer sexual con los niños) es considerada por la psiquiatría como un trastorno o perversión sexual, como pueden serlo el exhibicionismo, el fetichismo, el sadismo y otros, estimándose que, en líneas generales, los sujetos afectados por estos trastornos son libres de actuar al tener una capacidad de querer, de entender y obrar plenas. Únicamente en los supuestos de que el trastorno de la sexualidad sea sintomático de una psicosis o en las situaciones de pasión desbordada, podría hablarse de una imputabilidad disminuida o, incluso, anulada; pero —como se ha dicho— tales supuestos o situaciones deberán haberse acreditado debidamente (cosa que no sucede en el presente caso); y, caso de concurrir, no cabe duda de que podrían dar lugar a la estimación de diferentes causas modificativas de la responsabilidad criminal: enfermedad mental, eximente incompleta, arrebatos, etc.». 285/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1392/2003] afirma que «(...) Por otra parte esta Sala ha estimado ordina-

riamente que una “pedofilia” moderada, es decir, una orientación sexual congruente con los actos de abuso de menores realizados, no impide ni limita la capacidad de actuar del acusado conforme a su conocimiento de la ilicitud de su acción. Ocasionalmente ha estimado esta La Sala Segunda una disminución de imputabilidad en sujetos afectos de pedofilia, pero se trataba de supuestos graves en que constataba dicha afectación asociada a otros trastornos psíquicos relevantes, por ejemplo toxicomanía, alcoholismo y neurosis depresiva (**144/1995, de 8 de febrero**). La SAP Cantabria 71/1999, de 9 de julio, con cita de diversas Sentencia del Tribunal Supremo, afirma respecto a esta enfermedad que «(...) El TS en STS 2 de febrero de 1998, con cita de una constante doctrina (SSTS de 22 de abril y 6 de noviembre de 1992 y 8 de marzo de 1995), recuerda, en síntesis, que en estos casos esa perversión sexual no debe reflejarse en circunstancia atenuante alguna, salvo que se asocien a enfermedades o intoxicaciones, o concurren circunstancias excepcionales que potencien el desequilibrio afectivo, característico de las psicopatías (...). La **SAP Segovia 2/2003, de 10 de febrero**, también se refiere a la pedofilia y analiza de manera genérica también la enfermedad mental y su relación con el concepto jurídico de imputabilidad, diciendo que «(...) En este sentido y como ya tiene dicho esta Sala, debe partirse de que la más reciente jurisprudencia (SSTS de 22 de abril de 1988, 5 de octubre de 1991, 17 de febrero de 1993, 31 de mayo de 1994, 13 de junio de 1994, 23 de noviembre de 1996, 27 de septiembre de 1997, 5 de noviembre de 1999) entiende, de conformidad con la doctrina psiquiátrica y con la novena revisión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades Mentales elaborada por la OMS, que las psicopatías constituyen desequilibrios caracterológicos e integran enfermedades mentales de carácter endógeno, originadoras de trastornos de temperamento, de conducta y de la afectividad, con merma sensible de ésta, y que pueden merecer, en principio, una disminución de la pena». Esta doctrina es matizada, en la determinación de lo que debe ser su aplicación a cada caso concreto, en la más reciente STS de 16 de noviembre de 1999, cuando analizándola, señala que las condiciones legales para un correcto afrontamiento del problema de los trastornos de la personalidad y su influencia en la responsabilidad criminal han mejorado sustancialmente con el nuevo CP que se promulgó por la LO 10/1995, pues la insuficiente alusión al enajenado del art. 8.1.º del viejo Texto ha sido sustituida, en el art. 20.1.º del vigente, por la expresión «cualquier anomalía o alteración psíquica», mucho más amplia y comprensiva, y por otra parte, la interpretación biológico-psicológica de la fórmula legal que, en el pasado, realizaron los Tribunales, ahora es adelantada por el legislador que exige, para que la anomalía o alteración psíquica exima de responsabilidad, que el sujeto, a causa de ella, «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión» al tiempo de cometer la infracción penal, por lo que tal modificación permite ya, sin esfuerzo alguno, incluir en el ámbito de esta circunstancia modificativa de la responsabilidad a los trastornos de la personalidad, SAP Madrid 99/2008, de 9 de julio [LA LEY 86615/2008].

Oligofrenia

La jurisprudencia establecida en Sentencia, entre otras, 785/2002, de 25 de abril [LA LEY 6668/2002], 21 octubre de 1988, 15 de julio, 8 de septiembre, 14 de octubre de 1994, 30 de noviembre de 1996 y 31 de julio de 1998, etc., califica la oligofrenia como una perturbación de la personalidad de carácter endógeno que supone una desarmonía entre el desarrollo físico y somático del sujeto y su desarrollo intelectual o psíquico, constituyendo un estado deficitario de la capacidad intelectual, que afecta al grado de imputabilidad, 840/2006, de 20 de julio [LA LEY 77517/2006].

Señala el A 108/2005, de 21 de diciembre [LA LEY 299538/2005] (en el mismo sentido, 1540/2001, de 24 de octubre [LA LEY 189534/2001], **1838/1999, de 27 de abril**), que la juris-

prudencia de esta Sala ha aceptado la triple distinción que la psiquiatría ha establecido dentro de la oligofrenia, entre:

a) La profunda o idiocia, con coeficiente mental por debajo del 25%, y edad mental por debajo de los cuatro años, por lo que determina una irresponsabilidad total.

b) La oligofrenia de mediana intensidad o imbecilidad, en la que el coeficiente mental oscila entre el 25 y 50 por 100, y la edad mental entre los cuatro y los ocho años, que determina una responsabilidad penal limitada por el juego de la eximente incompleta de enajenación mental.

c) La oligofrenia mínima o debilidad mental, en la que el coeficiente intelectual se mueve entre el 50 y 70 por 100, la edad mental entre los 8 y los 9 años, y la responsabilidad penal se considera disminuida por el juego de una atenuante simple; y finalmente los *border lines*, o torpes, cuyo coeficiente mental supera el 70%, son considerados en general imputables penalmente.

Partiendo de las pautas psicométricas que ofrecen los resultados de los test de personalidad e inteligencia, se viene considerando que cuando la carencia intelectual es severa, de modo que el afectado tenga un coeficiente inferior al 25% de lo normal, la oligofrenia debe calificarse de «profunda» y su consecuencia penal debe ser la apreciación de una eximente completa; cuando el coeficiente se sitúa entre el 25 y el 50% la oligofrenia puede calificarse como de mediana intensidad, correspondiéndole penalmente el tratamiento de una eximente incompleta. Y cuando el cociente intelectual se encuentra situado entre el 50 y el 70%, se califica de oligofrenia ligera o de mera debilidad o retraso mental, debiendo ser acreedora de una atenuando analógica, siendo por lo general plenamente imputables los afectados por una mera torpeza mental, con coeficientes situados por encima del 70%, (840/2006, de 20 de julio [LA LEY 77517/2006]), todo ello sin excesiva rigidez (STS 8 de septiembre de 1992), dada la diversidad de orígenes y naturaleza de esta afectación (785/2002, de 25 de abril), A 1424/2006, de 21 de junio [LA LEY 304375/2006].

El criterio mixto, biológico-psicológico seguido en el Código Penal, exige no sólo el diagnóstico de una anomalía psíquica, sino que en el caso haya impedido al sujeto conocer la ilicitud del hecho o ajustar su conducta a esa comprensión, 143/2009, de 17 de febrero [LA LEY 14402/2009].

La declaración civil de incapacidad mediante Sentencia por retraso mental leve del acusado, no condiciona su total exención de responsabilidad penal, siendo apreciada tal circunstancia como eximente incompleta al no tener anuladas totalmente sus facultades cognoscitivas e intelectivas, aunque sí disminuidas de forma importante (418/2004, de 29 de marzo [LA LEY 12322/2004]).

Se rechaza la aplicación de la eximente —tanto completa como incompleta— porque que el acusado fuera fácilmente influenciado no significa que cometiera la infracción a causa de esta anomalía o alteración psíquica, máxime si se tiene en cuenta que en el supuesto enjuiciado dicho acusado asumió un papel director y no subordinado (125/2004, de 20 de enero [LA LEY 11585/2004]).

Epilepsia

Dice la doctrina psiquiátrica que son tantas las variedades que ofrece esta enfermedad que no se debe hablar de epilepsia, sino de epilepsias. Con referencia a la modalidad más conocida de todas, al parecer la más grave, la llamada genuina o esencial, la que lleva consigo los ataques

denominados del «gran mal», dijo la Sala Segunda lo siguiente en el fundamento de derecho tercero de su Sentencia de 16 de noviembre de 1990: «La referida enfermedad mental se caracteriza porque con intervalos más o menos largos ocasiona en el sujeto unos episodios (crisis o ataques epilépticos) en los cuales se produce una total pérdida del conocimiento, de tal modo que en esos momentos, así como en los que inmediatamente los preceden y los siguen, la conducta del enfermo es un hecho meramente mecánico que no puede conceptuarse como comportamiento propiamente humano y que en su valoración jurídica va más allá de la aplicación de la eximente de enajenación del núm. 1.º del art. 8.º del CP 1973 para encuadrarse en la falta de acción u omisión a que se refiere el párrafo 1.º del art. 1 de dicho Código. La problemática más difícil de resolver en relación a estos enfermos no es la que se produce como consecuencia de su conducta en el momento de la crisis o en los instantes que la preceden o siguen, sino la que se refiere a la valoración de su comportamiento cuando existe una verdadera acción u omisión penada por la Ley precisamente fuera del ataque epiléptico, en los llamados momentos interparoxísticos, pues la repetición de estas crisis va deteriorando el cerebro y puede llegar incluso a producir una verdadera demencia con exclusión total de la responsabilidad criminal por aplicación del núm. 1.º del art. 8.º. Pero, sin llegar a tal situación extrema, el epiléptico, cuando la lesión cerebral ha adquirido cierta importancia por la repetición o por la intensidad de los ataques, puede ser considerado como un verdadero enfermo mental, por haberse producido en su personalidad una especial irritabilidad de modo que pudiera llegar a reaccionar ante estímulos menores con singular violencia dando lugar en ocasiones a crímenes especialmente escandalosos por su brutalidad, o, en menor grado, a acciones explosivas impropias de un hombre normal. En estos casos, con mayor o menor intensidad, no existe en el enfermo una posibilidad de motivación normal en su conducta, de modo que no puede comportarse ante el mandato que le impone la norma jurídico-penal como lo podría haber hecho un ciudadano ordinario en sus mismas circunstancias, y por ello ha de hablarse en tales supuestos de un verdadero enajenado, en mayor o menor grado, con posibilidad de aplicación del núm. 1.º del art. 8.º, bien como eximente completa o como incompleta al amparo del núm. 1.º del art. 9.º. Pero también puede ocurrir que existan enfermos que hayan sufrido ataques epilépticos, acreditados mediante los correspondientes informes médicos, en los cuales no se haya producido esa alteración en su personalidad, de tal modo que su comportamiento en los referidos momentos interparoxísticos sea equivalente al de una persona normal, lo que se revela por los detalles concretos de su conducta delictiva, bien sea porque la enfermedad se encuentra controlada por la medicación que se le está suministrando, bien porque la lesión cerebral producida sea mínima o por otra razón que un buen informe psiquiátrico pudiera poner de manifiesto. En estos casos los Tribunales han de examinar con minuciosidad los detalles del suceso, las declaraciones de todos los participantes y testigos y, sobre todo, los dictámenes periciales existentes, a fin de averiguar si se produjo o no alguna manifestación externa del actuar típico del temperamento propio del epiléptico. Pues pudiera ocurrir que del estudio de esos elementos de prueba se dedujera que en el caso concreto el sujeto actuó con una capacidad de motivación igual o similar a la de una persona normal, en cuyo caso habría de entenderse que la epilepsia no tuvo ninguna repercusión en el comportamiento del infractor, o, a lo sumo, si pudiera observarse alguna incidencia de menor importancia, sería aplicable la circunstancia atenuante por analogía del núm. 10 del art. 9 del Código Penal. En resumen, y en esto la jurisprudencia de esta Sala es abundante y unánime (SSTS de 31 de enero de 1985, 24 de octubre de 1984, 14 de marzo de 1984, 2 de marzo de 1988, 16 de diciembre de 1988, 27 de febrero de 1989, 27 de marzo de 1989, 21 de abril de 1989 y 26 de junio de 1989, entre otras muchas), ha de estarse al caso concreto para determinar el alcance de la responsabilidad penal de un epiléptico cuando éste ha obrado en un momento en el que no se encontraba bajo la influencia de uno de los ataques o crisis característicos de esta enfermedad,

siendo tal determinación una cuestión de valoración jurídica de tal modo que la conclusión a que hubiera llegado la Audiencia siempre podría ser discutida a través del recurso de casación por la vía del núm. 1.º del art. 849, aunque en la relación de hechos probados se hubiera precisado la incidencia concreta de la enfermedad en la imputabilidad del sujeto sometido al proceso penal». En esta misma línea, en el fundamento de Derecho cuarto de 421/1999, de 18 de marzo, ya bajo la vigencia del CP 95, podemos leer lo siguiente: «la epilepsia puede producir, cuando las crisis son importantes por su profundidad o por su repetición, un deterioro intelectual que puede ocasionar verdaderas demencias; pero puede suceder que, pese a los muchos años de permanencia de la enfermedad, como aquí ocurrió (desde los 7 a los 46 años), se conserven las facultades intelectuales de modo suficiente como para que se pueda decir que, en el caso del concreto delito cometido, estas facultades se poseían en grado tal que la enfermedad puede considerarse irrelevante para la medida de la imputabilidad subjetiva. Por eso, evidentemente no hay contradicción en que realmente una persona padezca de crisis epiléptica y que sus facultades mentales se conserven de forma tal que se pueda afirmar que el sujeto puede comprender la ilicitud del hecho y puede actuar conforme a esa comprensión (art. 20.1.ª, 2.ª y 3.ª CP)», 198/2006, de 27 de febrero [LA LEY 14402/2009].

Tratándose de epilepsia, hemos entendido que, cuando la enfermedad está larvada, el enfermo es perfectamente consciente de sus actos, apareciendo la disminución o carencia de frenos inhibitorios en los estados crepusculares, precrepusculares o cuasi crepusculares (945/1999, de 14 de junio), y que lo que excluye la capacidad de culpabilidad en el supuesto de la epilepsia es que quien la padece haya actuado en estado de crisis epiléptica, mientras que el simple padecimiento de la enfermedad no excluye, ni disminuye, por sí mismo, la capacidad de culpabilidad (724/1999, de 12 de mayo y 642/2002, de 17 de abril), 2167/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 1546/2003].

Trastorno mental transitorio

Señala 456/2009, de 27 de abril [LA LEY 58216/2009], transcribiendo a 6 de julio de 2001 [LA LEY 137226/2001] que «**el trastorno mental transitorio afectante de modo hondo y notorio a la imputabilidad, supone una perturbación de intensidad psíquica idéntica a la enajenación, si bien diferenciada por su temporal incidencia.** Viene estimándose que dicho trastorno, con fuerza para fundar la eximente, supone, generalmente sobre una base constitucional morbosa o patológica, sin perjuicio de que en persona sin tara alguna sea posible la aparición de indicada perturbación fugaz, una reacción vivencial anormal, tan enérgica y avasalladora para la mente del sujeto, que le priva de toda capacidad de raciocinio, eliminando y anulando su potencia decisoria, sus libres determinaciones volitivas, siempre ante el choque psíquico originado por un agente exterior, cualquiera que sea su naturaleza. **Fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable.** En el entendimiento de que la eximente completa requiere la abolición de las facultades volitivas e intelectivas del sujeto, prevalece la eximente incompleta cuando el grado de afección psíquica no alcanza tan altas cotas (STS de 15 de abril de 1998)». **Se caracteriza normalmente por una situación de alteración psíquica que la ciencia psiquiátrica denomina de cortacircuito y, que de forma súbita, anula la capacidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión.** El trastorno mental transitorio no puede ser clasificado, como es lógico, entre las patologías mentales, por lo que su pervivencia obedece a una inercia histórica no superada, pero que hay que encuadrar en su propio entorno actual, que no es otro que esa pérdida del control

le impide reflexionar sobre la ilicitud del hecho. Ello nos lleva a considerar que la circunstancia tiene un más estrecho parentesco con un miedo insuperable súbito y más cercanamente con el denominado clásicamente arrebato que tiene la afinidad de la explosión súbita repentina e inesperada ante un situación que justifique o explique tal situación de descoordinación y valoración. La jurisprudencia ha puesto de relieve la anterior afinidad al considerar que puede tener su origen en un acontecimiento exógeno atribuyendo su aparición a un choque psíquico ante situaciones múltiples, evaluables en cada caso concreto, que puedan perturbar la razón humana. En definitiva, a pesar de las oscilaciones jurisprudenciales ante un hecho que siempre se ha observado con reservas ya que no sólo produce la exención de la responsabilidad criminal sino que impide la aplicación de medidas de seguridad alternativas, ya que persiste la teoría de que el trastorno mental una vez desaparecido, hacer reaparecer a un ser normal que no necesita atención psiquiátrica. Faltan criterios, científicamente rigurosos, que admitan que existe una conformación del carácter o de la personalidad, es decir, trastornos de la personalidad que lleven a una persona a la explosión incontrolada de su comportamiento en un instante comparado a un relámpago. Tal concepción no es admisible, por lo que, ajustándonos a los parámetros legales y jurisprudenciales, debemos mantenernos en el requisito de la breve duración y de la respuesta instantánea, lo que es incompatible con una actuación más o menos sopesada que lleva al sujeto, como en este caso, a reaccionar de forma controlada dirigiéndose hacia su caravana tomando un arma, disparando indiscriminadamente contra la caravana de su oponente y, pasado un tiempo, cuando lo visualiza personalmente, le dispara de forma que éste no puede reaccionar. Esta valoración de conducta nos lleva a considerar que la situación en la que se encontraba era la de un desajuste de su personalidad emocionalmente desequilibrado por la creencia de que su hijo había muerto y a la puesta en escena de una reacción de venganza, matando al que consideraba como homicida de su hijo. La apreciación de la Sentencia está perfectamente ajustada a la características de los hechos y no pasa de ser un estímulo emocional, atenuante en este caso, muy cualificada, 247/2009, de 12 de marzo [LA LEY 14628/2009].

Señala STS Sala de lo Militar de 6 de marzo de 2006 [LA LEY 508/2006] que el trastorno mental transitorio ha perdido la individualidad que tenía en el CP antiguo, donde distinguía entre enajenación mental, por un lado, y trastorno mental transitorio, por otro. Ahora, el trastorno mental transitorio se incluye dentro de lo que el CP denomina «alteraciones psíquicas», **cobrando validez la doctrina penal conforme a la cual se exige para apreciar dicha circunstancia por la vía de las alteraciones psíquicas:**

1. Aparición brusca y fulgurante.
2. Irrupción en la mente del sujeto activo.

3. Abolición de las facultades intelectivas y volitivas, anulación del libre albedrío, privación de razón y voluntad consciente, anulación de las facultades anímicas, exclusión de inteligencia y voluntad, privación total de las facultades psíquicas, anulación completa de la conciencia y abolición de todo freno inhibitorio, privación de la capacidad de raciocinio y de la libertad de la voluntad, claudicación de facultades volitivas.

4. Breve duración.

5. Curación sin secuelas, requisito éste de difícil cumplimiento cuando el trastorno tiene origen patológico.

En este sentido, SSTS, 27 septiembre 1988, 15 octubre 1990, 3 mayo 1991, 8 julio 1992, 402/1995, de 22 marzo, 359/1996, de 29 abril, 380/1997, de 25 de marzo [LA LEY 4815/1997], 527/1997 de 22 de abril [LA LEY 6135/1997] y 631/1997, de 6 de mayo [LA LEY 7223/1997].

El trastorno no debe ser provocado por el que lo padece con el propósito de delinquir o bien lograr la impunidad de sus actos ilícitos, tal y como recoge el párrafo segundo del art. 20.1.º del Código Penal, en aplicación de la doctrina de la *actio libera in causa*, que ha sido ampliada por el texto de 1995, en el sentido de excluir la aplicación de la eximente cuando «hubiera previsto o debido prever su comisión», con lo que está excluyendo la concurrencia de la eximente en casos de dolo eventual o imprudencia, A de 25 de febrero de 2002 [LA LEY 225795/2002].

En la actualidad, se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la **actio libera in causa**. Por un lado, el llamado «modelo de la excepción», que considera que esta figura se justifica como una excepción, fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio establecido en el art. 8.1.ª CP (1973), que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro el «modelo de la acción típica», que considera como acción típica la **causa libera**, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad [art. 25.1 CE] que no es posible admitir en esta materia, así como —según lo han destacado numerosos autores— en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia. El Tribunal a quo, por el contrario, entiende que la doctrina de la *actio libera in causa* se fundamenta en una «ficción jurídica» (cfr. FJ. 4.º de la Sentencia recurrida) que en modo alguno requeriría que el autor haya causado por sí mismo el estado de incapacidad en el que luego tiene lugar la consumación del delito. En la doctrina más reciente se ha señalado, con razón —en contra de soluciones semejantes—, que si se prescinde de la conexión causal del comportamiento previo con el resultado, como fundamento de la imputación, el dolo y la culpa pierden toda relación con la acción y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad sobre el mismo hecho. Dicho de otra manera: la causa libremente puesta, que da lugar al comienzo de hecho, debe ser imputable al autor y, por lo tanto, ello requiere que sea éste quien la haya introducido en el curso del suceso. Ésta forma de entender la *actio libera in causa* ha sido también reflejada en los textos legales que han regulado expresamente esta materia. En este sentido se debe recordar el art. 87 del Códice Penale italiano que establece que no se considerará inimputable «al que se haya puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa». Desde la perspectiva del llamado modelo de la acción típica, por lo tanto, resulta claro que la *actio libera in causa* presupone que el autor haya causado su propio estado de incapacidad, pues precisamente en ello se basa la posibilidad de considerar la acción previa, que elimina la capacidad, como adecuada al tipo de delito consumado en estado de inimputabilidad. Dicho de otra manera: la causa de la muerte, en todo caso, debe haber sido puesta por el autor, por una decisión libre, es decir, adoptada con capacidad de culpabilidad (en su caso con capacidad disminuida de culpabilidad), pues de lo contrario no es posible configurar la acción típica de causar la muerte a otro. La acción típica, se ha dicho gráficamente, consiste en estos casos en eliminar la propia capacidad de culpabilidad. En el presente caso, sin embargo, el procesado no ha realizado una acción que haya determinado su incapacidad y, consecuentemente, no ha puesto libremente la causa que puede ser considerada como la acción típica que luego llevó a cabo con la seria y profunda perturbación de la conciencia que excluyó su imputabilidad. Por el contrario, este estado ha sido producto del

propio desarrollo progresivo de la perturbación que afectaba al procesado antes del comienzo de la acción, 829/1993, de 14 de abril [LA LEY 3316-5/1993].

Compatibilidad con agravantes

Es compatible la exigente completa de trastorno mental con alevosía y ensañamiento (47/2004, de 23 de enero [LA LEY 1003/2004]) y con alevosía (1110/2005, de 5 de octubre [LA LEY 14034/2005]).

Art. 20.2.º CP. El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

CONCORDANCIAS

LRRPM (§ 3.4): art. 5.2.

CP: arts. 96.3, 97, 102, 104, 118, 119, 379 y Disp. Adic. 1.ª.

CPM: art. 21.

Consideraciones generales

El hecho de ser consumidor de drogas o adicto al alcohol, no da lugar a la apreciación de atenuante alguna. Para atenuar la responsabilidad a causa de una disminución de la capacidad de culpabilidad por este motivo es preciso que se acredite suficientemente: 1) O bien la existencia de una grave adicción a esas sustancias, a causa de la cual se comete el delito, dando lugar entonces a la atenuante del art. 21.2 del Código Penal. 2) O bien una intoxicación o un síndrome de abstinencia que perturben profundamente, sin anularlas, la capacidad de comprensión de la ilicitud del acto o la capacidad de actuar conforme a esa comprensión, lo que daría lugar a la exigente incompleta del art. 21.1.ª en relación con la exigente del art. 20.2, ambos del Código Penal o, según los casos, a una atenuante muy cualificada. 3) O bien una alteración psíquica debida al consumo de drogas o de alcohol que, igualmente, afecte profundamente a las mencionadas capacidades, lo que daría lugar a la exigente incompleta del art. 21.1, en relación con el art. 20.1. 4) O bien una afectación menor de las mencionadas capacidades debido a cualquiera de las razones mencionadas en los apartados 2 y 3, lo que daría lugar a la atenuante analógica, A1376/2009, de 20 de mayo [LA LEY 104797/2009].

Consumo de bebidas alcohólicas

En la actualidad han de ser reconocidos a la intoxicación etílica efectos exoneradores de la responsabilidad criminal, de acuerdo con el art. 20.2.º C.P **cuando impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión —la embriaguez anteriormente llamada plena por la profunda alteración que produce en las facultades cognoscitivas y volitivas— y siempre que no haya sido buscada de propósito para cometer la infracción criminal y que ésta no hubiese sido prevista o se hubiera debido prever**, presupuestos que coinciden con el clásico requisito de la embriaguez fortuita o casual ahora más clarificado con la expresa exclusión

de la embriaguez culposa, 648/2009, de 23 de junio [LA LEY 119102/2009] 753/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 184772/2008].

Señala 357/2005, de 20 de abril [LA LEY 312317/2005], que debemos recordar que la embriaguez conlleva situaciones diferentes en el ámbito penal que es necesario distinguir y analizar. Así A de 19 de julio de 2000, con cita de la STS de 7 de octubre de 1998, precisa:

a) **Cuando la embriaguez es plena y fortuita** se está ante una eximente completa por trastorno mental transitorio. Eximente ampliamente abordada por la jurisprudencia que la considera como reacción anormal tan enérgica y avasalladora para la muerte del sujeto que le priva de toda capacidad de raciocinio eliminando y anulando su capacidad compresiva y volitiva, en expresión de la STS de 15 de abril de 1998 «fulminación de conciencia tan intensa y profunda que impide al agente conocer el alcance antijurídico de su conducta despojándole del libre arbitrio que debe presidir cualquier proceder humano responsable».

b) **Cuando la embriaguez es fortuita pero no plena** se puede llegar a la eximente incompleta si las facultades intelectivas y volitivas se encuentra seriamente disminuidas cuando la ejecución de los hechos.

La eximente será incompleta, a tenor de lo dispuesto en el art. 21.1.º CP cuando la embriaguez no impida pero dificulte de forma importante la comprensión de la ilicitud del hecho cometido bajo sus efectos o la actuación acorde con esa comprensión, quedando excluida la eximente, aun como incompleta, en los supuestos de embriaguez preordenada o culposa, del mismo modo que en el pasado se exigía que fuese fortuita para integrar la eximente incompleta de trastorno mental transitorio, 648/2009, de 23 de junio [LA LEY 119102/2009]. Cuando la intoxicación no es plena, pero la perturbación es muy importante sin llegar a anular la mencionada capacidad de comprensión o de actuación conforme a ella, la embriaguez dará lugar a una eximente incompleta, 753/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 184772/2008].

c) **No siendo habitual ni provocada con el propósito de delinquir**, se estará ante una atenuante, incluso como muy cualificada si sus efectos han sido especialmente intensos;

Con referencia a la embriaguez, se requiere la exigencia de ser conocida y que llegue en su intensidad y grado a perturbar la inteligencia y a limitar la voluntad, sin que la mera ingestión de bebidas alcohólicas dé lugar a la aplicación de la atenuante (1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001] y 1165/2002, de 17 de junio [LA LEY 7346/2002], 1521/2004, de 14 de diciembre [LA LEY 414/2005] y 899/2005, de 7 de julio [LA LEY 13272/2005]). Procederá la atenuación de la responsabilidad únicamente cuando quede acreditado que la ingesta de alcohol produjo una afectación leve de las facultades volitivas o intelectivas del sujeto (846/2003, de 13 de junio [LA LEY 105616/2003] y 133/2005, de 7 de febrero [LA LEY 12330/2005]). La ingestión de bebidas alcohólicas y otras drogas no es suficiente para aplicar la atenuación de la responsabilidad si ello no alteró su conciencia y voluntad en el momento de los hechos (1012/2005, de 8 de septiembre [LA LEY 13575/2005]).

d) **Cuando la disminución de la voluntad y de la capacidad de entender ha sido leve**, cualesquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan, únicamente puede ser apreciada la atenuante analógica.

Desaparecida del elenco de circunstancia atenuantes la que en el CP derogado figuraba en el número 2.º del art. 9.º, cabe preguntarse cuál es el efecto modificativo de la responsabilidad criminal que debe entenderse en una embriaguez alcohólica que (siendo voluntaria e incluso culposa con propósito de delinquir) produzca, bien una sensible obnubilación en la capacidad del sujeto para comprender el alcance de sus actos, bien un relajamiento igualmente sensible de los frenos inhibitorios, es decir, de la capacidad para dirigir el comportamiento de acuerdo con las normas asimiladas en el proceso de socialización. En tal caso, y no siendo imaginable que la voluntad legislativa de 1995 haya sido negar todo efecto atenuatorio de la responsabilidad penal a una situación que supone un mayor o menor aminoramiento de la imputabilidad, la embriaguez debe ser reconducida a la circunstancia prevista en el número 6.º del art. 21 CP vigente, eso es, cualquier otra «de análoga significación que las anteriores», siendo evidente que existe analogía no identidad entre una cierta alteración de las facultades cognoscitivas y/o volitivas producida por una embriaguez voluntaria o culposa y una perturbación de mayor intensidad que es consecuencia, además, de una embriaguez adquirida sin previsión ni deber de prever sus eventuales efectos, que es la contemplada como eximente incompleta en el número 1.º del art. 21 puesto en relación con el número 2.º del art. 20, ambos del CP, 648/2009, de 23 de junio [LA LEY 119102/2009].

Por lo que se refiere al **alcoholismo**, recuerda 305/2003, de 5 de marzo, «que el crónico, que se describe bajo la eufemística expresión de enolismo de larga duración, ha sido considerado tradicionalmente por nuestra jurisprudencia, como un supuesto que, analizado en cada caso concreto, puede llevarnos, ciertamente, a la estimación de una eximente completa o incompleta, 439/2004, de 25 de marzo [LA LEY 1217/2004]. En supuestos de adición acreditada del sujeto a las bebidas alcohólicas, dicha dependencia por sí sola será relevante si además concurren alguna de las siguientes condiciones: o bien la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas que tengan su causa en dicha adición, lo que podrá constituir también base para estimar la eximente completa o incompleta según el grado de afectación del entendimiento o la voluntad; o, en segundo lugar, por la vía de la atenuante del art. 21.2 CP, atendida su relevancia motivacional, supuesta la gravedad de la adición, debiendo constatarse una relación causal o motivacional entre dependencia y perpetración del delito. Al contrario de lo que sucedía en el CP de 1973, que sólo consideraba atenuante la embriaguez no habitual, ahora no atenuará la pena la embriaguez u otra intoxicación que no sea causada por una grave adición. No basta el consumo de bebidas alcohólicas para que se entienda siempre disminuida la imputabilidad y la responsabilidad penal del sujeto, 1440/2000, de 21 de septiembre, 357/2005, de 22 de marzo [LA LEY 11915/2005]».

La eximente del art. 20.2.º CP se rige por las reglas de la *actio libera in causa*, de tal manera que no será de apreciar cuando ha sido buscada de propósito para cometer el delito o la comisión del delito haya sido previsible (1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001], 908/2002, de 25 de mayo [LA LEY 99850/2002] y 942/2003, de 30 de marzo). Si el sujeto era consciente de los efectos que producía en él el alcohol y, a pesar de ello, lo tomaba, tenía que prever la violencia de su conducta en el momento anterior a la ingestión de bebidas alcohólicas y, en consecuencia, no es aplicable la eximente (606/2005, de 11 de mayo [LA LEY 12644/2005]). En la actualidad se conocen dos explicaciones diferentes de la figura de la *actio libera in causa*. Por un lado, el llamado «modelo de la excepción», que considera que esta figura se justifica como una excepción, fundamentada por el derecho consuetudinario, del principio establecido en el art. 8.1.ª CP (1973), que requieren la coexistencia temporal de la realización de la acción y la capacidad de culpabilidad (o imputabilidad subjetiva). Por otro el «modelo de la acción típica», que considera como acción típica la *causa libera*, es decir, la acción que causa la desaparición de la capacidad

de culpabilidad. El primero de estos modelos se apoya en una excepción del principio de legalidad [art. 25.1 CE] que no es posible admitir en esta materia, así como —según lo han destacado numerosos autores— en una dudosa concepción del principio de culpabilidad. Por lo tanto, el modelo de la acción típica mantiene en la actualidad su preferencia. El Tribunal a quo, por el contrario, entiende que la doctrina de la *actio libera in causa* se fundamenta en una «ficción jurídica» (cfr. FJ 4.º de la Sentencia recurrida) que en modo alguno requeriría que el autor haya causado por sí mismo el estado de incapacidad en el que luego tiene lugar la consumación del delito. En la doctrina más reciente se ha señalado, con razón —en contra de soluciones semejantes— que si se prescinde de la conexión causal del comportamiento previo con el resultado, como fundamento de la imputación, el dolo y la culpa pierden toda relación con la acción y ya no pueden fundamentar un reproche de culpabilidad sobre el mismo hecho. Dicho de otra manera: la causa libremente puesta, que da lugar al comienzo de hecho, debe ser imputable al autor y, por lo tanto, ello requiere que sea éste quien la haya introducido en el curso del suceso. Esta forma de entender la *actio libera in causa* ha sido también reflejada en los textos legales que han regulado expresamente esta materia. En este sentido se debe recordar el art. 87 del Código Penale italiano que establece que no se considerará inimputable «al que se haya puesto en estado de incapacidad de entender o de querer con el fin de cometer el delito o de prepararse una excusa». Desde la perspectiva del llamado modelo de la acción típica, por lo tanto, resulta claro que la *actio libera in causa* presupone que el autor haya causado su propio estado de incapacidad, pues precisamente en ello se basa la posibilidad de considerar la acción previa, que elimina la capacidad, como adecuada al tipo de delito consumado en estado de inimputabilidad. Dicho de otra manera: la causa de la muerte, en todo caso, debe haber sido puesta por el autor, por una decisión libre, es decir, adoptada con capacidad de culpabilidad (en su caso con capacidad disminuida de culpabilidad), pues de lo contrario no es posible configurar la acción típica de causar la muerte a otro. La acción típica, se ha dicho gráficamente, consiste en estos casos en eliminar la propia capacidad de culpabilidad. En el presente caso, sin embargo, el procesado no ha realizado una acción que haya determinado su incapacidad y, consecuentemente, no ha puesto libremente la causa que puede ser considerada como la acción típica que luego llevó a cabo con la seria y profunda perturbación de la conciencia que excluyó su imputabilidad. Por el contrario, este estado ha sido producto del propio desarrollo progresivo de la perturbación que afectaba al procesado antes del comienzo de la acción, 829/1993, de 14 de abril [LA LEY 3310-5/1993].

Consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras de efectos análogos

El Código Penal aborda la incidencia de las drogas tóxicas o estupefacientes desde distintas situaciones a las que se corresponden distintas consecuencias. El examen de las causas de exención o de atenuación de la responsabilidad criminal permite comprobar que son dos los presupuestos que deben ser comprobados. De una parte, la existencia de un supuesto biopatológico que debe concretarse en un estado de intoxicación, en un síndrome de abstinencia resultante de la carencia, o en una grave adicción. En su determinación las pruebas periciales son básicas para afirmar la existencia de su necesaria concurrencia. De otra parte, el supuesto psicológico, que se concreta en la imposibilidad de comprender la ilicitud del acto, la de actuar conforme a esa comprensión, o la de actuar a causa de la grave adicción, esto es, en este supuesto la adicción se relaciona con la actuación delictiva. También en su acreditación, la prueba pericial es determinante, 594/2009, de 3 de junio [LA LEY 104421/2009].

Señala 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009] que como se ha dicho en 16/2009 de 27 de enero [LA LEY 623/2009]; 672/2007 de 19 de julio [LA LEY 79330/2007]; 145/2007 de 28 de febrero [LA LEY 8215/2007]; 1071/2006 de 9 de noviembre [LA LEY 138607/2006], 282/2004 de 1 de abril [LA LEY 12376/2004], las consecuencias penológicas de la drogadicción pueden ser encuadradas, dentro de la esfera de la imputabilidad, bien excluyendo total o parcialmente la responsabilidad penal (arts. 20.2 y 21.1 CP) o bien actuando como mera atenuante de la responsabilidad penal, por la vía del art. 21.2.^a del Código Penal, propia atenuante de drogadicción, o como atenuante analógica, por el camino del art. 21.6.^o **Los requisitos generales para que se produzca dicho tratamiento penológico en la esfera penal, podemos sintetizarles del siguiente modo:**

1) **Requisito biopatológico, esto es, que nos encontremos en presencia de un toxicómano,** cuya drogodependencia exigirá a su vez estos otros dos requisitos: a') que se trate de una intoxicación grave, pues no cualquier adicción a la droga sino únicamente la que sea grave puede originar la circunstancia modificativa o exonerativa de la responsabilidad criminal, y b') que tenga cierta antigüedad, pues sabido es que este tipo de situaciones patológicas no se producen de forma instantánea, sino que requieren un consumo más o menos prolongado en el tiempo, dependiendo de la sustancia estupefaciente ingerida o consumida. El Código Penal se refiere a ellas realizando una enumeración que por su función integradora puede considerarse completa, tomando como tales las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos.

2) **Requisito psicológico, o sea, que produzcan en el sujeto una afectación de las facultades mentales del mismo.** En efecto, la Sentencia 616/1996, de 30 septiembre, ya declaró que «no es suficiente ser adicto o drogadicto para merecer una atenuación, si la droga no ha afectado a los elementos intelectivos y volitivos del sujeto».

3) **Requisito temporal o cronológico, en el sentido que la afectación psicológica tiene que concurrir en el momento mismo de la comisión delictiva,** o actuar el culpable bajo los efectos del síndrome de abstinencia, requisito éste que, aún siendo necesario, cabe deducirse de la grave adicción a las sustancias estupefacientes, como más adelante veremos. Dentro del mismo, cabrá analizar todas aquellas conductas en las cuales el sujeto se habrá determinado bajo el efecto de la grave adicción a sustancias estupefacientes, siempre que tal estado no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción delictiva o no se hubiere previsto o debido prever su comisión (en correspondencia con la doctrina de las *actiones liberae in causa*, ver comentario anterior sobre el consumo de bebidas alcohólicas).

4) **Requisito normativo, o sea la intensidad o influencia en los resortes mentales del sujeto,** lo cual nos llevará a su apreciación como eximente completa, incompleta o meramente como atenuante de la responsabilidad penal, sin que generalmente haya de recurrirse a construcciones de atenuantes muy cualificadas, como cuarto grado de encuadramiento de dicha problemática, por cuanto, como ha declarado la Sentencia de 14 de julio de 1999, hoy no resulta aconsejable pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más adecuado en la eximente incompleta, con idénticos efectos penológicos.

La jurisprudencia ha considerado que la drogadicción produce efectos exculpatorios cuando se anula totalmente la capacidad de culpabilidad, lo que puede acontecer bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia directa del alucinógeno que anula de manera absolu-

ta el psiquismo del agente, bien cuando el drogodependiente actúa bajo la influencia de la droga dentro del ámbito del síndrome de abstinencia, en el que el entendimiento y el querer desaparecen a impulsos de una conducta incontrolada, peligrosa y desproporcionada, nacida del trauma físico y psíquico que en el organismo humano produce la brusca interrupción del consumo o la brusca interrupción del tratamiento deshabitador a que se encontrare sometido (Sentencia de 22 de septiembre de 1999). A ambas situaciones se refiere el art. 20-2.º del Código Penal, cuando requiere bien una intoxicación plena por el consumo de tales sustancias, impidiéndole, en todo caso, comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión, 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009].

La eximente incompleta precisa de una profunda perturbación que, sin anularlas, disminuya sensiblemente aquella capacidad culpabilística aun conservando la apreciación sobre la antijuridicidad del hecho que ejecuta. No cabe duda de que también en la eximente incompleta, la influencia de la droga, en un plano técnicamente jurídico, puede manifestarse directamente por la ingestión inmediata de la misma, o indirectamente porque el hábito generado con su consumo lleve a la ansiedad, a la irritabilidad o a la vehemencia incontrolada como manifestaciones de una personalidad conflictiva (art. 21.1.ª CP). Esta afectación profunda podrá apreciarse también cuando la drogodependencia grave se asocia a otras causas deficitarias del psiquismo del agente, como pueden ser leves oligofrenias, psicopatías y trastornos de la personalidad, o bien cuando se constata que en el acto enjuiciado incide una situación próxima al síndrome de abstinencia, momento en el que la compulsión hacia los actos destinados a la consecución de la droga se hace más intensa, disminuyendo profundamente la capacidad del agente para determinar su voluntad (STS de 31 de marzo de 1997), aunque en estos últimos casos sólo deberá apreciarse en relación con aquellos delitos relacionados con la obtención de medios orientados a la adquisición de drogas, 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009].

Respecto a la atenuante del art. 21.2 CP, se configura la misma por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto es realizada a causa de aquélla. El beneficio de la atenuación sólo tiene aplicación cuando exista una relación entre el delito cometido y la carencia de drogas que padece el sujeto, 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009]. Esta adicción grave debe condicionar su conocimiento de la ilicitud (conciencia) o su capacidad de actuar conforme a ese conocimiento (voluntad). Las SSTS 22.5.98 [LA LEY 6599/1998] y 5.6.2003 [LA LEY 236931/2003] insisten en que la circunstancia que como atenuante describe en el art. 21.2 CP es apreciable cuando el culpable actúe a causa de su grave adicción a las sustancias anteriormente mencionadas, de modo que al margen de la intoxicación o del síndrome de abstinencia, y sin considerar las alteraciones de la adicción en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto, se configura la atenuación por la incidencia de la adicción en la motivación de la conducta criminal en cuanto realizada «a causa» de aquélla (SSTS 4.12.2000 [LA LEY 222076/2000] y 29.5.2003 [LA LEY 10459/2004]). Se trataría así con esta atenuación de dar respuesta penal a lo que criminológicamente se ha denominado «delincuencia funcional» (STS 23.2.99 [LA LEY 35648/1999]). Lo básico es la relevancia motivacional de la adicción, a diferencia del art. 20.2 CP y su correlativa atenuante 21.1 CP, en que el acento se pone más bien en la afectación a las facultades anímicas. La STS de 28.5.2000 declara que lo característico de la drogadicción, a efectos penales, es que incida como un elemento desencadenante del delito, de tal manera que el sujeto activo actúe impulsado por la dependencia de los hábitos de consumo y cometa el hecho, bien para procurarse dinero suficiente para satisfacer sus necesidades de ingestión inmediata o trafique con drogas con objeto de alcanzar posibilidades de consumo a corto plazo y al mismo tiempo

conseguir beneficios económicos que le permitan seguir con sus costumbres e inclinaciones. Esta compulsión que busca salida a través de la comisión de diversos hechos delictivos, es la que merece la atención del legislador y de los Tribunales, valorando minuciosamente las circunstancias concurrentes en el autor y en el hecho punible. Respecto a su apreciación como muy cualificada, en STS 817/2006 de 26.7, recordábamos que la referida atenuante es aquella que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan destacarse y ser reveladoras del merecimiento y punición de la conducta del penado, SSTS 30.5.91, y en igual sentido 147/1998 de 26.3, y que no es aconsejable acudir en casos de drogadicción a la atenuante muy cualificada, pues los supuestos de especial intensidad que pudieran justificarla tienen un encaje más apropiado en la eximente incompleta.

Por último, cuando la incidencia en la adicción sobre el conocimiento y la voluntad del agente es más bien escasa, sea porque se trata de sustancias de efectos menos devastadores, sea por la menor antigüedad o intensidad de la adicción, más bien mero abuso de la sustancia lo procedente es la aplicación de la **atenuante analógica, art. 21.6 CP**. Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala SS 27.9.99 y 5.5.98, que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede, pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos, ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del Sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación, ya que la adición grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas. Es decir, para poder apreciarse la drogadicción sea como una circunstancia atenuante, sea como eximente, aún incompleta, es imprescindible que conste acreditada la concreta e individualizada situación del sujeto en el momento comisivo, tanto en lo concerniente a la adición a las drogas tóxicas o sustancias estupefacientes como al período de dependencia y singularizada alteración en el momento de los hechos y la influencia que de ello pueda declararse, sobre las facultades intelectivas y volitivas, sin que la simple y genérica expresión narradora de que el acusado era adicto a las drogas, sin mayores especificaciones y detalles pueda autorizar o configurar circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en ninguna de sus variadas manifestaciones (SSTS 16.10.00, 6.2, 6.3 y 25.4.01, 19.6 y 12.7.02). En la STS 21.3.01 se señala que aunque la atenuante de drogadicción ha sido en ciertos aspectos «objetivada» en el nuevo CP, no cabe prescindir de que la actuación del culpable sea causada, aunque sólo sea *ab initio*, por su adición grave el consumo de droga. La citada doctrina no es sino afirmación del reiterado criterio jurisprudencial de que las circunstancias modificativas de la responsabilidad han de estar acreditadas como el hecho típico de que dependen (SSTS 15.9.98, 17.9.98, 19.12.98, 29.11.99, 23.4.2001, STS 2.2.200, que cita STS 6.10.98, en igual línea SSTS 21.1.2002, 2.7.2002, 4.11.2002 y 20.5.2003, que añaden que no es aplicable respecto de las circunstancias modificativas el principio *in dubio pro reo*).

Compatibilidad con agravantes

Es compatible la eximente con abuso de superioridad (557/2005, de 27 de abril [LA LEY 12545/2005]).

Art. 20.3.º CP. El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

CONCORDANCIAS

LRRPM (§ 3.4): art. 5.2.

CP: arts. 60, 96.3, 97, 103, 104, 118, 119, 120 y Disp. Adic. 1.ª.

CC: arts. 211 y 1903.

CPM: art. 21.

La eximente del número tercero del art. 20, poseía su equivalente del CP 1973 (art. 8), «por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad», que vino a sustituir la redacción anterior a la LO 8/1983, que eximía de responsabilidad criminal «al sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción». Como se advierte en su antecedente la eximente 20-3.º **está integrada por una anomalía anatómica o genética ocasionada por deficiencias de la funcionalidad de los sentidos, que en la fase de aprendizaje impiden a quien la sufre la comunicación con el mundo externo con serio entorpecimiento del desarrollo psicológico en sus valores éticos y principios morales, que no llegan a ser comprendidos o interiorizados por estar sujeto el individuo a un aislamiento sensorial**, 170/2007, de 7 de marzo [LA LEY 8210/2007].

El primer presupuesto de la eximente se refiere a las alteraciones de la percepción. La consideración de las mismas, tras la reforma de 1983, pues de otra forma no se justificaría, permite asentarlas no sólo en las deficiencias sensoriales (sordomudez, ceguera, autismo...), siempre que sean causa de grave incomunicación socio-cultural, sino también en supuestos de alteraciones perceptivas consecuencia de situaciones trascendentes de dicha incomunicación por falta de instrucción o educación, de forma que el sujeto haya sufrido una merma importante e intensa en su acceso al conocimiento de los valores propios de las normas penales, pues tratándose de una causa de inimputabilidad la alteración debe proyectarse en relación con aquéllos, lo que la diferencia del error de prohibición donde se parte de la imputabilidad del sujeto, 139/2001, de 6 de febrero [LA LEY 31041/2001].

En segundo lugar, en el plano normativo-valorativo, la alteración de la conciencia de la realidad debe ser grave, elemento que puede servir de referencia para graduar su intensidad, eximente completa o incompleta, e incluso en supuestos de levedad la atenuante por analogía del art. 21.6 CP, 139/2001, de 6 de febrero [LA LEY 31041/2001]. Suele distinguirse en la estructura de la imputabilidad un elemento psicológico y otro normativo. A su vez, el elemento psicológico aparece enmarcado en un factor intelectual-valorativo y otro volitivo. Todos son precisos para, en primer término, aprehender la realidad y, posteriormente, una adecuada valoración o comprensión de la misma. El acto inicial del proceso es la percepción de la realidad circundante y, posteriormente, su asimilación, bien a través de la capacidad de aprendizaje, la educación o el empleo de la experiencia que le permita asociar determinadas sensaciones a vivencias anteriores dándoles un contenido concreto de desaprobación del hecho por su falta de acomodación a la norma, o, contrariamente, la confirmación de un actuar porque lo entiende permitido. En otras palabras, conocimiento y reconocimiento de una realidad que ha de ser valorada como positiva o negativa, según los parámetros de la sociedad, para garantizar la convivencia. En este sentido, el diccionario de la lengua al abordar el término percepción lo refiere a la acción o efecto de percibir y ésta, en su primera acepción, significa la aprehensión sensorial, para

compartirla con el significado comprender que supone, no sólo la percepción sensorial, sino su valoración en los términos antes señalados. En un segundo momento surge el factor volitivo, la capacidad de actuar conforme a la comprensión de la norma anteriormente reseñada. El sujeto que ha comprendido el alcance del mandato de la norma y ha valorado adecuadamente la trascendencia de sus actos potenciales, ha de adecuar el comportamiento a realizar al sentido de la norma. Esta capacidad se presenta con un doble contenido, en sentido positivo, de actuar conforme a la comprensión de la norma, o en sentido negativo, capacidad de inhibirse ante una posibilidad de actuar contra la norma. Los anteriores presupuestos deben estar causalmente relacionados de manera que la deficiencia en la percepción de la norma, factor cognitivo valorativo, le lleve a una actuación contraria a la norma, o no, conforme con su comprensión, factor volitivo, 1135/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 181081/2006]. Lo relevante en el estudio de la imputabilidad es la capacidad de motivación de la norma y la posibilidad de actuación conforme a la misma (no es difícil analizar su concurrencia desde una perspectiva psíquica: si el sujeto padece una anomalía psíquica grave podemos representarnos la afectación de su enfermedad en el contenido de la imputabilidad que se materializará, en función de la intensidad en la exención, completa o incompleta, de la responsabilidad penal o en su atenuación, conforme a los arts. 20.1, 2 y 6 y 21.1, 2, 3, 6, o incluso a través del ejercicio de la función jurisdiccional de la individualización de la pena). **También en su conformación ha de atenderse a una perspectiva social, pues los déficit de socialización, cuando son relevantes, pueden presentarse con intensidad tanto en la percepción como en la capacidad de actuación conforme a la norma al conformar una errónea apreciación de la realidad sobre la que atender el mandato de la norma**, situación que guarda cierta relación dogmática con el error de prohibición que afecta al elemento subjetivo del delito, pero no permite señalar como consecuencia jurídica la aplicación de medidas de seguridad. En aplicación de la Ley penal, el ordenamiento, y sus aplicadores, deben utilizar los instrumentos precisos para asegurar, desde luego, la igualdad en la aplicación penal lo que supone, no sólo la aplicación igualitaria de la Ley a los supuestos sustancialmente iguales, también posibilitar que en la aplicación de la Ley penal, se tengan en cuenta las desiguales condiciones de los ciudadanos ante la Ley penal, esto es, a situaciones en las que la desigualdad se concreta en un deteriorado acceso a la educación, a las ventajas de la sociedad del bienestar, a las situaciones de desestructuración social y familiar que pueden ir anejas a la desigualdad, propiciando que las situaciones de falta de socialización o de acentuados déficits puedan ser tenidos en cuenta por la norma penal en la fijación de la responsabilidad cuando esa situación ha generado una socialización anómala. En este sentido, la doctrina ha afirmado, que esta deficiencia sociológica del sujeto, puede suponer «una presión motivacional a favor del delito superior a la media normal», reconociendo de esta manera la influencia del entorno social en la actuación delictiva. Estas situaciones deberán ser tenidas en cuenta al tiempo de individualización de la pena, y en aquellos supuestos graves de deficiencias en la socialización que influyen con intensidad relevante en la percepción de la realidad o en la capacidad de observancia de la norma, servirá como presupuesto de la atención o exención del artículo 20.3 CP. Si aplicamos los elementos de la imputabilidad a la situación de déficit importante de socialización, comprobamos que tanto la percepción de la norma, como la valoración de la bondad de un bien jurídico como objeto de protección del Derecho penal y la consideración de que una determinada conducta supone una lesión o una puesta en peligro del mismo, así como la capacidad para actuar conforme a la norma, o de inhibirse en la realización del ataque o de su puesta en peligro, aparecen seriamente comprometidas en los supuestos de la ausencia, o el déficit importante, de esos presupuestos de valoración llegando a desvirtuar las capacidades de comprensión, o distorsionarla de forma relevante, por lo que la capacidad de actuar conforme a esa comprensión aparece, también, desvirtuada. Las condiciones de desigualdad, gra-

ves y relevantes, pueden afectar de distinta manera a la imputabilidad y es graduable con arreglo a las herramientas que previstas en el Código permiten proporcionar la consecuencia jurídica a las condiciones de imputabilidad realmente existentes, cuando las condiciones de desigualdad suponen una anulación o una reducción de su imputabilidad. Para la necesaria acreditación de este presupuesto de la imputabilidad, desde las instrucciones de las causas penales debe abordarse la realización de las «hojas personales» en las que se recojan aquellos datos relevantes, en principio, a la individualización judicial de la pena, y que, en casos concretos, permiten obtener información sobre situaciones límites que, concretamente analizados desde las periciales de contenido social, evidencian alteraciones importantes de la socialización que pueden dar lugar a una reducción, de la consecuencia jurídica cuando, repetimos, adquieren una relevancia en la imputabilidad, 1135/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 181081/2006].

Por último, debe concurrir el ingrediente biológico-temporal que consiste en deferir la alteración al nacimiento o a la infancia, y teniendo en cuenta la naturaleza del mismo no parece que pueda prescindirse de él para acoger la versión incompleta de la eximente, 139/2001, de 6 de febrero [LA LEY 31041/2001]. No es lo mismo hablar de los antecedentes clínicos de una enfermedad psiquiátrica, que pueden remontarse hasta la infancia, que de los déficit del desarrollo intelectual o afectivo, ocasionados por una incomunicación con el mundo exterior debido a una grave tara física o sensorial desde el nacimiento o la niñez, 170/2007, de 7 de marzo [LA LEY 8210/2007].

La exención prevista en el artículo 20.3 CP tampoco puede considerarse como una cláusula «de recogida» o subsidiaria de la prevista en el número 1.º de dicho artículo, por lo que las deficiencias psíquicas o la incapacidad intelectual no son acogibles en el esquema anterior. Igualmente, las alteraciones de la percepción de raíz psiquiátrica, como son los trastornos esquizofrénicos (alucinaciones por ingesta de alcohol, alucinógenos...), deben tener asiento en el núm. 2 del art. 20 en la mayoría de los casos, con independencia de no cumplir el requisito biológico-temporal, como recuerda la STS de 24 de febrero de 1999, 139/2001, de 6 de febrero [LA LEY 31041/2001].

La Jurisprudencia de la Sala Segunda, posterior a la reforma de 1983, atinente al caso, no muy copiosa, ha seguido una línea de moderación en lo que concierne a fijar el alcance de la eximente que analizamos. La STS de 20 de abril de 1987, con cita de la anterior de 14 de marzo de 1987, sienta que la alteración en la percepción «estará determinada, en la generalidad de los casos, por un defecto sensorial —sordomudez, ceguera— o por una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos, aunque no pueda descartarse por completo que la incomunicación y consecutiva falta de socialización sea efecto de ciertas y graves anomalías del carácter o de excepcionales circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad». La de 22 de junio de 1989, con cita de la anterior, incide también en la existencia de un defecto sensorial. La de 23 de diciembre de 1992, también apoyándose en las ya citadas, se refiere al presupuesto biológico, deficiencia sensorial, como elemento previo imprescindible, que requiere, a su vez, que ello origine en el individuo una alteración grave de la conciencia de la realidad, «y que, a diferencia de la enajenación mental, lo relevante en esta circunstancia no es un defecto mental, sino una carencia de aptitudes físicas derivada de la incomunicación del contorno social (...)». Siguiendo su labor de síntesis de la Jurisprudencia anterior afirma que su efecto típicamente exonerador «ha de tener su causa en una precoz situación de aislamiento que la norma define y caracteriza como alteración en la percepción» determinada por un defecto sensorial sin excluir lo ya señalado anteriormente a propósito de excepcionales

circunstancias ambientales capaces de bloquear el proceso de integración del individuo en la sociedad. La de 9 de febrero de 1998 sigue la misma línea. Por fin, la de 24 de febrero de 1999, que resume las anteriores, concluye que ha de partirse del defecto sensorial «o de una anomalía cerebral susceptible de malinterpretar los datos suministrados por los sentidos», añadiendo que no pueden descartarse por completo las excepcionales circunstancias ambientales a las que hemos hecho referencia. Se refiere igualmente a la diferencia que establecen los apartados 1.º y 3.º del art. 20, señalando que lo relevante en el presente caso es «centrar el problema de la imputabilidad que cabe atribuir y recaer sobre quien sufre, desde el nacimiento o desde la infancia, alteración de la percepción por tener gravemente alterada la conciencia de la realidad».

No cabe apreciar la eximente en el sordomudo, ni siquiera aunque no sepa leer ni escribir, si no tiene una grave alteración de la conciencia de la realidad (296/1999, de 24 de febrero [LA LEY 2889/1999] y 1044/2000, de 8 de junio [LA LEY 8671/2000]).

Art. 20.4.º CP. El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquélla o éstas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 21.

Señala 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007], que como decía 1262/2006, de 28 de diciembre [LA LEY 175854/2006], esta eximente, como causa excluyente de la antijuridicidad o causa justificación, tal como señala 794/2003, de 3 de junio [LA LEY 98580/2003], está fundada en **la necesidad de autoprotección, regida como tal por el principio del interés preponderante, sin que sea óbice al carácter objetivo propio de la causa de justificación la existencia de *animus defendendi*** que como ya dijo la STS de 2 de octubre de 1981, no es incompatible con el propósito de matar o lesionar al injusto agresor (*animus necandi o laedendi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

La legítima defensa es una conducta conforme a Derecho y, por tanto, constituye una causa de justificación que deberá ser reconocida por el Tribunal para exculpar al que se defiende, siempre —claro es— que concurren en su conducta los requisitos legalmente previstos en el art. 20.4.º del CP, es decir: a) agresión ilegítima; b) necesidad racional del medio empleado para la defensa; y, c) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. Una ojeada al panorama jurisprudencial sobre la materia nos lleva a destacar: 1) que esta eximente es aplicable tanto a la defensa de la persona como a la defensa de sus derechos; 2) que la agresión ha de ser objetiva y deberá suponer una efectiva puesta en peligro, con carácter de inmediatez, del bien

jurídico protegido de que se trate; 3) que la agresión deberá provenir de una conducta humana ilegítima, es decir, jurídicamente injustificada; 4) que la defensa ha de ser necesaria (*necessitas defensionis*) y proporcionada a la agresión, para lo cual habrá de ponderarse la importancia del bien jurídico protegido, la gravedad del peligro, las posibilidades reales de defensa y, en último término, la propia condición humana del que se defiende, de tal modo que, cuando se aprecie una falta de proporcionalidad en los medios empleados para la defensa («exceso intensivo») podrá apreciarse una eximente incompleta (art. 21.1.^a CP); y, 5) que no exista provocación por parte del que se defiende que haya sido suficiente para desencadenar la agresión sufrida por el mismo, de modo que, cuando pueda considerarse suficiente la provocación, podrá apreciarse también la eximente incompleta (art. 21.1.^a CP), siempre, claro está, que no se trate de una provocación intencionadamente causada, pues, en tal caso, desaparece toda posible idea de defensa favorable al provocador, 287/2009, de 17 de marzo [LA LEY 14636/2009].

Agresión ilegítima

El agente debe obrar en «estado» o «situación defensiva», vale decir en «estado de necesidad defensiva», necesidad que es cualidad esencial e imprescindible, de suerte que si **del lado de la agresión ilegítima ésta debe existir en todo caso, para que se postule la eximente completa o imperfecta**, del lado de la reacción defensiva ésta debe ser también y siempre necesaria para que pueda afirmarse la eximente en cualquiera de sus grados. Por ello, tal como destaca 1760/2000, de 16 de noviembre [LA LEY 1270/2001], esta eximente se asienta en dos soportes principales que son, según la doctrina y la jurisprudencia, una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

Por agresión debe entenderse **toda creación de un riesgo inminentemente para los bienes jurídicos legítimamente defendibles**, que son según la doctrina y la jurisprudencia una agresión ilegítima y la necesidad de defenderse por parte de quien sufre aquélla. Sin embargo, tal tesis no es del todo completa cuando se ha reconocido también que el acometimiento es sinónimo de agresión, y ésta debe entenderse no sólo cuando se ha realizado un acto de fuerza, sino también cuando se percibe una actitud de inminente ataque o de la que resulte evidente el propósito agresivo inmediato, como pueden ser las actitudes amenazadoras si las circunstancias del hecho que las acompañan son tales que permitan temer un peligro real de acometimiento, de forma que la agresión no se identifica siempre y necesariamente con un acto físico sino también puede prevenir del peligro, riesgo o amenaza, a condición de que todo ello sea inminente. Por tanto constituye agresión ilegítima toda actitud de la que pueda racionalmente deducirse que pueda crear un riesgo inminente para los bienes jurídicos defendibles y que haga precisa una reacción adecuada que mantenga la integridad de dichos bienes, sin que por tanto, constituyan dicho elemento las expresiones insultantes o injuriosas por graves que fuesen, ni las actitudes meramente amenazadoras sino existen circunstancias que hagan adquirir al amenazado la convicción de un peligro real o inminente, exigiéndose «un peligro real y objetivo y con potencia de dañar» (2135/1993, de 6 de octubre [LA LEY 13417/1993]), 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

La exigencia de que no exista provocación suficiente o amenaza adecuada por parte de quien se defiende no resulta fácilmente constatable en múltiples ocasiones, siendo preciso diferenciar entre «provocar» y «dar motivo u ocasión», no bastando para apreciar la concurrencia de la eximente esto último, sino que es menester la provocación, que, en todo caso, ha de ser adecuada y proporcionada a la agresión. Si falta esa adecuación se puede producir un exceso en la defensa, que, en principio, impedirá la estimación de la eximente completa pero no la de la eximente

incompleta. Se considera suficiente la provocación que a la mayor parte de las personas hubiera determinado a reaccionar agresivamente (2442/2001, de 18 de diciembre [LA LEY 2615/2002]). La adecuación de la provocación conecta con la previsibilidad de modo que, atendido el orden normal de las cosas, produzca, excite e influya en una agresión que, si bien ilegítima, carezca de una mínima cobertura culpabilista, con el telón de fondo de la no exigibilidad de una conducta distinta. La falta de proporción entre la respuesta agresora y la provocación inicial impide apreciar en ésta aquella suficiencia, de modo que en tal supuesto el provocador se halla en condiciones de contestar dentro del marco de la legítima defensa y en consonancia con el ordenamiento jurídico (399/2003, 13 de marzo [LA LEY 12501/2003]).

Estando íntima y directamente relacionados los conceptos de «agresión ilegítima» y «necesidad de defensa», no será posible apreciar la primera cuando no concorra el segundo elemento, porque la falta de necesidad de defensa impide legalmente la aplicación de la eximente, completa o incompleta, al encontrarnos entonces ante un exceso extensivo o impropio en el que se anticipa la reacción al ataque previsto o previsible que aún no se ha producido, o bien se prorroga indebidamente por haber cesado la agresión. En estos casos no podrá hablarse de legítima defensa porque la agresión no existió o ya ha terminado cuando se produce la reacción defensiva violenta (794/2003, de 3 de junio [LA LEY 98580/2003]).

Reacción defensiva

La defensa a su vez, requiere, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007]:

a) **Ánimo de defensa, que se excluye por el «pretexto de defensa»** y se completa con la *necesidad defensionis*, cuya ausencia da lugar al llamado exceso extensivo o impropio excluyente de la legítima defensa, incluso como eximente incompleta (74/2001, de 22 de enero [LA LEY 3066/2001], 794/2003, de 3 de junio [LA LEY 98580/2003]), bien porque la reacción se anticipa o bien porque se prorroga indebidamente.

La agresión ilegítima es incompatible con las situaciones de riña mutuamente aceptada (50/1998, de 30 de enero [LA LEY 1430/1998] y 363/2004, de 17 de marzo [LA LEY 1558/2004]), pues si el sujeto acepta tal situación (aunque sea de forma tácita) su acción no está guiada por el propósito defensivo, sino por el agresivo (1432/1994, de 12 de julio [LA LEY 3679/1994]), al no caber en nuestro derecho la pretendida «legítima defensa recíproca» y ello en razón a constituirse aquellas en recíprocos agresores, en mutuos atacantes, no detectándose un *animus* exclusivamente defensivo, sino un predominante y compartido propósito agresivo de cada cual hacia su antagonista, invalidándose la idea de agresión injusta ante el aceptado reto o desafío entre los contrincantes, que de las palabras pasan a los hechos, generándose consecuencias lesivas, no como actuación exclusivamente paralizante o neutralizadora del acometimiento injusto o inesperado del adversario, sino como incidentes desprovistos de la estructura causal y racional que justifica la reacción de fuerza del acometido sin motivo, entendiéndose por riña o reyerta una situación conflictiva surgida entre unas personas que, enzarzándose en cualquier discusión verbal, al subir de grado la misma, desembocan, tras las palabras insolentes, afrentosas u ofensivas en las peligrosas vías de hecho, aceptándose expresa o tácitamente la procedencia o reto conducente al doble y recíproco ataque de obra, 932/2007, de 21 de noviembre [LA LEY 193630/2007]. En estos casos se ha excluido la posibilidad de apreciar la legítima defensa (SSTS de 21 de enero de 2001, y 214/2001, de 16 de febrero), siendo indiferente la prioridad en la agresión (SSTS de 31 de octubre de 1988 y 14 de septiembre de 1991), si bien se ha precisado que ello no exonera

a los Jueces a averiguar «la génesis de la agresión y determinar, si es posible, quien o quienes la iniciaron, de tal manera que con ello se evite que pueda aparecer como uno de los componentes de la riña, quien no fue otra cosa que un agredido que se limitó a repeler la agresión» (1265/1993, de 22 de mayo, 312/2001, de 1 de marzo, 399/2003, de 13 de marzo). Y a tal supuesto en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no se contaba» (STS 399/2003, de 13 de marzo), a tal supuesto, en que se admite la legítima defensa, se añade el caso en que la acción de uno sobrepasa los límites de la aceptación expresa o tácita, en cuanto a modos o medios «haciendo acto de presencia ataques descomedidos o armas peligrosas, con las que no contaba» (1253/2005, de 26 de octubre), produciéndose un cambio cualitativo en la situación de los contendientes (521/1995, de 5 de abril). La necesidad de proteger y defenderse de un ataque violento injusto e ilegítimo procede del derecho de toda persona a su integridad e incolumidad corporal, defensa que se lleva a cabo mediante vías de hecho contra el agresor, debiéndose subrayar que tal situación de necesidad no desaparece por el hecho de que el agredido pueda eludir el ataque que sufre mediante la huida, dado que en ese caso toda defensa resultaría innecesaria, y que la fuga solamente es exigible cuando no sea vergonzante (1630/2002, de 2 de octubre [LA LEY 445/2003]). Es necesario que entre la agresión y la defensa haya una **unidad de acto**, pues si el ataque agresivo ha pasado, la reacción posterior deja de ser defensa para convertirse en un acto de venganza o represalia que no puede hallar justificación (1252/2001, de 26 de junio [LA LEY 1173/2002] y 1210/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 142938/2003]), convirtiéndose en un «exceso intensivo o propio» (794/2003, de 3 de junio [LA LEY 98580/2003]). La agresión ilegítima y la *necessitas defensionis*, junto al *animus defendendi*, son soportes esenciales de la eximente (1553/2001, de 11 de septiembre [LA LEY 8880/2001] y 794/2003, de 3 de junio [LA LEY 98580/2003]). La agresión ilegítima supone la puesta en peligro de bienes jurídicamente protegidos, entendido como «un peligro real y objetivo con potencia de dañar» (592/2000, de 10 de abril [LA LEY 6109/2000]). La existencia de un *animus defendendi*, no es incompatible con el propósito de matar al injusto agresor (*animus necandi*), desde el momento que el primero se contenta con la intelección o conciencia de que se está obrando en legítima defensa, en tanto que el segundo lleva además ínsito el ánimo o voluntad de matar necesario para alcanzar el propuesto fin defensivo, 962/2005, de 22 de julio [LA LEY 13981/2005].

b) **Necesidad racional del medio empleado, que supone** necesidad, o sea, que no pueda recurrirse a otro medio no lesivo, siendo de señalar que la fuga no es exigible (1766/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 2402/20]), refiriéndose la Sala Segunda a que fuese posible por inexistencia de riesgo y no vergonzante (1630/2002, de 2 de octubre [LA LEY 445/2003]), y «proporcionalidad» en sentido racional no matemático que habrá de examinarse desde el punto de vista objetivo y subjetivo, en función no tanto de la semejanza material de las armas o instrumentos utilizados, sino de la situación personal y afectiva en la que los contendientes se encuentran, teniendo en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque, la gravedad del bien jurídico en peligro y la propia naturaleza humana, de modo que «esa ponderación de la necesidad instrumental de la defensa ha de hacerse comprendiendo las circunstancias en que actuaba el sujeto enjuiciado», de manera flexible y atendiendo a criterios derivados de máximas de experiencia en un análisis concreto de las circunstancias de cada uno (444/2004, de 1 de abril [LA LEY 1541/2004]), 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

Por ello, se ha abierto paso a la idea de que, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, hay que fijarse en el estado anímico del agredido y los medios de que disponga en el momento de ejecutar la acción de defensa, introduciéndose así, junto a aquellos módulos objetivos de la comparación de los medios empleados por agresor y defensor, el elemento subjetivo que supone valorar tales medios como aquellos que sean, desde el punto de vista del agredido razonables en el momento de la agresión. Posición ésta que ha adquirido apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia, que «no encuentra en el texto legal razón alguna que imponga en este punto de los medios unas exigencias objetivas e igualitarias que restringirían el ámbito de la legítima defensa», no descartándose, ni la valoración de la posible perturbación psicológica que de ordinario produce la agresión, ni la necesidad de acudir al doble patrón objetivo y subjetivo para establecer la proporcionalidad de los medios. Y es cuando la Ley habla de la necesidad de que el medio empleado ha de ser «racional» ya está revelando una flexibilidad o graduación que no puede someterse a reglas predeterminadas por lo que no puede exigir a quien actúa bajo la presión de tener que defenderse la reflexión y ponderación que tendría en circunstancias normales de la vida para escoger los medios de defensa (332/2000, de 24 de febrero [LA LEY 45545/2000], 1760/2000, de 16 de noviembre [LA LEY 1270/2001] y 1861/2001, de 17 de octubre [LA LEY 1249/2002]), 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

En este sentido, decíamos en 470/2005, de 14 de abril, siguiendo la doctrina de la STS de 17 de septiembre de 1999, que el art. 20.4 CP no habla de proporcionalidad de la defensa y el medio empleado, advirtiendo que la palabra «proporcionalidad» no ha sido empleada por el legislador, pues éste ha partido de una clara distinción entre defensa necesaria y estado de necesidad. Lo que la Ley expresamente requiere para la defensa es la «necesidad racional del medio empleado» para impedir o repeler la agresión. Esta necesidad hace referencia a la defensa que sea adecuada (racional) para repeler la agresión y defender los bienes jurídicos agredidos; en modo alguno entre los resultados de la acción de defensa y los posibles resultados de la agresión debe existir proporcionalidad, es decir, como precisan 273/2000, de 29 de febrero [LA LEY 49358/2000], 1760/2000, de 16 de noviembre [LA LEY 1270/2001] y 596/2001, de 6 de abril [LA LEY 7810/2001], no puede confundirse la necesidad racional del medio empleado con la proporcionalidad como adecuación entre la lesión que pueda ser causada con el empleo del objeto u arma utilizada, y la que se quiere evitar, pues la defensa está justificada en base a su necesidad y no por la proporcionalidad mencionada. Y no puede exigirse al agredido una exacta y serena reflexión para escoger los medios de defensa en ese momento concreto en el que se ha de decidir incluso la modalidad defensiva que muchas veces no tendría que ser necesariamente la más inocua o reducida para el agresor (1630/1994, de 24 de septiembre [LA LEY 1573/1995]). Sólo excepcionalmente, cuando la insignificancia de la agresión y la gravedad de las consecuencias de defensa para el agresor resulten manifiestamente desproporcionados, cabrá pensar en una limitación del derecho de defensa (los llamados límites éticos de la legítima defensa). 614/2004, de 12 de mayo [LA LEY 1527/2004] que reitera el criterio de que la acción de defensa necesaria debe ser considerada desde una perspectiva ex ante. Es decir, el juicio sobre la necesidad se debe llevar a cabo a partir de la posición del sujeto agredido en el momento de la agresión, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

Podemos concluir afirmando que contra el injusto proceder agresivo, la defensa ha de situarse en un plano de adecuación, buscando aquella proporcionalidad que, conjurando el peligro o riesgo inminentes, se mantenga dentro de los límites del imprescindible rechazo de la arbitraria

acometida, sin repudiables excesos que sobrepasen la necesaria contraprestación, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

En resumen, en la determinación de la racionalidad priman fundamentalmente módulos objetivos, atendiendo no solamente a la ecuación o paridad entre el bien jurídico que se tutela y el afectado por la reacción defensiva, sino también a la proporcionalidad del medio o instrumento utilizado, empleo o uso que del mismo se hubiese realizado, circunstancias del hecho, mayor o menor desvalimiento de la víctima y, en general, sus condiciones personales, posibilidad del auxilio con que pudiera contar etc. sin desdeñar absolutamente aspectos subjetivos relevantes y de especial interés pues dada la perturbación anímica suscitada por la agresión ilegítima, no puede exigirse el acometido la reflexión, serenidad y tranquilidad de espíritu para, tras una suerte de raciocinios y ponderaciones, elegir finalmente aquellos medios de defensa más proporcionados, con exacto cálculo y definida mensuración de hasta donde llega lo estrictamente necesario para repeler la agresión (324/1997, de 14 de marzo [LA LEY 4748/1997], 92/1998, de 29 de enero [LA LEY 2229/1998], 918/2001, de 22 de mayo [LA LEY 8272/2001]), 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

Exceso de la reacción defensiva

De los elementos señalados, según reiterada Jurisprudencia, por ejemplo 1515/2004, de 23 de diciembre [LA LEY 10736/2005], el único graduable y que, por ende, puede conducir a la degradación de la circunstancia hasta la categoría de eximente incompleta, es el de la necesidad racional del medio empleado en la defensa, toda vez que tanto la falta de provocación como la agresión ilegítima no admiten grados: concurren o no concurren, 932/2007, de 21 de noviembre [LA LEY 193630/2007]. Si lo que falta es la proporcionalidad, el posible exceso intensivo o propio no impide la aplicación de una eximente incompleta, teniendo en cuenta tanto las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y la gravedad del bien jurídico en peligro, como la propia naturaleza humana, 544/2007, de 21 de junio [LA LEY 52029/2007].

El exceso intensivo puede ser cubierto por la concurrencia de una situación de error invencible de prohibición, por la creencia de que se adoptan los medios necesarios adecuados a la defensa que se considera imprescindible para salvar la propia vida. También puede ser cubierto por la aplicación de la eximente completa de miedo insuperable, pero no apreciada autónomamente, sino inserta en la legítima defensa, sirviendo de cobertura al exceso intensivo si hubiera elementos para su estimación (332/2000, de 24 de febrero [LA LEY 45545/2000]), siendo dogmáticamente compatibles el miedo insuperable y la legítima defensa, estribando la diferencia en que la legítima defensa requiere de una agresión actual de la que se deriva un peligro inminente y el miedo insuperable es un estado emotivo que perturba las facultades psíquicas impidiendo al agente el raciocinio (1708/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 1708/2003]).

Legítima defensa putativa

La denominada «legítima defensa putativa» supone la creencia fundada por parte de quien se defiende de ser víctima de una agresión que, en realidad, no se ha producido, al menos con la gravedad que, equivocadamente, se le atribuye. Por ejemplo, cuando se cree que se está siendo amenazado con un arma de fuego y, realmente, el objeto empleado tan sólo simula ese arma, 932/2007, de 21 de noviembre [LA LEY 193630/2007].

Por su propia naturaleza, la legítima defensa putativa se encuentra estrechamente vinculada al error, que afecta a la culpabilidad y que consiste en la creencia del agente de obrar lícitamente, determinada bien por recaer sobre la norma prohibitiva —lo que constituye lo que se llama error de prohibición directo—, bien por incidir sobre una causa de justificación, como es la legítima defensa, y que se denomina error de prohibición indirecto y, en uno y otro caso el efecto que se determina, de acuerdo con el párrafo 3 del art. 14 del CP es la exclusión de la responsabilidad criminal si el error es invencible, o una disminución en uno o dos grados de la pena si es vencible. La jurisprudencia ha venido marcando la precisión de que se pruebe la existencia del error y que se atienda, cuando la existencia de error se alegue, a las circunstancias de cada caso concreto refiriéndose a las circunstancias culturales y psicológicas concurrentes en quien pretenda haber obrado con error, cuya invocación por otra parte, es inadmisibile cuando se refiera a infracciones que son generalmente conocidas como patentemente ilícitas y, por otro lado, sin que sea preciso para excluir el error que el agente del hecho haya de tener plena seguridad de que actúa ilícitamente, bastando con que sea consciente de existir un alto grado de probabilidad de que su conducta sea antijurídica (754/1999, de 17 de mayo [LA LEY 6980/1999], 312/2001, de 1 de marzo [LA LEY 4723/2001], 1458/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 464/2005]), 442/2006, de 18 de abril [LA LEY 48443/2006].

Art. 20.5.º CP. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 118 y 119.

CPM: art. 21.

La eximente de estado de necesidad deberá apreciarse —según establece el CP en el art. 20.5.º— en los casos en los que, para evitar un mal propio o ajeno, se lesiona un bien jurídico de otra persona o se infringe un deber, siempre que: 1.º) el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar; 2.º) la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; y 3.º) el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse, 287/2009, de 17 de marzo [LA LEY 14636/2009].

Estado de necesidad

El primero de los requisitos que exige doctrina y jurisprudencia para la apreciación de la eximente de estado de necesidad, imprescindible para su aplicación como completa o como incompleta, es la existencia de un estado o situación de necesidad, que aparece como un conflicto entre dos bienes o intereses, de manera que para salvaguardar uno de ellos resulte imprescindible lesionar el otro. Para apreciar tal situación es preciso, en primer lugar, que el mal que amenaza la integridad del bien jurídico que se trata de salvar mediante la lesión del otro bien en conflicto,

se presente como real, grave, actual o inminente, es decir, que sitúe al sujeto ante la necesidad de actuar para evitar la inmediata lesión, y que, en segundo lugar, se compruebe en la medida de lo posible que el autor ha agotado los medios alternativos que razonablemente puedan considerarse a su alcance para evitar el mal que amenaza, antes de acudir a la comisión del hecho delictivo. Por tanto, como se decía en 156/2003, de 10 de febrero, «**los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta son**», 933/2007, de 8 de noviembre [LA LEY 185184/2007]:

1.º La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente. Concretando, señala 71/2000, de 24 de enero 1.º La esencia de esta eximente radica en la inevitabilidad del mal, es decir, que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza, sino infringiendo un mal al bien jurídico ajeno. 2.º El mal que amenaza ha de ser actual, inminente, grave, injusto, ilegítimo, como inevitable es, con la proporción precisa, el que se causa. 3.º Subjetivamente la concurrencia de otros móviles distintos al reseñado enturbiaría la preponderancia de la situación eximente que se propugna, 71/2000, de 24 de enero [LA LEY 4106/2000]. Injusto e ilegítimo (Sentencias de 24 de noviembre de 1997, 1 de octubre de 1999 y 24 de enero de 2000). La **inminencia e inevitabilidad** del conflicto son requisitos primarios e inexcusables para que pueda entrar en juego la eximente completa (435/1992, de 2 de marzo [LA LEY 1572/1992]), no teniendo cabida los peligros remotos, ni aquellos que supongan deterioro, incomodidad o molestia en el disfrute y titularidad de un bien jurídicamente protegido, pero no inmediato peligro de destrucción, física o jurídica, total. El mal puede ser propio o ajeno (caso este último denominado de «auxilio necesario») y ha de ser injusto o ilegítimo. No es estimable en situaciones de angustia o estrechez económica (SSTS de 3 de diciembre de 1987, 8 de abril de 1988, 27 de noviembre de 1989, 6 de noviembre de 1990, 20 de abril de 1991, 4 de mayo de 1992). 933/2007, de 8 de noviembre [LA LEY 185184/2007]. Para que la eximente de estado de necesidad de tipo económico sea apreciable, han de concurrir condiciones de verdadera angustia y estrechez económica, connotadas por la inmediatez o inminencia (1556/2004, de 30 de diciembre [LA LEY 275623/2004]).

2.º La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (Sentencias de 19 de octubre de 1998, 26 de enero y 6 de julio de 1999 y 24 de enero de 2000), 933/2007, de 8 de noviembre [LA LEY 185184/2007]. En la esfera personal, profesional, familiar y social, es preciso que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente, 71/2000, de 24 de enero [LA LEY 4106/2000]. No cabe aplicar la exención de la responsabilidad cuando haya otro procedimiento inocuo o menos lesivo que la realización del hecho delictivo con el cual se pudiera impedir el mal que amenaza, siendo preciso atender, para la valoración de este requisito, a los medios de que dispone el sujeto en la situación concreta en que se encuentra, de modo que un juicio racional hecho al respecto, teniendo en cuenta la forma de comportarse en esa misma situación el común de los ciudadanos, sea el que se utilice para resolver si concurrió o no este elemento esencial (75/1999, de 26 de enero [LA LEY 2414/1999] y 793/1999, de 20 de enero). 1957/2001, de 26 de octubre [LA LEY 992/2002], aplicó la eximente incompleta de estado de necesidad en un delito de tráfico de drogas cometido por un padre cuyo hijo padecía una grave enfermedad que precisaba una urgente intervención quirúrgica cuyo costo no podía sufragar, habiendo intentado previamente la consecución de un crédito bancario que le fue denegado, fundamentando que en cada caso concreto se ha de determinar la posible aprecia-

ción del estado de necesidad sin que su dificultad en el tipo de tráfico de drogas signifique una forzosa desestimación a priori (en el mismo sentido, 1186/1994, de 8 de junio [LA LEY 3459/1994] y 1652/2000, de 30 de octubre [LA LEY 6119/2001]).

Los ausencias de los restantes requisitos legales del art. 20.5.º (que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, y que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse), permite la aplicación de la eximente incompleta, 156/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1594/2003].

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

Los conceptos fundamentales que informan el núcleo de esta circunstancia son la **proporcionalidad** y la **necesidad** (1629/2002, de 2 de octubre [LA LEY 441/2003], 924/2003, de 23 de junio [LA LEY 12839/2003] y 186/2005, de 10 de febrero [LA LEY 11557/2005]). Si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente en favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades (729/1996, de 14 de octubre [LA LEY 10414/1996] y 924/2003, de 23 de junio [LA LEY 12839/2003]).

Frente a unos hipotéticos males físicos o frente a una grave situación económica, no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes (ver la Sentencia de 14 de octubre de 1996), tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas. No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar. De ahí que la Jurisprudencia haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico —Sentencia Tribunal Supremo 292/1998, de 27 de marzo—. No puede estimarse como circunstancia atenuatoria —análoga de estado de necesidad— para efectuar un viaje con la finalidad de transportar droga, el mero hecho de encontrarse supuestamente en una situación económica deficiente, circunstancia que, lamentablemente, puede afectar a una generalidad de personas, que trata, sin embargo, de subsanarla por otros medios de carácter más lícito —cfr. Tribunal Supremo Sentencias 6 julio y 1 octubre 1999—, 71/2000, de 24 de enero [LA LEY 4106/2000].

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

La iniciación por el recurrente, pocos meses antes de cuando podía prever que sería llamado a filas, de una actividad comercial tampoco puede ser acogida al oponerse frontalmente con la exigencia del núm. 2.º del art. 20.5 del Código Penal, 500/1999, de 3 de abril [LA LEY 3842/1999].

Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Autosacrificio que alcanza a un número reducido de personas a las que por ley, profesión o contrato se les impone ese deber (729/1996, de 14 de octubre [LA LEY 10414/1996]).

Art. 20.6.º CP. El que obre impulsado por miedo insuperable.**CONCORDANCIAS**

CP: arts. 118 y 119.

CPM: art. 21.

La naturaleza de la exención por miedo insuperable no ha sido pacífica en la doctrina. Se la ha encuadrado entre las causas de justificación y entre las de inculpabilidad, incluso entre los supuestos que niegan la existencia de una acción, en razón a la paralización que sufre quien actúa bajo un estado de miedo. Es en la inexigibilidad de otra conducta donde puede encontrar mejor acomodo, ya que quien actúa en ese estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiada sino un temor a que ocurra algo no deseado. El sujeto que actúa típicamente se halla sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo. El art. 20.6 del nuevo CP introduce una novedad sustancial en la regulación del miedo insuperable al suprimir la referencia al mal igual o mayor que exigía el antiguo art. 8.10.º del CP 1973. La supresión de la ponderación de males, busca eliminar el papel excesivamente objetivista que tenía el miedo insuperable en el Código anterior y se decanta por una concepción más subjetiva y pormenorizada de la eximente, partiendo del hecho incontrovertible de la personal e intransferible situación psicológica de miedo que cada sujeto sufre de una manera personalísima, 2067/2002, de 13 de diciembre [LA LEY 752/2003]. Quien actúa en el estado subjetivo de temor mantiene sus condiciones de imputabilidad, pues el miedo no requiere una perturbación angustiada sino un temor a que ocurra algo no deseado, de tal manera que el sujeto actúa típicamente por hallarse sometido a una situación derivada de una amenaza de un mal tenido como insuperable. De esta exigencia resultan las características que debe reunir la situación, esto es, ha de tratarse de una amenaza real, seria e inminente, y su valoración ha de realizarse desde la perspectiva de una persona media, que es la perspectiva que debe utilizarse como baremo para comprobar la superabilidad del miedo (2067/2002, de 13 de diciembre [LA LEY 752/2003]).

La doctrina de la Sala Segunda ha requerido para la aplicación de la eximente (6 marzo [LA LEY 13285-JF/0000] y **26 octubre 1982**; 26 mayo 1983 [LA LEY 37025-NS/0000]; 26 febrero y 14 marzo 1986 [LA LEY 10814-JF/0000] [LA LEY 71509-NS/0000]; 16 junio 1987 [LA LEY 12362-JF/0000]; 21 septiembre y 16 diciembre 1988 [LA LEY 113013-JF/0000] [LA LEY 11379-R/1989]; 6 marzo y 29 septiembre 1989 [LA LEY 114339-JF/0000] [LA LEY 205-JF/0000]; **12 julio 1991**; 143/2007, de 22 de febrero [LA LEY 9741/2007]; 802/2008 de 5 de noviembre [LA LEY 189436/2008], 641/2009, de 16 de junio [LA LEY 125080/2009]):

a) La presencia de un temor que coloque al sujeto en una situación de terror invencible determinante de la anulación de la voluntad del sujeto.

b) Que dicho miedo esté inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado.

Lo que nunca podrá faltar es la existencia de un temor inspirado en un hecho efectivo, real y acreditado y que alcance un grado bastante para disminuir notablemente la capacidad de elección (186/2005, de 10 de febrero [LA LEY 11557/2005]).

c) Que el miedo sea insuperable, esto es, invencible, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes.

Esta influencia psicológica, que nace de un mal que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos de la persona afectada, debe tener una cierta intensidad y tratarse de un mal efectivo, real y acreditado. Como señala un sector de la doctrina, para evitar subjetivismos exacerbados, la valoración de la capacidad e intensidad de la afectación del miedo hay que referirla a parámetros valorativos, tomando como base de referencia el comportamiento que ante una situación concreta se puede y se debe exigir al hombre medio. Desde una perspectiva meramente casuística, se debe examinar, si en cada caso concreto, el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Dicho de otra forma debemos determinar si el miedo resultó insuperable, lo que nos llevaría a la eximente, o por el contrario, existen elementos objetivos que nos permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto aun reconociendo la presión de las circunstancias, 1095/2001, de 16 de julio [LA LEY 7420/2001]. La redacción del art. 20.6 CP ha suprimido del tipo de la exención la referencia a la comparación de males, el que se trata de evitar y el que se realiza, exigiendo que el causado sea inferior al que se trata de evitar, no por ello ha de prescindirse de esa valoración y de la comparación de la situación para la conformación de la eximente, pues esa comparación facilita el examen de la proporcionalidad referida al hecho concreto, 802/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 189436/2008].

d) Que el miedo sea el único móvil de la acción (332/2000, de 24 de febrero [LA LEY 45545/2000]).

La aplicación de la eximente incompleta exige examinar, en cada caso concreto, si el sujeto podía haber actuado de otra forma y se le podría exigir otra conducta distinta de la desarrollada ante la presión del miedo. Si el miedo resultó insuperable, se aplicaría la eximente, y si, por el contrario, existen elementos objetivos que permiten establecer la posibilidad de una conducta o comportamiento distinto, aun reconociendo la presión de las circunstancias, será cuando pueda apreciarse la eximente incompleta, (673/1999, de 26 de junio, 1491/1999, de 25 de octubre [LA LEY 147/2000], 1095/2001, de 16 de julio [LA LEY 7420/2001], 541/2003, de 9 de abril [LA LEY 12712/2003] y 186/2005, de 10 de febrero [LA LEY 11557/2005]), 2067/2002, de 13 de diciembre [LA LEY 752/2003].

Art. 20.7.º CP. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 21.

La eximente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye, según ha señalado desde hace tiempo la doctrina penal, **una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funciones sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales.** Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimiento de esos deberes,

derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (1810/2002, de 5 de noviembre [LA LEY 10693/2003], 277/2004, de 5 de marzo [LA LEY 1266/2004] y 793/2005, de 20 de junio [LA LEY 13109/2005]).

Cumplimiento de un deber

El primer supuesto que contempla la exigente del art. 20.7 CP es el del cumplimiento de un deber, es decir, la ejecución de una conducta obligada por el Derecho, que la impone a su autor, y que además es una conducta penalmente típica que supone la lesión o menoscabo de un bien jurídico protegido por la Ley. Los casos más importantes de cumplimiento de un deber son aquellos relacionados con las obligaciones impuestas a cargos públicos, cuyo efectivo cumplimiento supone la vulneración de un bien jurídico perteneciente a un tercero. Así ocurre con el derecho a la libertad en el caso de la detención o, especialmente, con el derecho a la integridad física cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad recurren a la violencia para el cumplimiento de sus funciones. En estos casos ha de atenderse a que los agentes se encuentren en el ejercicio de sus funciones, con exigencias más rigurosas si el agente se encuentra fuera de su demarcación o franco de servicio; que el empleo de la violencia sea necesario, requisito ineludible para la exigente completa o incompleta, y que la empleada sea proporcional a la necesidad de recurrir a ella, lo cual ha de ponerse en relación directa con la importancia o trascendencia de la infracción concreta que se trata de evitar mediante la actuación en cumplimiento del deber, sin perder de vista que no se trata de una mera comparación entre los bienes jurídicos afectados y los males que se les pueden ocasionar, sino de una operación de mayor amplitud en la que del lado del cumplimiento del deber se encuentra la vigencia del derecho frente a su vulneración. Es obligado conforme a lo antes explicado, concretar aún más los conceptos, siquiera sea porque, si se trata de limitar o cercenar de algún modo bienes jurídicos ajenos, es preciso la mayor meticulosidad en aras precisamente de la seguridad jurídica que los actos enjuiciados en este área pretenden defender, 263/2008, de 20 de mayo [LA LEY 61780/2008].

La exigente requiere según doctrina consolidada de la Sala Segunda, de la que son exponente, entre otras, 1284/1999, de 21 de septiembre [LA LEY 12169/1999], 1682/2000, de 31 de octubre [LA LEY 1449/2001] y 601/2003, de 25 de abril [LA LEY 10453/2004], 277/2004, de 5 de marzo [LA LEY 1266/2004], **los siguientes requisitos:**

- a) Que los agentes actúen en el desempeño de las funciones propias de su cargo.

Que el sujeto activo ha de ser Autoridad o Agente no cabe duda alguna, pero sin embargo ha de precisarse que dicha condición ha de ser también funcional, razón por la cual ha de encontrarse aquél en el ejercicio efectivo del cargo, de manera presente, activa y manifiesta, por lo que la situación puede ser distinta si el Agente, por ejemplo, se encontrare fuera de servicio o del lugar o demarcación en la que tiene conferida su competencia (SSTS de 24 de enero de 1994 y 20 de febrero de 1992), supuesto en el cual las exigencias para legitimar la actuación del sujeto activo han de ser aún más rigurosas, pues habrá que sopesar no sólo el grado de peligrosidad o de trascendencia insertos implícitamente en la presunta actuación delictiva que se quiere abortar, sino también las obligaciones que intrínsecamente acompañan al Agente de la Autoridad, según la

Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como función imprescindible de la representación que ostenta cualquiera que sea el lugar y tiempo (art. 5.4 de la misma), 263/2008, de 20 de mayo [LA LEY 61780/2008].

El mandato a que se obedece no debe tener como contenido una acción u omisión manifiestamente ilícita (666/1995, de 19 de mayo [LA LEY 2515/1995]), de tal forma que quien sabe que actúa ilícitamente no puede quedar amparado en su conducta por la eximente ni tampoco puede verse favorecido por una atenuación.

b) Que el recurso a la fuerza haya sido racionalmente necesario para la tutela de los intereses públicos y privados cuya protección tengan legalmente encomendados.

c) Que la utilización de la fuerza sea proporcionada.

Tampoco cabe duda de que la actuación policial, en este caso concreto, debe responder a los principios de necesidad y proporcionalidad. Es así pues que si el uso de la fuerza no era necesario para la defensa del orden jurídico, de la seguridad ciudadana, o incluso para prevenir el delito, entonces la actuación queda fuera de la protección legal, queda «extramuros» de la eximente del cumplimiento o ejercicio del deber. El ejercicio correcto de los Agentes implica la mayor garantía del derecho dentro del ámbito de lo que son «intereses ajenos a defender», garantía que ya fuera de lugar si falta aquella necesidad. Tal necesidad puede ser, para aquilatar más el concepto, abstracta o cualitativa y concreta o cuantitativa. La abstracta, «ex ante», se corresponde con la teoría jurídica antes de producirse el supuesto concreto, es decir, hasta que se toma la decisión de actuar por necesidad. Cuando el Agente cree que ha de actuar conforme a su deber. Es el juicio sereno y reflexivo, cuidadoso y legal, al que se refería la STS de 16 de mayo de 1983 con objeto de que la defensa del orden jurídico se alcance con el menor daño posible a personas o cosas. Es también, la congruencia y la oportunidad, también obviamente la proporcionalidad, con que se ha de proceder al utilizar el Agente los medios a su alcance, según igualmente dispone el art. 5.2 de la Ley Orgánica antes citada. Otra cosa es la necesidad concreta «ex post» en la que, durante la ejecución del deber, se produce una manifiesta inadecuación de los medios utilizados por resultar cuantitativamente excesiva la violencia utilizada en la defensa del orden jurídico, lo que incidiría en la eximente incompleta, precisamente el supuesto de ahora» (véase STS de 14 de mayo de 1998). El elemento de la necesidad o imprescindibilidad de la acción violenta se destaca como factor insustituible para la apreciación de la eximente, pues para el cumplimiento del deber debe hacerse necesario hacer uso de la violencia, porque, sin tal violencia, no les es posible al Agente de la Autoridad cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe (véase STS de 5 de noviembre de 2002). El mismo criterio lo mantiene la STS de 19 de enero de 2005 cuando excluye la aplicación de la eximente, ni siquiera incompleta, «pues se echa en falta el requisito básico o imprescindible de la “necesidad” de la actuación violenta, ya que, como dice, entre otras, la STS de 21 de septiembre de 1999, para la aplicación de esta circunstancia ha de concurrir en la conducta del sujeto, además de otros aspectos como el de la proporcionalidad en la violencia ejercida (necesidad en concreto) cuya ausencia sí que puede conducir a la apreciación de la eximente incompleta, el que “para el cumplimiento del deber concreto en cuyo ámbito está desarrollando su actividad, le sea necesario hacer uso de la violencia (necesidad en abstracto), porque, sin tal violencia, no le fuera posible cumplir con la obligación que en ese momento le incumbe”. “Necesidad en abstracto” siempre inexcusable para la consideración de la merma o exclusión de la responsabilidad y, por otra parte, “necesidad en concreto”, o adecuación de la respuesta del agente del orden correspondiente a la gravedad del estímulo que justifica su conducta

(4/2005, de 19 de enero [LA LEY 678/2005] y 112/2005, de 31 de enero [LA LEY 24250/2005]). Y, en fin, la STS de 22 de enero de 2005, señala “Esta Sala —dice 871/1998, de 19 de junio, en un caso idéntico— estima que a la vista de la descripción fáctica fijada en la Sentencia impugnada, y examinada la actuación policial en concurrencia con los elementos periféricos de la acción, y todas las circunstancias antecedentes, coetáneas y subsiguientes a la misma, procede la estimación de la eximente alegada con el carácter de incompleta, ya que en la discordancia entre la necesidad abstracta o mera necesidad y la concreta que se traduce en el empleo de la fuerza exigible para controlar la situación, la que rebasa la racional legitimidad del medio empleado, origina que opere solamente como incompleta. Entendemos, pues, que hubo extralimitación en el uso del medio empleado, y por tanto, falta proporcionalidad en la actuación del agente de la autoridad en relación con las precauciones que el caso requería”. Esto último es precisamente lo que tiene en consideración también el Tribunal a quo, en el caso que resolvemos, que dice que el conflicto planteado podía haber sido solucionado con una actitud más “comprensiva” (sic), ante la “respuesta inicial descortés y obstructiva respecto del policía actuante”, pero que, sin embargo, no aplica circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad del acusado, considerando los hechos desprovistos de cualquier relación con la actuación policial legítima inicial, pero con clara extralimitación en el curso de la detención y posteriormente», 263/2008, de 20 de mayo [LA LEY 61780/2008].

La actuación desproporcionada o la extralimitación en el uso del medio empleado en relación con las precauciones que el caso requería, podrá dar lugar, en su caso, a la apreciación de la eximente incompleta (17/2003, de 15 de enero [LA LEY 1226/2003] y 26/2005, de 22 de enero [LA LEY 796/2005]).

d) Que concurra un determinado grado de resistencia o de actitud peligrosa por parte del sujeto pasivo que justifique el acto de fuerza.

Ejercicio legítimo de un derecho

La jurisprudencia es en general refractaria a la admisión de los derechos de retención y comparación como factores que puedan determinar la atipicidad de la conducta o la concurrencia de una causa de justificación desde la perspectiva del párrafo 7.º del art. 20 CP —ejercicio legítimo de un derecho—. De un lado, el derecho de retención es una excepción a la interdicción general del principio de autotutela que sólo puede admitirse en casos de especial reconocimiento, como en el arrendamiento de obras, art. 1600 del CC. De otro, la compensación por cuentas o liquidación pendiente, sólo opera como situación que excluye la tipicidad de cuando dos personas sean por derecho propio recíprocamente deudoras y acreedoras en los términos de los arts. 1195 y 1196 del Código Civil —SSTS de 2 de octubre de 1984, 19 de mayo de 1988, 25 de febrero de 1991 y, más recientemente, 930/2003, de 27 de junio—, 356/2005, de 21 de marzo [LA LEY 11835/2005].

234/1999, de 18 de febrero [LA LEY 2231/1999], aplicó la eximente incompleta de **ejercicio legítimo de un derecho** a un periodista que publicó en un diario la identidad de dos internos en un centro penitenciario que padecían SIDA y trabajaban en las cocinas.

Las facultades que corresponden a la patria potestad no permiten en ningún caso cometer delitos contra los hijos y por lo tanto privarlos de la libertad de salir de la casa de la madre sin ninguna razón que lo explique, 279/2009, de 12 de marzo [LA LEY 14407/2009].

El concierto que se describe entre Letrado y clientes precisa lo que podía cobrar el acusado y el modo de hacerlo. La claridad de los términos del convenio que unía a las partes y su flagrante incumplimiento por el hoy recurrente descarta absolutamente el ejercicio legítimo del derecho de retención y de autoliquidación pretendidos por el acusado, 147/2006, de 6 de febrero [LA LEY 11159/2006].

Para que una conducta pudiera ser considerada como no antijurídica en razón a la causa que nos ocupa sería necesario que el oficio o cargo comprendiera una situación de poder concreto que permitiera, con arreglo a alguna faceta del ordenamiento jurídico, dañar un bien de esa naturaleza. De acuerdo con lo sentado anteriormente respecto al oficio de cargo que desempeñaba Carolina en el negocio prostibulario no puede entenderse que parcela alguna del ordenamiento jurídico le autorizara para lesionar el bien consistente en la libertad sexual, 1305/2005, de 14 de octubre [LA LEY 10132/2006].

El matrimonio no atribuye en ningún caso el derecho de un cónyuge a violentar la voluntad del otro hasta el extremo de imponerle actos (en este caso sexuales) en contra de su voluntad, ya que según constante jurisprudencia que viene de antiguo, debe desecharse rotundamente y de plano, por contrario a la Constitución, «cualquier planteamiento que sea contrario a los derechos emanados de la dignidad de las personas y especialmente en lo que afecta al derecho a no sufrir tratos degradantes, al derecho a la intimidad y el derecho a la libertad sexual», cometiendo violación, según también ha dicho este Tribunal, por no estar amparado en causa alguna de justificación, quien tuviere acceso carnal con su cónyuge usando fuerza o intimidación (Sentencias, entre otras, de 9 de marzo de 1989, 14 de febrero de 1990, 21 de septiembre de 1992, 23 de febrero de 1993, 27 de septiembre de 1995 y 8 de febrero de 1996), 689/2001, de 27 de abril [LA LEY 5901/2001].

En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 60, 96, 97, 101, 102, 103, 104, 118.1 y Disp. Adic. 1.^a

CAPÍTULO III

De las circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal

Artículo 21.

Son circunstancias atenuantes:

1. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

2. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2 del artículo anterior.

3. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

4. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

5. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

6. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 65 a 72.

CPM: art. 22.

La cualificación de una circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal requiere una valoración del supuesto de hecho concreto a fin de verificar que en el caso objeto de enjuiciamiento alcanza una especial intensidad atenuatoria teniendo en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan concurrir para verificar esa especial intensidad de la atenuante en cuestión (590/2004, de 6 de mayo [LA LEY 13424/2004] y 670/2005, de 27 de mayo [LA LEY 1718/2005]).

Art. 21.1.ª CP. Las causas expresadas en el Capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20, 68, 99, 101, 102, 103, 104.

Acudir, para cada una de las causas, a los comentarios del art. 20 CP.

Art. 21.2.ª CP. La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2.º del artículo anterior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20.2 66, 68, 99, 101, 102, 103 y 104.

Acudir a los comentarios del art. 20.2 CP.

Art. 21.3.ª CP. La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 65 a 72.

El art. 21.3.ª considera circunstancia atenuante la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante. **La cláusula**

de cierre, que permite apreciar con el mismo efecto otros estados pasionales diferentes, resta trascendencia a la diferencia entre el arrebató y la obcecación, pero ello no quiere decir que puedan alegarse conjunta y simultáneamente, pues se trata de estados pasionales distintos. Como se decía en 381/2006, «el primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una “especie de conmoción psíquica de furor” y la segunda como “un estado de ceguera u ofuscación”, con fuerte carga emocional el primero y acentuado sustrato pasional la segunda (STS de 2 de julio de 1988); otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el “arrebató como emoción súbita y de corta duración” y la “obcecación es más duradera y permanente” (STS de 28 de mayo de 1992); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (STS de 10 de octubre de 1997)», 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006]. Arrebató se dice cuando la reacción es momentánea y fulgurante, inmediata al estímulo, mientras que la obcecación tiene una mayor duración y permite el transcurso de un mayor lapso de tiempo respecto del estímulo. En todo caso el transcurso de un tiempo excesivo excluye la atenuante (STS de 14 de abril de 1992). El tercer término, el estado pasional de entidad semejante, añadido en 1983 probablemente para poder acoger el contenido de aquellas otras atenuantes de similar contenido que por aquella importante modificación legal quedaron derogadas (provocación o amenaza, vindicación próxima), extiende el ámbito de esta atenuante por voluntad del legislador, pero quizá de modo superfluo ante la amplitud de los otros elementos alternativos», 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006].

La atenuante 3.^a del art. 21, como recuerdan 2085/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 1835/2002] y 1369/2005, de 8 de noviembre [LA LEY 10012/2006], denominada de «estado pasional», que **evidentemente no se ha establecido para privilegiar reacciones coléricas, opera en la importancia que tienen ciertos estímulos en sujetos con personalidades psicopáticas, originándoles una disminución pasajera de influencia notoria en su capacidad (o juicio) de culpabilidad. Esta atenuante tiene, en consecuencia, su límite superior en el trastorno mental transitorio y su inferior está constituido por el simple acaloramiento (e incluso aturdimiento) que ordinariamente acompaña los delitos denominados de sangre,** 1145/2006, de 23 de noviembre [LA LEY 154858/2006].

Arrebató

En 1147/2005, de 12 de diciembre [LA LEY 14196/2005], se señalaba que «su esencia, como se recuerda en 582/1996, de 24 de septiembre [LA LEY 8681/1996], radica en una **sensible alteración de la personalidad del sujeto cuya reacción de tipo temperamental ante estímulos externos incide sobre su inteligencia y voluntad, mermándolas en relación de causa a efecto y en conexión temporal razonable, presentándose como una respuesta que puede ser entendida dentro de parámetros comprensibles en un entorno normal de convivencia.** La jurisprudencia de la Sala Segunda, que excluye el arrebató en los supuestos de simples reacciones coléricas y en los casos de simple acaloramiento o aturdimiento que acompaña a la comisión de algunas figuras delictivas, ha señalado que el fundamento de esta atenuante se encuentra en la disminución de la imputabilidad que se produce en un sujeto que se encuentra con la mente ofuscada por una pasión que en ese momento le afecta. Es posible que ese estado pasional venga provocado por una sucesión de hechos producidos en un período de tiempo más o menos extenso, y que permanezca larvado hasta su explosión a causa de un estímulo concreto que incide de forma importante en un sustrato previamente existente», 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006].

Señala 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], que en 18/2006, de 19 de enero, se decía que es jurisprudencia de esta Sala, por todas STS de 19 de diciembre de 2002, que **son dos los elementos configuran esta atenuante: causa y efecto:**

1.º Ha de existir una causa o estímulo, que ha de ser importante de modo que permita explicar (no justificar) la reacción delictiva que se produjo, 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 356/2008, de 4 de julio [LA LEY 86401/2008], 687/2007, de 29 de marzo [LA LEY 13883/2007], 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006].

No cualquier estímulo es válido a los efectos de atenuar la responsabilidad por la vía de la atenuante de estado pasional, 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006]. Debe constatarse la existencia de estímulos o causas, generalmente procedentes de la víctima (256/2002, de 13 de febrero [LA LEY 34600/2002]), que puedan ser calificados como poderosos, y que se entiendan suficientes para explicar en alguna medida la reacción del sujeto, con lo que quedan excluidos los estímulos nimios ante los que cualquier persona media reaccionaría con normalidad. Es en este sentido en el que ha de ser entendida la exigencia relativa a la proporcionalidad que debe existir entre el estímulo y la alteración de la conciencia y de la voluntad que acompaña a la acción. Si la reacción resulta absolutamente discordante por notorio exceso con el hecho motivador, no cabe aplicar la atenuación (STS de 27 de febrero de 1992), pues no es posible otorgar efectos atenuatorios a cualquier reacción pasional o colérica si no está contrastada la importancia del estímulo provocador del disturbio emocional en que el arrebato consiste y que ha de tener influencia menguante sobre la voluntad e inteligencia del autor (1483/2000, de 6 de octubre [LA LEY 377/2001]), 1147/2005, de 12 de diciembre [LA LEY 14196/2005].

Ha de haber cierta proporcionalidad entre el estímulo y la reacción (STS de 27 de febrero de 1992). Ha de proceder del comportamiento precedente de tal víctima (STS 20 de diciembre de 1996). El motivo desencadenante no ha de ser repudiable desde el punto de vista socio-cultural (STS de 14 de marzo de 1994), 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006]

2.º Tal causa o estímulo ha de producir un efecto consistente en una alteración en el estado de ánimo del sujeto, de modo que quede disminuida su imputabilidad, no tanto que llegue a integrar un trastorno mental transitorio constitutivo de una eximente completa o incompleta, ni tan poco que no exceda de una mera reacción colérica o de acaloramiento o leve aturdimiento que suele acompañar a algunas figuras delictivas y ha de considerarse irrelevante (STS de 2 de abril de 1990), 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], A 361/2009, de 19 de febrero [LA LEY 8580/2009], 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 356/2008, de 4 de junio [LA LEY 86401/2008], 687/2007, de 29 de marzo [LA LEY 13883/2007]. Ha de quedar acreditada la ofuscación de la conciencia, o estado emotivo repentino o súbito, u otro estado pasional semejante, que acompaña a la acción.

Pudiendo añadirse:

3.º Debe existir una relación causal entre uno y otra, de manera que la conducta sea una consecuencia de la trascendencia del estímulo, 1147/2005, de 12 de diciembre [LA LEY 14196/2005], 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 1089/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 256485/2007], 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], 1147/2005, de 13 de octubre [LA LEY 14196/2005], 209/2003, de 12 de febrero [LA LEY 2001/2003], 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003].

4.º Ha de existir una cierta conexión temporal, pues el arrebató no podrá apreciarse si ha mediado un tiempo entre estímulo y reacción que prudencialmente permita estimar que se ha recuperado la frialdad de ánimo, 1147/2005, de 12 de diciembre [LA LEY 14196/2005], 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 1089/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 256485/2007], 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], 1147/2005, de 13 de octubre [LA LEY 14196/2005], 209/2003, de 12 de febrero [LA LEY 2001/2003], 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003].

5.º Que la respuesta al estímulo no sea repudiable desde la perspectiva de un observador imparcial dentro de un marco normal de convivencia, 1147/2005, de 12 de diciembre [LA LEY 14196/2005], 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 1089/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 256485/2007], 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], 1147/2005, de 13 de octubre [LA LEY 14196/2005], 693/2004, de 26 de mayo [LA LEY 11516/2005], 209/2003, de 12 de febrero [LA LEY 2001/2003], 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003].

La reacción amparada en la atenuación debe ir dirigida a la asegurar la convivencia social, pues no ha de olvidarse la función del Derecho penal, la ordenación de la convivencia, por lo que los presupuestos de la atenuación deben ser lícitos y acordes con las normas de convivencia. De ahí que no pueda aceptarse como digna de protección por el ordenamiento, mediante una circunstancia que refleja una menor culpabilidad, una conducta que no hace sino perpetuar una desigualdad de género, manteniendo una especie de derecho de propiedad sobre la mujer con la que se ha convivido, 18/2006, de 19 de enero [LA LEY 10817/2006]. Lo que se describe en el hecho probado no es sino una reacción extremadamente colérica del acusado ante la actitud de la mujer orientada a hacer uso legítimo de su libertad de opción vital, y como se ha dicho en otras ocasiones, la atenuante de arrebató no supone que el derecho venga a reconocer un menor reproche o a privilegiar de alguna forma reacciones coléricas que lesionan bienes ajenos, y menos aún para atenuar la responsabilidad de quien actúa violentamente para imponer a otro una relación afectiva o de pareja no deseada o para represaliar su libre decisión de no continuarla, 1472/2005, de 7 de diciembre [LA LEY 10639/2006]. El Tribunal rechaza la apreciación de cualquier tipo de atenuación de la responsabilidad criminal del acusado por estimar probado que las anomalías que supone su particular personalidad, únicamente implican una cierta dificultad para atemperar a la norma su conducta, la cual está más condicionada por sus esquemas socio-cognitivos, por sus ideas de corte machista y, en definitiva, por la forma en que se ha venido desarrollando en su relación de pareja. De ahí que tampoco quepa apreciar las atenuantes de arrebató o de obcecación en su conducta, porque, motivada ésta por el deseo del acusado de que su compañera retirase a toda costa la denuncia que había formulado contra él, dicha denuncia fue consecuencia de la grave agresión de que el acusado le hizo objeto, tras decirle ella que no tenía dinero para darle —ante la petición de éste, que, incluso, llegó a decirle que la iba a prohibir trabajar, cuando era ella, precisamente, la única persona que con su trabajo mantenía a todo el grupo familiar—. Por lo cual, hemos de reconocer que, en cualquier caso, las causas o los estímulos que pudieron condicionar la conducta del acusado, aquí enjuiciada, no fueron lícitos y acordes con las normas de convivencia, como exige reiterada jurisprudencia para la posible estimación de dichas circunstancias de atenuación (SSTS de 3 de mayo de 1988, 30 de junio de 2004 y 19 de enero de 2006); no siendo jurídicamente aceptable una atenuación de responsabilidad respecto de las conductas que no persiguen otra finalidad que perpetuar una desigualdad de género, entre el hombre y la mujer, manteniendo una especie de derecho de propiedad de aquél sobre ésta en la convivencia de pareja, 828/2009, de 13 de julio [LA LEY 125302/2009].

Esta atenuante será incompatible con aquellas situaciones en que el acaloramiento y la perturbación anímica que produce dicho estado se encuentran consustanciales naturalmente con el desarrollo de la comisión delictiva, como sucede en las riñas mutuamente aceptadas, en donde tras encrespase los ánimos, las palabras se convierten en ardientes arietes que desencadenan una tensión tan fuerte que los sujetos, presos del calor y de la tensión, avivados por la defensa de sus respectivas posiciones, inmersos en la descompostura, continúan por acometerse mutuamente, agrediendo con intensidad. En ese estadio de ofuscación, naturalmente concurrente en toda riña, no puede apreciarse la circunstancia atenuante de arrebató, como ha declarado esta Sala con reiteración (1167/1998 de 14 de octubre [LA LEY 10747/1998], 1110/1999 de 7 de julio [LA LEY 8775/1999]; 2085/2001 de 12 de noviembre [LA LEY 1835/2002]), 487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008].

Obcecación

Los requisitos para la apreciación de la atenuante serían los mismos señalados para el arrebató, diferenciándose conceptualmente del anterior en cuanto a la génesis o composición interna del estado en el sujeto activo; El primero ha sido definido por nuestra jurisprudencia como una «especie de conmoción psíquica de furor» y la segunda como «un estado de ceguedad u ofuscación», con fuerte carga emocional el primero y acentuado sustrato pasional la segunda; otras veces, se les relaciona con su duración temporal, y así, el «arrebató como emoción súbita y de corta duración» y la «obcecación es más duradera y permanente» (1237/19992, 28 de mayo); la primera está caracterizada por lo repentino o súbito de la transmutación psíquica del agente, diferenciándose de la obcecación por la persistencia y la prolongación de la explosión pasional que ésta representa (1116/1997, 10 de octubre), 479/2009, de 30 de abril [LA LEY 67180/2009], 489/2008, de 10 de julio [LA LEY 103550/2008], 847/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], 1233/2006, de 12 de diciembre [LA LEY 181088/2006], 1033/2006, de 19 de octubre [LA LEY 119547/2006].

En el caso presente la violenta reacción del acusado aparece en el hecho probado como acción provocada por un poderoso estímulo exterior: los insultos proferidos en la calle por la otra acusada hasta que se revolvió contra ella agrediendo. El propio relato histórico al reflejar el desarrollo del hecho implica la evidencia de un estado de irritación y cólera incompatible con la fría reflexión y la intensidad del estímulo detonante del enfurecimiento. Los insultos eran gravísimos ya que faltando a la verdad le seguía por la calle diciendo a voces que aquel hombre —el acusado— le había robado el dinero en un cajero; lo decía en público y a gritos, en plena calle, oyéndole por tanto cualquier transeúnte que por allí pasara; el insulto fue persistente porque lo repitió durante un largo trecho siguiendo al acusado que intentaba librarse de aquella mujer sin conseguirlo; y las consecuencias fueron también graves puesto que provocó que la Policía se hiciera presente, terminando por detener al recurrente. Por tanto: la gravedad de las injurias y calumnias soportadas, unida a la persistencia en tan ofensivo comportamiento, más la publicidad abochornante e intolerable de semejante acción, y las consecuencias perjudiciales del incidente, constituyen cuatro factores que denotan por sí mismos la intensidad del estímulo y el natural ofuscamiento que necesariamente hubo de producirse en el ánimo del acusado cuando perdido el control propinó un bofetón a quien le seguía dando aquellas voces por la calle. La atenuante de arrebató u ofuscación es por ello apreciable; y con carácter de cualificada precisamente porque la conjunción de los cuatro factores señalados, permiten inferir que la obcecación reactiva y el furor del recurrente tuviera que ser de gran intensidad, con merma muy relevante de su autocontrol, lo que ha de traducirse en la consiguiente atenuación cualificada de responsabilidad, rebajando en un grado la pena correspondiente, de conformidad con el art. 66-1.º, 2.ª CP, 417/2009, de 7 de abril [LA LEY 67192/2009].

Distinción del trastorno mental transitorio y el arrebató u obcecación

No es tarea sencilla efectuar la distinción entre el trastorno mental transitorio, cuando no tiene una base patológica, como eximente incompleta y la atenuante de estado pasional cuando su entidad conduce a apreciarla como muy cualificada. En varias ocasiones se ha pronunciado la Sala Segunda sobre el tema. Como recogió la STS de 8 julio 1992, la diferencia entre el trastorno mental transitorio y el arrebató u obcecación fácil cuando se contempla la eximente completa, con relación a la semieximente el criterio más acertado para la distinción es el de la mayor o menor intensidad del efecto que la causa exógena produce en la mente del sujeto, como señala STS de 15 octubre 1990, y recuerda 1113/1998, de 29 de septiembre [LA LEY 9761/1998], al tener el trastorno mental y el arrebató en común una alteración de las facultades mentales producidas por estímulos provenientes de la víctima, tan sólo se diferencian por la intensidad de factores endógenos sin que lleguen a ser patológicos, y una cierta duración frente al carácter prevalentemente exógeno y sumamente fugaz, característico del arrebató, en todo caso, la intensidad ha de producirse atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso. En 2138/1993, de 30 de septiembre [LA LEY 1634/1994] se señala que la distinción entre trastorno mental transitorio y el arrebató o obcecación, es de fácil solución si nos referimos a la eximente completa, pues el primero constituye una reacción vivencial anómala, que perturba totalmente las facultades psíquicas, privando de libre albedrío y sumiendo al sujeto en total inconsciencia, aunque por escaso tiempo, mientras que el último consiste en una ofuscación más o menos rápida y momentánea, más en el arrebató y menos en la ofuscación, debida a móviles pasionales o emotivos, que afectan a la inteligencia y a la voluntad sin llegar a anularlas. El criterio de la distinción, entre la eximente incompleta y el arrebató u obcecación, hay que buscarlo en el criterio de la mayor o menor intensidad del efecto que la causa exógena, emoción o pasión, haya producido en la mente del sujeto, de tal forma que será aplicable la primera, cuando los efectos sean más intensos y, por tanto, ocasionando en quien la padece una transitoria pérdida del comprender y del querer, o de alguna de ellas, muy superiores a las normales de las situaciones pasionales, 209/2003, de 12 de febrero [LA LEY 2001/2003]. El criterio de la distinción entre la eximente incompleta y el arrebató u obcecación, hay que buscarlo en la mayor o menor intensidad del efecto que la causa exógena (emoción o pasión) haya producido en la mente del sujeto, de tal forma que será aplicable la primera cuando los efectos sean más intensos y, por tanto, ocasionando en quien la padece una transitoria pérdida del comprender y del querer, o de alguna de ellas, muy superiores a las normales de las situaciones pasionales (527/1997, de 22 de abril [LA LEY 6135/1997]). Procederá la aplicación de la atenuante si la alteración anímica sufrida por el sujeto no llega hasta hacerle perder el dominio de sus actos pero sí disminuye sensiblemente su capacidad de control (1744/1994, de 10 de octubre [LA LEY 14144/1994], 1110/1996, de 20 de diciembre [LA LEY 1100/1997] y 1382/2000, de 24 de octubre [LA LEY 7070/2001]).

Otras cuestiones

No procede en cambio traducir la atenuante en una reducción de la responsabilidad civil: los supuestos en que procede tal disminución por contribución de la víctima al resultado son aquellos en que su aportación se produce en el plano objetivo de lo causal respecto al resultado dañoso; lo cual no es predicable del caso presente en que la intervención de la lesionada se mueve en la órbita subjetiva de lo motivacional del sujeto, cuya acción de agredir constituye la única a la que son imputables, en el plano de lo causal, las lesiones indemnizables, quedando así la eficacia de la atenuante concretada en una menor reprochabilidad de la conducta, con disminución de la pena consiguiente, independiente de la responsabilidad civil por el perjuicio, 417/2009, de 7 de abril [LA LEY 67192/2009].

Art. 21.4.^a CP. La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades.

Señala 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000], que en la Jurisprudencia de los últimos años y en la formulación que tiene ahora en el citado art. 21.4, esta circunstancia atenuante ha perdido los tintes subjetivos que antes la adornaban para convertirse en el premio a un determinado comportamiento que tiene una utilidad de carácter objetivo en cuanto que la confesión del reo facilita o simplifica el funcionamiento de los Juzgados y Tribunales en el proceso penal. A los efectos de su aplicación no interesa que alguien se arrepienta de lo hecho, menos aún que tal arrepentimiento fuera más o menos espontáneo, sino que haya una conducta objetivamente favorecedora de la investigación o prueba de lo ocurrido. Esto tiene su reflejo en la norma penal cuando para la concurrencia de esta atenuante se exige el mencionado requisito cronológico: «antes de conocer la apertura del procedimiento judicial», como decía el art. 9.9 CP 1973, o como con más precisión se expresa ahora el art. 22.4: «antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él», 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000]. El fundamento de la atenuación no se asienta en el factor subjetivo de pesar o contrición sino en el dato objetivo de la realización de actos efectivos de colaboración con la justicia, facilitando la investigación del delito y descubrimiento y castigo de los culpables (613/2006, de 1 de junio [LA LEY 70342/2006], 145/2007, de 28 de febrero [LA LEY 8215/2007], 550/2007, de 28 de febrero, 550/2007, de 18 de junio [LA LEY 52021/2007], 889/2007, de 24 de octubre [LA LEY 170577/2007], 738/2009, de 8 de julio [LA LEY 125104/2009].

Concreta 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000], que esta circunstancia atenuante, según su actual redacción en el art. 22.4 del CP vigente, exige la concurrencia de los siguientes elementos:

1.º Ha de existir un acto de «confesión de la infracción», esto es, una declaración en la cual una persona reconozca su participación en una actividad delictiva, cualquiera que sea la forma en que esta declaración se realice, oral, escrita, en persona, por correo, por teléfono, etcétera, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

2.º El sujeto activo de esa confesión ha de ser «el culpable», como dice la propia norma penal, es decir, la misma persona que luego es condenada por el delito confesado. Puede actuar por propia iniciativa o inducido por algún otro, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

3.º Ha de ser veraz en el sentido de que ha de contar con sinceridad todo lo ocurrido conforme él lo apreciara, sin ocultar nada importante y sin añadir datos falsos con los que pretendiera exculpase o exculpar a otros. Veracidad en lo sustancial, porque determinados matices o mentiras de orden menor pueden tolerarse, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

Que la confesión sea veraz, esto es, se trata de una declaración sincera, que en lo esencial se atribuya el confesante, sin propósito exculpatorio, la materialización de los hechos investigados (1421/2005, de 14 de noviembre [LA LEY 10634/2006], 79/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2438/2007], 550/2007, de 18 de junio [LA LEY 52021/2007]).

4.º Ha de mantenerse la confesión a lo largo de las diferentes manifestaciones realizadas en el proceso, también en lo sustancial, pues contradicciones en extremos accidentales también pueden admitirse, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

5.º La confesión ha de hacerse «a las autoridades». En beneficio del reo ha de entenderse esta expresión, no en el estricto sentido en que este término aparece definido en el art. 24 CP, sino en uno mucho más amplio comprensivo de los agentes de la autoridad y de los funcionarios públicos que tienen obligación de perseguir y, en tal concepto, pueden servir de cauce para que en definitiva (esto es lo importante) esa confesión llegue a la autoridad judicial. Precisamente lo más frecuente es que estas confesiones se hagan ante la Policía. Incluso que, si hay un expediente administrativo que se instruye por algún funcionario público, que luego pasa a la autoridad judicial tramitándose el correspondiente proceso penal, esta confesión se realice ante ese funcionario: es lo que ocurrió en el caso presente, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

6.º Por último, se exige un requisito cronológico: que la confesión se hubiera hecho «antes de conocer (el confesante) que el procedimiento se dirige contra él», 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000].

En la expresión «dirigir el procedimiento contra el culpable» debe entenderse en el sentido de que las diligencias policiales deben incluirse dentro del término procedimiento, dado que forman parte de él y de no interpretarse de este modo perdería su razón de ser la atenuación. El término «dirigir» debe entenderse en el sentido de poseer datos suficientes para poder identificar al autor del hecho; de ahí que la atenuación tendrá virtualidad cuando la identidad del autor del hecho delictivo se desconozca y dicho autor lo haga saber a las autoridades encargadas de la investigación, como decimos, todavía ignorantes de la autoría del delito (164/2006, de 22 de febrero, 1009/2006, de 18 de octubre, 1057/2006, de 3 de noviembre, 1071/2006, de 8 de noviembre, 1145/2006, de 23 de noviembre, 1168/2006, de 29 de noviembre, 159/2007, de 21 de febrero, 179/2007, de 7 de marzo y 544/2007, de 21 de junio), 738/2009, de 8 de julio [LA LEY 125104/2009].

Conocida es la doctrina de esta Sala que viene siguiendo un criterio muy amplio a la hora de determinar qué ha de entenderse por procedimiento judicial, pues muy reiteradamente venimos diciendo que la iniciación de diligencias policiales ya son «procedimiento judicial» a estos efectos, cuando se dirigen contra el luego acusado y condenado y éste conoce su existencia (SSTS de 31 de enero de 1995, 27 de septiembre de 1995, 27 de septiembre de 1996 y 7 de febrero de 1998, entre otras muchas), en consideración precisamente a la prácticamente nula utilidad que tiene para el proceso el que confiese lo ocurrido quien ya sabe que es perseguido como responsable del delito por parte de quienes intervienen en el atestado con el que ordinariamente se inician las diligencias penales, 43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000]. En los mismos términos, 790/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 184769/2008], señala que la Sala Segunda en evitación de fraudes en los que se pretende un favorecimiento torticero de la atenuación, ha entendido que la incoación de diligencias penales por la policía debe reputarse comienzo de un procedimiento judicial. Ahora bien, donde no ha establecido presunciones es en punto a determinar cuando se entiende dirigido el procedimiento contra el sujeto sospechoso. Lo que quiere impedir la Ley es que ante la comisión de unos hechos delictivos, en los que ha participado un sujeto al que es perfectamente posible identificar a través de otras pruebas, sin necesidad de su confesión y ello desde un momento anterior a que éste confiese, es obvio que atribuirse un hecho sobre el que la policía judicial o el Juez de Instrucción tiene datos probatorios suficientes de su autoría, resulta irrelevante e inoperante en orden a la facilitación de la investigación delictiva y de colaboración con la justicia, que es la ratio atenuatoria del art. 21-4 CP, 790/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 184769/2008].

Los actos de arrepentimiento verificados después del conocimiento de la apertura del procedimiento judicial en el sentido de la realización de actos de colaboración con la justicia cuando ya se ha iniciado la investigación de los hechos y ello es conocido por el acusado, deben estimarse integrantes de una atenuante análoga a la de arrepentimiento (821/1994, de 22 de abril [LA LEY 3133/1994] y 1254/1997, de 20 de octubre [LA LEY 11306/1997]), si bien ha de tratarse de una cooperación de carácter relevante a favor del trámite de la causa penal (50/2005, de 28 de enero [LA LEY 946/2005] y 844/2005, de 29 de junio [LA LEY 12990/2005]). La confesión de los hechos ha merecido, en el caso de los delitos relacionados con las actividades de bandas armadas o elementos terroristas, una disminución drástica de la pena en uno o dos grados por la vía de la atenuación analógica cuando se abandonan las actividades delictivas, se evita la producción de un resultado o una situación de peligro o se coadyuva eficazmente para la identificación y captura de otros responsables (1254/1997, de 20 de octubre [LA LEY 11306/1997]).

Art. 21.5.^a CP. La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

El art. 21.5 dispone que es circunstancia atenuante la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima o a disminuir sus efectos, exigiendo expresamente que tal conducta tenga lugar en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral, 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008]. En este sentido, señala 1479/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10206/2003], la circunstancia atenuante cuestionada (la atenuante de reparación), en la línea de las modernas corrientes del Derecho penal, responde a unos claros criterios de política criminal y tiene un marcado carácter objetivo, así como unos amplios límites temporales para su efectividad. Señala 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], con cita de 1071/2006, de 25 de octubre [LA LEY 138607/2006], que supone una típica decisión de política criminal del legislador, en la que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima en el que ha primado la consideración del beneficio objetivo de la víctima —sea por la vía de la plena reparación de los daños sufridos por la misma, sea por la mera disminución de sus efectos— sobre los aspectos éticos y subjetivos propios de las razones que hayan podido determinar al culpable a actuar de tal manera tras la comisión del hecho punible. Tal como recuerda 683/2007, de 17 de julio «la jurisprudencia de esta Sala ha entendido que, con independencia del requisito cronológico, la atenuación se basa en razones de política criminal orientadas a la protección de la víctima, por lo que ha exigido que la reparación sea significativa o de cierta eficacia». Son principalmente razones de política criminal orientadas a la protección de las víctimas de toda clase de delitos, las que sustentan la decisión del legislador de establecer una atenuación en la pena en atención a actuaciones del autor del delito, posteriores al mismo, consistentes en la reparación total o parcial, aunque siempre ha de ser significativa, del daño ocasionado por la conducta delictiva, 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008] Su fundamento se encuentra en el interés general de que sea satisfecha la víctima, y en una disminución de la necesidad de pena a imponer, dado que la colaboración voluntaria del autor puede ser valorada como un indicio de su regeneración y disminución de su peligrosidad (851/2004, de 24 de junio [LA LEY 13733/2004]), o de un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (1517/2003, de 18 de noviembre [LA LEY 10931/2004]). Lo que pretende esta atenuante es incentivar el apoyo y ayuda a las víctimas, lograr que el propio responsable del hecho delictivo contribuya a la reparación o curación del daño de toda índole que la acción delictiva ha ocasionado, desde la perspectiva de una política criminal orientada por la victimología, en la que

la atención a la víctima adquiere un papel preponderante en la respuesta penal. Para ello resulta conveniente primar a quien se comporta de una manera que satisface el interés general, pues la protección de los intereses de las víctimas no se considera ya como una cuestión estrictamente privada, de responsabilidad civil, sino como un interés de toda la comunidad (285/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1392/2003], 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]). Señala 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007] que el elemento subjetivo, característico de la anterior atenuante del art. 9.9 CP 1973, parece ahora irrelevante pues no se hace preciso acreditar la motivación del sujeto para realizar esos actos de reparación material o de dar satisfacción al ofendido, pues son dos las formas en que puede manifestarse, con lo que va más allá de la satisfacción meramente económica, 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]. Despojada la conducta de sus elementos subjetivos, en cuanto no se exige un particular sentimiento o actitud de arrepentimiento, lo trascendente para apreciar la atenuante es que la reparación pueda considerarse relevante en atención a las circunstancias del caso y del culpable, 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008].

Para su posible estimación, no es preciso que la conducta del acusado suponga la plena reparación del daño causado con el delito, ni tampoco debe entenderse limitada a los aspectos de orden económico, 1479/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10206/2003], posibilitándose una reparación parcial, adecuada a la medida de la propia capacidad económica del acusado, 49/2003, de 23 de enero [LA LEY 1760/2003]. Por otra parte, la reparación no sólo se refiere al resarcimiento de los perjuicios materiales, sino que la jurisprudencia ha admitido la reparación moral o simbólica, siempre que el acto reparatorio pueda considerarse significativo en relación con la índole del delito cometido. En este sentido, entre otras 100/2004, de 16 de septiembre [LA LEY 13910/2004], 145/2007, de 28 de febrero [LA LEY 8215/2007], 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], 683/2007, de 17 de julio [LA LEY 79567/2007] y 2/2007, de 16 de enero [LA LEY 256/2007], en la que se recogía lo que sigue: «En este mismo orden de cosas debemos insistir en que el elemento sustancial de esta atenuante consiste en la reparación del daño causado por el delito o la disminución de sus efectos, en un sentido amplio de reparación que va más allá de la significación que se otorga a esta expresión en el art. 110 CP, pues el art. 110 se refiere exclusivamente a la responsabilidad civil, diferenciable de la responsabilidad penal a la que afecta la atenuante. Cualquier forma de reparación del daño o de disminución de sus efectos, sea por la vía de la restitución, de la indemnización de perjuicios, de la reparación moral o incluso de la reparación simbólica (216/2001, de 19 de febrero [LA LEY 3774/2001] y 794/2002, de 30 de abril [LA LEY 5532/2002], entre otras), puede integrar las previsiones de la atenuante», 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008], 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]. 990/2003, de 2 de julio [LA LEY 10064/2004], tras reconocer que esta atenuante es un tanto selectiva y discriminatoria en cuanto que deja fuera de sus posibilidades a las personas que carecen de recursos económicos, pero también sería injusto prescindir de ella en los casos en que el autor desarrolla una conducta activa de reparación o disminución del daño, admitiéndose no sólo la reparación de carácter económico, pues también se podría aplicar cuando se produce la restitución de los efectos del delito o cuando el culpable trata de reparar los efectos del delito por otras vías alternativas, pudiéndose aplicar por analogía, 990/2003, de 2 de julio [LA LEY 10064/2004]. En los supuestos de reparación parcial habrá que atender a su relevancia objetiva en función de las características del hecho delictivo, del daño ocasionado y de las circunstancias del autor y de la víctima (1831/2002, de 4 de noviembre [LA LEY 11515/2003]), no pudiendo exigirse que la reparación del daño sea total despreciando aquellos supuestos en los que el autor hace un esfuerzo de reparación significativo, aunque sea parcial, pues el legislador ha incluido también en la atenuación

la disminución de los efectos del delito, y es indudable que una reparación parcial significativa contribuye a disminuir dichos efectos (1517/2003, de 18 de noviembre [LA LEY 10931/2004]). Para valorar la cantidad de la que se debe partir, teniendo en cuenta que las apreciaciones de las partes sobre la valoración del daño suelen ser muy discrepantes, puede tomarse como referencia la petición del Ministerio Fiscal como órgano público independiente, si ya se ha producido la calificación provisional, siempre en relación con las cantidades que usualmente por estos conceptos suelen conceder los Juzgados y Tribunales (49/2003, de 24 de enero [LA LEY 189382/2001] y 1517/2003, de 18 de noviembre [LA LEY 10931/2004]).

De otro lado, la jurisprudencia ha exigido que la razón de la atenuación concorra con una especial intensidad para apreciar la atenuante como muy cualificada, habiendo considerado insuficiente el mero resarcimiento ordinario de las responsabilidades civiles 136/2007, de 8 de febrero [LA LEY 1679/2007]; o la consignación de la indemnización cuando la causa ya estaba terminada 83/2007, de 2 de febrero [LA LEY 3282/2007]. En sentido coincidente 133/2005, de 7 de febrero, 50/2008, de 29 de enero [LA LEY 17689/2008]. Por atenuante muy cualificada entendió la doctrina de la Sala Segunda, *ad exemplum* —SSTS 26 de junio de 1985, 29 de octubre de 1986, 29 de enero de 1988, 21 de diciembre de 1989, 30 de mayo de 1991, 26 de marzo de 1998 y 19 de febrero de 2001—, aquellas que alcanzan una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia, teniendo en cuenta las condiciones del culpable, antecedentes del hecho y cuantos elementos o datos puedan detectarse y ser reveladores del merecimiento de la conducta del inculpado. En este caso, para reputar una atenuante como muy cualificada es necesario que la Sentencia lo declare expresamente o se deduzca de los hechos declarados probados —STS de 29 de octubre de 1986— y que deben estimarse como muy cualificadas cuando de las circunstancias concurrentes se deduzca una menor dolo o malicia en la intencionalidad delictiva, bien por la menor libertad volitiva del sujeto para delinquir o por la menor entidad del propósito criminoso o acercamiento a la justificación —STS de 22 de septiembre de 1990—, habiendo señalado la Sentencia de 26 de mayo de 1986 que para que proceda la estimación de esta especial cualificación, es preciso: 1.º Que su intensidad sea superior a la normal respecto a la atenuante correspondiente. 2.º Que se atienda a la circunstancialidad del hecho, del culpable y del caso, 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007].

Al mismo tiempo la colaboración voluntaria del autor a la reparación del daño ocasionado por su acción puede ser valorada como un inicio de rehabilitación que disminuye la necesidad de la pena (STS de 25 de junio de 1999). No obstante, en algunas Sentencias como STS de 3 de octubre de 2003, parece exigible lo que se denomina *actus contrarius* por el cual el autor reconoce las infracciones de las normas cometidas, y la STS de 9 de abril de 2001, con más detalle precisa que esta atenuante se basa en la realización de un *actus contrarius* al delito que implica un reconocimiento de la norma vulnerada por éste y en la consiguiente compensación de la reprochabilidad del autor al ámbito del orden jurídico del cual se alejó cometiendo el delito concluyendo en que «lo decisivo es exteriorizar una voluntad de reconocimiento de la norma infringida, 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]».

Cuando se trata de asesinatos consumados, la única reparación posible se concreta en la indemnización de los perjuicios causados, o bien por la vía de la reparación simbólica, siempre que en ambos casos pueda atribuirse significación o eficacia al acto de reparación, tal como ya antes se dijo, 683/2007, de 17 de julio [LA LEY 79567/2007].

La Sala Segunda ha reconocido en ocasiones algún valor en la individualización de la pena al reconocimiento de los hechos como intento de restauración del orden jurídico alterado por el

delito, aunque no alcance el nivel necesario para constituir una atenuante de confesión del art. 21.º.4.º o del 21.6.º por analogía, para lo que son precisos otros requisitos, 683/2007, de 17 de julio [LA LEY 79567/2007].

Cuando se aprecia arrepentimiento activo (art. 16.2 CP), la atenuante queda absorbida, de forma que no puede valorarse nuevamente para atenuar la responsabilidad por las lesiones si ocasionadas (1511/2002, de 20 de septiembre; AP Madrid, Sección 4.ª, 76/2005, de 30 de mayo [LA LEY 120820/2005]).

Art. 21.6.ª CP. Cualquier otra circunstancia de análoga significación que las anteriores.

Hemos de partir —como se dice en 145/2007, de 28 de febrero [LA LEY 8215/2007], 1057/2006, de 3 de noviembre [LA LEY 135309/2006] y 2012/2000 [LA LEY 231999/2000]— de que para que una atenuación pueda ser estimada como análoga de alguna de las expresamente recogidas en el Texto del CP ha de atenderse a la existencia de una semejanza del sentido intrínseco entre la conducta apreciada y la definida en el texto legal, desdénando a tal fin meras similitudes formales y utilizándolo como un instrumento para la individualización de las penas, acercándolas así al nivel de culpabilidad que en los delincuentes se aprecie, pero cuidando también de no abrir un indeseable portillo que permita, cuando falten requisitos básicos de una atenuante reconocida expresamente, la creación de atenuantes incompletas que no han merecido ser recogidas legalmente (SSTS de 14 de febrero de 1996 y 6 de octubre de 1998), 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008].

La Sala Segunda considera que pueden ser apreciadas circunstancias atenuantes por analogía, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], 544/2007, de 21 de julio [LA LEY 52029/2007]:

a) En primer lugar, aquellas que guarden semejanza con la estructura y características de las cinco restantes del art. 21 del CP.

b) En segundo lugar, aquellas que tengan relación con alguna circunstancia eximente y que no cuenten con los elementos necesarios para ser consideradas como eximentes incompletas.

c) en un tercer apartado, las que guarden relación con circunstancias atenuantes no genéricas, sino específicamente descritas en los tipos penales.

d) En cuarto lugar, las que se conecten con algún elemento esencial definidor del tipo penal, básico para la descripción e inclusión de la conducta en el Código Penal, y que suponga la ratio de su incriminación o esté directamente relacionada con el bien jurídico protegido.

e) Por último, aquella analogía que esté directamente referida a la idea genérica que básicamente informan los demás supuestos del art. 21 del Código Penal, lo que, en ocasiones, se ha traducido en la consideración de atenuante como efecto reparador de la vulneración de un derecho fundamental, singularmente el de proscripción o interdicción de dilaciones indebidas, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], 544/2007, de 21 de julio [LA LEY 52029/2007].

Ahora bien, la atenuante de análoga significación no puede alcanzar nunca al supuesto de que falten los requisitos básicos para ser estimada una concreta atenuante, porque lo equivaldría a crear atenuantes incompletas o a permitir la infracción de la norma, pero tampoco puede exigirse una similitud y una correspondencia absoluta entre la atenuante análoga y la que sirve de tipo, pues ello equi-

valdría a hacer inoperante el humanitario y plausible propósito de que hablaba la Sentencia 28.1.80, (SSTS de 27 de abril de 1985, de 11 de mayo de 1992, 159/1995, de 3 de febrero, 5 de enero de 1999, 27 de enero de 2003 y 2 de abril de 2004), 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008].

La aplicación de una atenuante por analogía debe inferirse del fundamento de la atenuante que se utilice como referencia para reconocer efectos atentatorios a aquellos supuestos en los que concurra la misma razón atenuatoria. En las atenuantes *ex post facto* el fundamento de la atenuación se encuadra básicamente en consideraciones de política criminal, orientadas a impulsar la colaboración con la justicia en el concreto supuesto del art. 21.4 CP, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]. La doctrina viene exigiendo para que pueda acogerse una circunstancia como analógica que se dé una semejanza o conformidad razonable con el valor o sentido de la atenuante sobre la que la analogía se configura (AA 1732/2003, de 23 de octubre [LA LEY 237696/2003], de 26 de septiembre de 2002 [LA LEY 224419/2002]) aunque no concurriera, claro es, algún otro de los requisitos de la atenuante a la que la analogía se asemeje, 1199/1998, de 19 de octubre [LA LEY 111043/1998], que ha de analizarse siempre con extremada prudencia para evitar un abuso discrecional especialmente cuando como en este caso no existan merecimientos para ello, 508/1995, de 7 de junio [LA LEY 14572/1995]

Si bien sólo de modo excepcional puede otorgarse carácter muy cualificado a una atenuante analógica (SSTS de 1 de octubre de 2003, 26 de marzo de 1998 y 24 de octubre de 1994, entre otras), ello no impide que tal efecto excepcional se reconozca cuando el fundamento atenuatorio concurre con especial intensidad por la especial relevancia de la actuación colaboradora del acusado, es decir, en aquellos supuestos en que la cooperación es activa y resulta decisiva para el descubrimiento y detención de quienes se encuentran en el escalón superior de una operación de tráfico de droga de relevante entidad, 159/2009, de 24 de febrero [LA LEY 4684/2009].

Supuestos

Acudir a los comentarios de los apartados de los arts. 20 y 21 CP

Dilaciones indebidas

La dilación indebida es considerada por la jurisprudencia como un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, si el mismo resulta injustificado y si constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable. Se subraya también su doble faceta prestacional —derecho a que los órganos judiciales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable—, y reaccional —traduciéndose en el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en que se incurra en dilaciones indebidas, 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009].

Señala 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008], que como se dice en 258/2005, de 28 de febrero [LA LEY 11786/2005], 1144/2005, de 11 de octubre [LA LEY 14042/2005], 875/2007, de 7 de noviembre [LA LEY 180036/2007], la doctrina de la Sala Segunda, siguiendo el criterio interpretativo del TEDH en torno al art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que reconoce a toda persona, el derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable, señala los factores que han de tenerse en cuenta para su estimación, que son los siguientes:

— La complejidad del proceso, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008].

— Los márgenes ordenados de duración de los procesos de la misma naturaleza en igual período temporal, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008].

— El interés que arriesga quien invoca la dilación indebida, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008].

— Su conducta procesal y la de los órganos jurisdiccionales en relación con los medios disponibles, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008]. Que esas propias «dilaciones», en los términos de nuestra Constitución, no se produzcan a causa de verdaderas «paralizaciones» del procedimiento o se debieran al mismo acusado que las sufre, supuestos de rebeldía, por ejemplo, o a su conducta procesal, motivando suspensiones, etc., 788/2009, de 12 de julio [LA LEY 125270/2009].

Por ello, el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, que no es identificable con el Derecho procesal al cumplimiento de los plazos establecidos en las leyes, impone a los órganos jurisdiccionales la obligación de resolver las cuestiones que les sean sometidas, y también ejecutar lo resuelto, en un tiempo razonable. Se trata, por lo tanto, de un concepto indeterminado que requiere para su concreción el examen de las actuaciones procesales, a fin de comprobar en cada caso si efectivamente ha existido un retraso en la tramitación de la causa que no aparezca suficientemente justificado por su complejidad o por otras razones, y que sea imputable al órgano jurisdiccional y no precisamente a quien reclama, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008]. En términos análogos, es, por tanto, un concepto abierto o indeterminado, que requiere, en cada caso, una específica valoración acerca de si ha existido efectivo retraso verdaderamente atribuible al órgano jurisdiccional, es el mismo injustificado y constituye una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable (STC 133/1988, de 4 de junio, y STS de 14 de noviembre de 1994, entre otras), 788/2009, de 12 de julio [LA LEY 125270/2009].

En particular debe valorarse la complejidad de la causa, el comportamiento del interesado y la actuación de las autoridades competentes (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso González Doria Durán de Quiroga c. España y STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España, y las que en ellas se citan). En el examen de las circunstancias de la causa también el TEDH ha señalado que el período a tomar en consideración en relación al art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales empieza desde el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación, en razón a las medidas adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos (STEDH de 28 de octubre de 2003, Caso López Sole y Martín de Vargas c. España), 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008].

Continúa 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008] señalando que en cuanto los efectos, 34/2004, de 23 de enero [LA LEY 1006/2004], con cita de 1231/2002, de 1 de julio [LA LEY 124405/2002], dice lo siguiente:

«Los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas puede producir en el seno de un procedimiento penal ha sido objeto de discusión en tres reuniones de pleno no jurisdiccional de esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo:

a) En la primera de ellas, del día 2-10-92, obtuvo mayoría de votos entre los Magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el correspondiente pronunciamiento condenato-

rio. Habría de tener eficacia en una posible solicitud de indulto o en una petición de indemnización al Estado por el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, conforme al art. 121 CE y a los arts. 299 y ss. LOPJ.

b) Luego el tema volvió a tratarse en otra reunión de 29.4.97 en la que se acordó que, en caso de apreciarse que en el proceso penal hubiera habido la mencionada vulneración y hubiera de estimarse su motivo de casación al respecto, así habría de declararse por esta Sala en la correspondiente Sentencia, sin condena en costas y con los pronunciamientos que se considerasen adecuados, en su caso, sobre proposición de indulto, suspensión de la ejecución de la pena mientras se tramitara la solicitud de esta medida de gracia, conforme a lo dispuesto en el art. 4.4 CP y un pronunciamiento de segunda Sentencia.

c) Días más tarde, en otra reunión celebrada el 21.5.99, se acordó reconocer eficacia en la Sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a través de la circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 CP vigente que se corresponde con la del art. 10.10 CP 1973. Se acordó por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental, de orden procesal, reconocido en el art. 24.2 CE, podía producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio producido por el retraso en la tramitación del procedimiento por causas ajenas al propio condenado», 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008].

Postura ésta sentada en la jurisprudencia más reciente, por ejemplo 858/2004, de 1 de julio [LA LEY 13732/2004], que sobre la base del art. 4.4 CP ha descartado que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de la validez del proceso y por ello de la Sentencia condenatoria. Por el contrario, partiendo de la validez de la Sentencia, ha admitido la posibilidad de proceder a una reparación del derecho vulnerado mediante una disminución proporcionada de la pena en el momento de la individualización, por lo que habrá de atender a la entidad de la dilación. El fundamento de esta decisión radica en que la lesión causada injustificadamente en el Derecho Fundamental como consecuencia de la dilación irregular del proceso, debe ser valorada al efecto de compensar una parte de la culpabilidad por el hecho, de forma análoga a los efectos atenuatorios que producen los hechos posteriores al delito recogidos en las atenuantes 4.^a y 5.^a del art. 21 CP. Precisamente en relación con estas causas de atenuación, las dilaciones indebidas deben reconducirse a la atenuante analógica del art. 21.6 CP, 755/2008, de 26 de octubre [LA LEY 176107/2008], 581/2009, de 2 de junio [LA LEY 84785/2009]. Por lo demás, en la práctica la jurisdicción ordinaria ha venido operando para graduar la atenuación punitiva con el criterio de la necesidad de pena en el caso concreto y también ha atendido a los perjuicios que la dilación haya podido generar al acusado (SSTC 237/2001 [LA LEY 1112/2002], 177/2004 [LA LEY 10007/2005] y 153/2005 [LA LEY 13312/2005]; y 1733/2003, de 27 de diciembre [LA LEY 218999/2003]; 858/2004, de 1 de julio [LA LEY 13732/2004]; 1293/2005, de 9 de noviembre [LA LEY 10145/2006]; 535/2006, de 3 de mayo [LA LEY 48429/2006]; 705/2006, de 28 de junio [LA LEY 77142/2006]; 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]; 40/2009, de 28 de enero [LA LEY 1916/2009]; y 202/2009, de 3 de marzo [LA LEY 8796/2009], 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009]).

Además de lo anterior se ha exigido en ocasiones que quien denuncia las dilaciones haya procedido a denunciarlas previamente en el momento oportuno, pues la vulneración del derecho, como recordaba 1151/2002 de 19 de junio, «no puede ser apreciada si previamente no se ha dado oportunidad al órgano jurisdiccional de reparar la lesión o evitar que se produzca, ya que esta denuncia previa constituye una colaboración del interesado en la tarea judicial de la eficaz tutela a la que obliga

el art. 24.1 de la Constitución mediante la cual poniendo la parte al órgano Jurisdiccional de manifiesto su inactividad, se le da oportunidad y ocasión para remediar la violación que se acusa (SSTC 73/1992 [LA LEY 1955-TC/1992], 301/1995, 100/1996 [LA LEY 7774/1996] y 237/2001 [LA LEY 1112/2002]; STS 175/2001, 12 de febrero [LA LEY 3224/2001]). Sin embargo, como ha dicho la Sala Segunda en 1497/2002, de 23 septiembre [LA LEY 417/2003] y 705/2006 de 28 de junio [LA LEY 77142/2006], «en esta materia no se deben extremar los aspectos formales. En primer lugar porque en el proceso penal, y sobre todo durante la instrucción, el impulso procesal es un deber procesal del órgano judicial. Y, en segundo lugar, porque el imputado no puede ser obligado sin más a renunciar a la eventual prescripción del delito que se podría operar como consecuencia de dicha inactividad. Esto marca una diferencia esencial entre el procedimiento penal, en lo que se refiere a la posición del imputado, y otros procesos que responden a diversos principios. El derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas está configurado en el art. 24 CE sin otras condiciones que las que surgen de su propia naturaleza». Así pues, la obligación de colaborar con el órgano jurisdiccional, que compete a las partes en orden a la necesidad de respetar las reglas de la buena fe (art. 11.1 LOPJ), y que se concreta en la denuncia oportuna de las dilaciones con el fin de evitar cuanto antes, o en su caso de paliar, la lesión del derecho fundamental, no alcanza al acusado en el proceso penal hasta el extremo de obligarle a poner de manifiesto la posibilidad de que pueda prescribir el delito cuya comisión se le atribuye, negándole en caso contrario los efectos derivados de una administración de la Justicia con retrasos no justificables. Ahora bien, lo que sí debe exigirse es que la parte recurrente señale los puntos de dilación en la tramitación y la justificación de su carácter indebida. Así se pronuncian las SSTS de 10 de diciembre de 2004 y 15 de marzo de 2007, «para la apreciación de la atenuante analógica no es suficiente su mera alegación, sino que es necesario que quien la reclama, explicita y concrete las demoras, interrupciones o paralizaciones que haya sufrido el proceso, a fin de que esta Sala pueda verificar la realidad de las mismas, evaluar su gravedad y ponderar si están o no justificadas. Como recuerda 1373/2002, de 23 de julio, «sin perjuicio de que una excesiva prolongación del procedimiento, se reconozca o no la existencia de dilación indebida, puede valorarse en la individualización de la pena conforme a las reglas generales, hay que señalar que aquella no opera abstractamente, es decir, no basta con señalar que la duración del procedimiento no ha sido razonable con independencia de aducir las situaciones procesales concretas que deben tenerse en cuenta para alcanzar la conclusión de la vulneración del derecho», 581/2009, de 2 de junio [LA LEY 84785/2009].

Mayoría de edad penal pero menor de 21 años

El art. 69 del Código Penal de 1995, no incluido ciertamente en la Disposición Final 7.^a entre las disposiciones de entrada en vigor suspendida hasta la promulgación de la ley penal del menor, es norma penal en blanco que sin el complemento de la ley a que se refiere, carece de efectos inmediatos, limitándose a establecer la previsión de que «al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Se trata de una excepción a la regla general que sitúa en los 18 años el límite de edad para ser penalmente responsable con arreglo al Código Penal (art. 19) extendiéndola hasta los 21 años. Pero una excepción que no se concreta en el precepto porque queda supeditada a los casos y los requisitos que establezca la ley referenciada; carece pues de eficacia directa e inmediata al agotar su contenido normativo con la mera previsión de lo que puedan establecer en tal sentido los preceptos de la futura ley. Resulta por ello actualmente inaplicable sin necesidad de una expresa suspensión de su entrada en vigor, a diferencia de lo que sucede con el art. 19. La promulgación de la ley penal del menor es necesaria tanto para la entrada en vigor, por ahora suspendida, del art. 19 (Disposi-

ción Final 7.^a CP/1995) como para la integración normativa del art. 69, carente hoy, como norma penal en blanco que es, de eficacia alguna en el régimen de la atenuación por razón de la edad. Este régimen se contiene exclusivamente hoy por hoy en los arts. 9.3 y 65 del Código Penal de 1973. En segundo lugar, la atenuación analógica del art. 21.6 del Código Penal se ha de construir con relación a las atenuantes «anteriores» como el precepto expresa. Es decir, a las del propio art. 21, incluida la primera que se refiere a las eximentes incompletas «del Capítulo anterior». No cabe por tanto construir una atenuante por analogía tomando el art. 69 como referencia de ésta, 716/1999, de 10 de mayo [LA LEY 75829/1999].

CAPÍTULO IV

De las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal

Artículo 22.

Son circunstancias agravantes:

1.^a Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

2.^a Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

3.^a Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

4.^a Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

5.^a Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

6.^a Obrar con abuso de confianza.

7.^a Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

8.^a Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 65 a 72.

La apreciación de una agravante genérica o específica, sin prueba alguna que la sustente, vulnera la presunción de inocencia (ATC 418/1983, de 28 de septiembre).

Art. 22.1.ª CP. Ejecutar el hecho con alevosía.

Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

CONCORDANCIAS

CP: art. 139.1.

Elementos comunes a las modalidades de alevosía

Los elementos de la alevosía son, 379/2009, de 13 de abril [LA LEY 49575/2009] 25/2009, de 22 de enero [LA LEY 1186/2009], 999/2007, de 26 de noviembre [LA LEY 216868/2007], 105/2007, de 14 de febrero [LA LEY 9725/2007], 1145/2006, de 23 de noviembre [LA LEY 154858/2006], 1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003] 1866/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 707/2003]:

a) Normativo, que exige que el delito de apreciación sea un delito contra las personas.

b) En cuanto al modo de actuar que se utilicen medios modos o formas que han de ser objetivamente adecuados para asegurar la ejecución, porque eliminen las posibilidades de defensa proveniente de la víctima, sin que sea suficiente el convencimiento del sujeto acerca de su idoneidad.

Para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone, 550/2008, de 18 de septiembre [LA LEY 137770/2008].

c) En cuanto al componente subjetivo, que el sujeto actúe con dolo que abarque, al mismo tiempo la utilización de los citados medios, modos o formas, y su funcionalidad para asegurar la ejecución e impedir la defensa del ofendido, de suerte que pueda decirse que el sujeto busca eliminar conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de la víctima, 379/2009, de 13 de abril [LA LEY 49575/2009] Subjetivamente, el autor debe conocer los efectos que los medios, modos o formas en la ejecución, elegidos directamente o aprovechados, van a producir en la supresión de las posibilidades de defensa del agredido, 105/2007, de 14 de febrero [LA LEY 9725/2007]. No concurre el elemento subjetivo que reclama la STS 693/2004 de 26 de mayo cuando dice que es requisito que el dolo del autor se proyecte no sólo sobre la utilización de los medios, modos o formas empleados, sino también sobre su tendencia a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél. Requisito que no

puede considerarse concurrente cuando el sujeto actúa en determinadas condiciones personales de ofuscación, como proclama en el caso concreto que juzgamos, la Sentencia de la instancia, según advertimos en 93/2004 de 31 de enero pese a la doctrina que, en general, admite la compatibilidad de la agravante de alevosía con la circunstancia de arrebató del art. 21.3 e incluso con la enajenación mental del art. 20.1.^a del CP de acuerdo con el criterio establecido en el acuerdo plenario de la Sala de 26 de mayo de 2002, 395/2007, de 27 de abril [LA LEY 20336/2007].

No hay ninguna incompatibilidad ni conceptual ni ontológica en que el agente trate de asegurar la ejecución evitando la reacción de la víctima —aseguramiento de la ejecución— y que al mismo tiempo continúe con la acción que puede tener como resultado de alta probabilidad la muerte de la víctima, la que acepta en la medida que no renuncia a los actos efectuados. En esa misma línea se pronuncian 415/2004 de 25 de marzo [LA LEY 12115/2004], 514/2004 de 19 de abril [LA LEY 12764/2004] y 653/2004 de 24 de mayo [LA LEY 2606/2004], esta última referida a un supuesto muy parecido el que ahora examinamos y en la que se declara que de los hechos probados no se deduce con racional certeza la intención directa de matar, pero se infiere con lógica que el acusado conocía suficientemente el grandísimo peligro generado por su acción, que ponía en grave riesgo la vida de dos personas, prefiriendo de manera consciente la ejecución peligrosa del incendio a la evitación de sus posibles consecuencias, y añade que la agravante específica de alevosía, 1.^a del art. 139 CP, es compatible con el dolo eventual, de acuerdo con una jurisprudencia amplia y constante de esta Sala sostenida por Sentencias recientes, aunque la cuestión es ardua y ha sido debatida y cuestionada en algunos pronunciamientos de la propia Sala. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, 2615/1993 de 20 de diciembre [LA LEY 13654/1993], 975/1996 de 21 de enero de 1997 [LA LEY 1426/1997], 1006/1999 de 21 de junio [LA LEY 10371/1999], 1011/2001 de 4 de junio [LA LEY 6276/2001], 1804/2002 de 31 de octubre [LA LEY 600/2003] y 71/2003 de 20 de enero [LA LEY 12829/2003], citando las dos últimas a las cuatro primeras. En la misma línea 1010/2002 de 3 de junio [LA LEY 10122/2003], estableció que «en el delito de asesinato alevoso el dolo eventual respecto del resultado es suficiente para la realización del tipo» (F 2.^o). La definición legal de la alevosía, tanto en el CP actual como en el derogado, hace referencia a asegurar la indefensión, como recordaba la Sentencia citada de 21 de junio de 1999 que estimó la existencia de la agravante con independencia de que el autor tuviera intención directa de matar o, simplemente, la aceptara como consecuencia de su acción, 622/2009, de 10 de junio [LA LEY 99205/2009]. La jurisprudencia se ha pronunciado por la incompatibilidad del dolo eventual de muerte y dolo directo de actuar alevosamente (1052/1994 de 24 de mayo [LA LEY 29367-JF/0000], 1245/1995 de 5 de diciembre [LA LEY 879/1996], 219/1996 de 15 de marzo [LA LEY 5030/1996], 1043/1996 de 19 de diciembre [LA LEY 1237/1997], 861/1997 de 11 de junio [LA LEY 7347/1997]), pero en la actualidad la compatibilidad con la intención dolosa meramente eventual, está ya consolidada: dolo eventual de muerte y dolo directo de actuar alevosamente. Han afirmado la compatibilidad, entre otras, las Sentencias 2615/1993 de 20 de diciembre, 975/1996 de 21 de enero de 1997, 1006/1999 de 21 de junio, 1011/2001 de 4 de junio, 1804/2002 de 31 de octubre, 71/2003 de 20 de enero, 1166/2003 de 26 de septiembre, 119/2004 de 2 de febrero, 239/2004 de 31 de octubre, 1229/2005 de 19 de octubre, 21/2007 de 19 de enero, 466/2007 de 24 de mayo, 803/2007 de 27 de septiembre, 716/2009, de 2 de julio [LA LEY 119130/2009].

d) Finalmente, que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a aquellas finalidades.

Se añade un elemento teleológico, que impone la comprobación de si en realidad, en el caso concreto, se produjo una situación de total indefensión, 716/2009, de 2 de julio, 713/2008, de 13 de noviembre, 1145/2006, de 23 de noviembre, entre muchas.

De lo antes expuesto se entiende que la esencia de la alevosía se encuentra en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa, en cuanto supone el aseguramiento de la ejecución con ausencia de riesgo, frente al mero abuso de superioridad, que tiene presente una situación que tan sólo tiende a debilitar la defensa que pudiera efectuarse, 25/2009, de 22 de enero [LA LEY 1186/2009].

En ocasiones se ha apreciado como requisito de esta agravante (1094/1996, de 28 de diciembre [LA LEY 1507/1997]) «que se capte una mayor repulsa social de la acción delictiva de la que intrínsecamente lleva al resultado», y viene manteniéndose la agravación cuando el delito se dirige contra niños (529/1994, de 8 de marzo [LA LEY 2871/1994]), ancianos (273/1998, de 28 de febrero [LA LEY 4938/1998]), inválidos, ciegos o personas que accidentalmente no pueden defenderse como las que están dormidas, drogadas o sin conocimiento, con el argumento de que es más ruin y cobarde la acción contra estas personas porque ni siquiera ha de ocuparse el sujeto de eliminar los medios de defensa, aprovechando la condición de indefensión del sujeto pasivo que no puede percibirse de la agresión (331/1997, de 17 de marzo [LA LEY 5370/1997], 601/1997, de 30 de abril [LA LEY 5831/1997], 77/2001, de 29 de enero [LA LEY 716454/2001 y 870/2005, de 1 de julio [LA LEY 149268/2005]).

Modalidades de alevosía

La jurisprudencia, y la doctrina, diferencian, partiendo de estos elementos comunes, tres modalidades de comportamiento alevoso: proditorio, caracterizado porque el autor ejecuta la acción «a traición», es decir tendiendo trampa o preparando emboscada; sorpresivo, cuando el ataque es, para la víctima, súbito, inesperado e imprevisto; y cuando se efectúa aprovechando el desvalimiento de la víctima la cual, dada la situación de desamparo no está capacitada para afrontar una reacción defensiva (niño o persona inconsciente), 379/2009, de 13 de abril [LA LEY 49575/2009]

La delimitación conceptual realizada, más teórica que práctica, no supone un encasillamiento impermeable entre las diversas modalidades comisivas que impida hallar elementos configurativos de un tipo de alevosía en otro. Así, por ejemplo, la naturaleza sorpresiva de la alevosía, reseñada en segundo lugar [letra b)], es perfectamente predicable del primer supuesto (letra a), pues si el agresor se oculta en lugar adecuado para agredir a la víctima, es indudable que su acción constituirá un ataque sorpresivo, por inesperado, para dicha víctima, 713/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 169570/2008].

Alevosía proditoria

Caracterizada por la trampa, asechanza o emboscada, de manera que el autor actúa «a traición y sobre seguro» (2038/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 1542/2003] y 82/2005, de 28 de enero [LA LEY 793/2005]), disminuyendo las posibilidades de defensa de la víctima (540/2004, de 5 de mayo) concurriendo en este caso una cierta premeditación en la que se valora la total efectividad de la acción.

Alevosía sorpresiva

La que se produce actuando el agente de manera sorpresiva e imprevista (2079/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 205414/2002], 1866/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 707/2003], 1507/2003, de 10 de noviembre [LA LEY 11299/2004], 583/2004, de 4 de mayo [LA LEY 103853/2004] y 1110/2005, de 5 de octubre [LA LEY 14034/2005]). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues

quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible (379/2009, de 13 de abril [LA LEY 49575/2009]). Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. Y, también reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (178/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3575/2001]), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho (1214/2003, de 24 de septiembre [LA LEY 10194/2004]). Se produce y admite en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la referida agravante, siempre que, tras una interrupción temporal o solución de continuidad significativa en la actuación del agente, el ataque se reanuda en un segundo estadio, aprovechando el sujeto activo de la indefensión de la víctima. Se produce cuando en un posterior momento de la actuación agresiva se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para producir una nueva y diferente agresión, diversa a la antes realizada a través de una acción diferente (1029/2001, de 30 de mayo [LA LEY 6146/2001]). No habría lugar a la estimación de la alevosía sobrevenida si, en los distintos lances de una agresión o serie de agresiones consecutivas, el sujeto abate a la víctima y ya indefensa ésta como consecuencia de la confrontación, se le remata. No es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de la víctima así como de la facilidad que ello supone (140/2005, de 3 de febrero [LA LEY 11185/2005]). El ataque cara a cara no excluye la alevosía si existió ataque por sorpresa y sin posibilidad de reaccionar (195/2005, de 17 de febrero [LA LEY 11591/2005]). La sorpresa, y la indefensión son los elementos clave en el caso que analizamos, en el que la víctima está plenamente confiada cuando los agresores detienen bruscamente el vehículo a escasa distancia y saliendo del mismo inopinadamente, se abalanzan sobre ella, en grupo, en situación propicia para asegurar la efectividad del ataque, garantizada por la superioridad numérica y la disponibilidad de armas así como por la modalidad de ataque súbito, inesperado, sorpresivo, en el que el fallecido —antes de que fuese capaz de reaccionar— se encontró acorralado y agredido a cuchilladas, no pudiendo hacer otra cosa que intentar detener con su mano desnuda alguno de los golpes y recibiendo seguidamente los otros en el tórax y en la zona dorsal, sufriendo heridas mortales de necesidad, 382/2001, de 13 de marzo [LA LEY 3737/2001]. En algunas ocasiones (STS de 11 de julio de 1991) se ha hecho mención a un principio de confianza, refiriéndose a situaciones en las que no hay razón para que la víctima deba esperar un ataque que pudiera precisar de la organización de alguna clase de defensa; lo cual, aunque está más relacionado con la modalidad llamada proditoria o de traición, no es ajeno al ataque por sorpresa, ni tampoco a estos supuestos de ataques realizados en grupo contra otra u otras personas que circulan por las vías públicas confiadas en la inexistencia de motivos para ser gravemente agredidas, 850/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185192/2007].

Es cierto, como dice el recurrente, que hay una doctrina reiterada de esta Sala que considera incompatible con la alevosía la existencia de una situación de riña o disputa previa, pues tal situación hace que pueda esperarse el ataque constitutivo del delito pero tal doctrina, dice 694/2000, de 24 de abril [LA LEY 86199/2000], tiene una doble matización: 1.ª Que no exista un cambio cualitativo importante, pues puede haber alevosía cuando, por ejemplo, en una riña meramente verbal, de repente uno de los contendientes saca una navaja de forma inesperada para matar o lesionar. 2.ª Que no haya cesado el incidente anterior, pues cuando éste se ha dado por terminado y después hay una agresión súbita puede concurrir esta agravante,

264/2008, de 12 de mayo [LA LEY 61777/2008]. Esta modalidad de alevosía es apreciable cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación (178/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3575/2001]) de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho, 999/2007, de 26 de noviembre [LA LEY 216868/2007].

Alevosía por desvalimiento

La que se realiza con aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento de la víctima, quien, por sus características particulares —ya sea por tratarse de persona indefensa por su propia condición (niño, anciano, inválido, ciego, etc.), ya por hallarse accidentalmente privada de aptitud para defenderse (dormida, drogada, sin conocimiento, anonadada, etc.)—, no puede repeler el ataque que sufre, actuando así el agente sin riesgo que pueda proceder de la defensa de aquélla (2047/2000, de 28 de diciembre [LA LEY 2400/2001], 49/2004, de 21 de enero, 782/2004, de 14 de junio [LA LEY 11569/2005], 1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005], 140/2005, de 3 de febrero [LA LEY 11185/2005], 193/2005, de 10 de febrero [LA LEY 32149/2005], 357/2005, de 22 de marzo [LA LEY 11915/2005], 464/2005, de 13 de abril [LA LEY 82303/2005], 739/2005, de 13 de junio [LA LEY 13099/2005] y 1083/2005, de 28 de septiembre [LA LEY 13987/2005]; hay alevosía por prevalimiento, ya que el acusado se aprovecha de una especial situación de total desamparo de la víctima que impide cualquier manifestación de defensa... al tratarse de una niña de veintinueve meses, sin que pueda apreciarse la alevosía menor o abuso de superioridad ya que no se trata de un supuesto de desequilibrio de fuerzas sino de ausencia absoluta de reacción o defensa, 716/2009, de 2 de julio [LA LEY 119130/2009]. De todos estos datos fácticos puede deducirse que la conclusión del Jurado de que ambas víctimas se encontraban indefensas y sin posibilidad de reacción, al estar dormidas o en estado de semi-inconsciencia fue correcta, concurriendo los requisitos de la alevosía de desvalimiento, 713/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 169570/2008].

Compatibilidad con atenuantes

Nada impide la compatibilidad entre la alevosía y la embriaguez, como ha sido reiteradamente declarado por esta Sala, «siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia o lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza». Si la afectación de las facultades del recurrente se concluye que son leves, en ningún caso es dable asumir la relevancia que se pretende al hecho de la ingesta de las bebidas alcohólicas (384/2000, de 13 de marzo [LA LEY 6565/2000]). Incluso en casos de perturbación más profunda, apreciada como eximente incompleta, es posible apreciar al mismo tiempo la agravante de alevosía, siempre que de las circunstancias del hecho pueda deducirse que el sujeto era consciente de las características de su acción y de que con ellas se producía la supresión de las posibilidades de defensa de la víctima. Así se recoge 273/1998, de 28 de febrero [LA LEY 4938/1998] en la que se afirmaba que la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 8 de marzo de 1999; 22 de marzo de 1995, 17 de diciembre de 1996; 19 de abril, 13 de junio y 30 de abril de 1997 admite la compatibilidad de la alevosía con cualquier estado de perturbación anímica siempre y cuando el agente mantenga el suficiente gra-

do de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio empleado en la agresión, el referido a la forma de agresión y la trascendencia de la búsqueda o del aprovechamiento que respecto de esos medios y esas formas hace uso, y ello es así porque la perturbación psíquica no impide por lo común la elección de medios o el aprovechamiento de la ocasión si el sujeto mantiene íntegras su voluntad e inteligencia siquiera aparezcan más o menos disminuidas (Sentencias 13 junio y 1 julio 1994 y 24 noviembre 1995), 1866/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 707/2003].

Se ha declarado la compatibilidad de la alevosía con circunstancias atenuantes de enajenación (2182/2002, de 31 de diciembre [LA LEY 1752/2003]), embriaguez (243/2004, de 24 de febrero), con atenuante analógica de alteración psíquica y drogadicción (2047/2000, de 28 de diciembre [LA LEY 2400/2001]), con eximentes incompletas o con trastorno mental transitorio (682/1995, de 3 de mayo, 1689/1994, de 3 de octubre [LA LEY 14136/1994] y 1216/1994, de 13 de junio [LA LEY 27375-JF/0000]; AP Alicante, Sección 1.ª, 244/2005, de 8 de abril [LA LEY 78036/2005]) e incluso con la eximente completa de enajenación mental cuando la anulación de las capacidades de control voluntario de la conducta no impide al sujeto, en cambio, planear y realizar con toda lógica otras operaciones para la perpetración del delito, como la excogitación de una forma de actuar alevosa (1437/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 1721/2003] y 1110/2005, de 5 de octubre).

La alevosía es el arrebato o estado pasional, siempre que el agente conserve el suficiente grado de conciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de agresión (STS de 28 de octubre de 1996). Como dice la STS de 1 de julio de 1994, aunque es verdad que la jurisprudencia de esta Sala viene sosteniendo que la alevosía exige, además del elemento objetivo (empleo de medios, modos o formas), otro elemento subjetivo (es decir, que aquellos medios, modos o formas sean conocidos y queridos por el agente, que los busque o los aproveche), también lo es que tal exigencia, de carácter subjetivo, no se opone a la existencia contemporánea de estados psíquicos o cursos de los sentimientos que alteran la normalidad o el equilibrio de la mente y/o de la voluntad, 1145/2006, de 23 de noviembre [LA LEY 154858/2006].

Otras cuestiones

600/2005, 10 de mayo, recuerda la homogeneidad, desde la perspectiva del principio acusatorio, entre las agravantes de alevosía y abuso de superioridad. La STS 1458/2004, 10 de diciembre [LA LEY 464/2005], afirmó que no se había vulnerado el principio acusatorio, al tratarse la agravante finalmente apreciada por el Tribunal —abuso de superioridad— de una circunstancia claramente homogénea con la alevosía, pues, en realidad, se trata de alevosía imperfecta o alevosía menor ya que participa de la misma estructura que la agravante 1.ª del art. 22 CP, pero sin llegar en sus consecuencias al mismo grado de indefensión y desamparo en que se sitúa a la víctima. De este modo ha sido reconocido por la jurisprudencia de esta Sala en multitud de Sentencias, alguna de las cuales cita la recurrida, por ejemplo, 357/2002, 4 de marzo [LA LEY 4741/2002], cuando declara que «aplicar tal agravante, cuando no ha sido pedida por las acusaciones que sí solicitaron la apreciación de la alevosía, no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos, como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino tiende a eliminarla (619/1994, 18 de marzo [LA LEY 2948/1994])». Igualmente, 1340/2000, 25 de julio [LA LEY 9760/2000] que excluye la alevosía pero aprecia el abuso de superioridad subrayando que «esta apreciación no produce indefensión alguna para el acusado, pues la imputación de alevosía

siguiente recoge todos los elementos de hecho constitutivos de esta otra agravante de abuso de superioridad», 850/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185192/2007]. Aplicar la agravante de abuso de superioridad cuando no ha sido pedida por la acusación que sí solicitó la apreciación de la alevosía no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala como es exponente la Sentencia 76/2009, de 4 de febrero, en la que se declara que el abuso de superioridad y la alevosía son circunstancias homogéneas, es algo que no admite duda. Ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque. Cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, surge del tronco común la rama de la alevosía, en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide toda posibilidad de defenderse al atacado y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante. Es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última —la alevosía— no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la «alevosía menor», pues quien pide lo más, pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario. En consecuencia, la jurisprudencia ha entendido que no infringe el principio acusatorio la apreciación de la agravante de abuso de superioridad cuando, alegada la alevosía, se descarta su concurrencia, 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009].

La alevosía es una circunstancia esencialmente objetiva caracterizada por la especial facilidad de la comisión del delito mediante el empleo en su ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 22.1 CP), de forma que el deslinde de esta circunstancia que califica el asesinato con la agravante ordinaria de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), difícil en muchas ocasiones, debe ser analizado cuidadosamente caso a caso, por cuanto se trata de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si la defensa por parte de la víctima ha sido eliminada en base a los medios, modos o formas empleadas o por el contrario solamente se ha debilitado o disminuido, en el entendimiento desde luego que esta última alternativa no puede ser simbólica sino dotada de un mínimo de efectividad. El elemento subjetivo a que se refiere la Jurisprudencia existirá siempre que la acción se ejecute conscientemente no siendo desde luego exigible un ánimo específico o duplicado del propósito del agresor, es decir, la acción alevosa realizada conscientemente implica ya el ánimo de conseguir el resultado sin riesgo para su autor (1469/03 y 557/05), 104/2007, de 24 de enero [LA LEY 3276/2007].

Art. 22.2.ª CP. Ejecutar el hecho mediante disfraz, con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido o faciliten la impunidad del delincuente.

Esta circunstancia agrupa bajo su rúbrica un complejo de circunstancias que tienen como común denominador y factor característico, el hecho de procurar la debilitación de la defensa que pudiera desplegar el ofendido o facilitar el anonimato o la impunidad. Como ha puesto de relieve la doctrina, en su seno se acogen anteriores y tradicionales agravantes, que tenían un espacio au-

tónimo en el CP 1973, como el disfraz, el abuso de superioridad, el auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, la nocturnidad, el despoblado y la cuadrilla, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008].

Disfraz

Cualquier ocultación o desfiguración del rostro o facciones, de la apariencia exterior o de la indumentaria habitual del sujeto activo, constituye disfraz, siendo la *ratio essendi* de la agravación, en unas ocasiones las mayores facilidades comisivas al poderse aproximar el ofendido sin despertar sospechas o recelos logrando su desprevenimiento y, en otras, las más, al haber conseguido el culpable no ser reconocido e identificado, es decir, «bien una mayor facilidad en la ejecución bien una más segura impunidad, siendo la primera finalidad pretendida en las menos de las veces y en las más de las ocasiones la segunda, 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007].

Alguna línea de la doctrina jurisprudencial sostiene que la agravante de disfraz no incrementa el desvalor jurídico penal por el ocultamiento de la identidad del autor sino que la finalidad de la agravante está representada por el mayor efecto intimidante que el enmascaramiento ejerce sobre la víctima y la mayor energía criminal que aquel exterioriza en la ejecución del hecho —2468/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 3715/2002]—. Pero que la línea mayoritaria pone el énfasis en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de la persona, al tiempo de la comisión del hecho, a fin de evitar la identificación y las responsabilidades consiguientes o, las menos de las veces, con la finalidad de obtener una mayor facilidad en la ejecución —939/2004, de 12 de julio [LA LEY 2557/2004] y 144/2006, de 20 de febrero [LA LEY 11124/2006]—, 1160/2006, de 9 de noviembre [LA LEY 150063/2006].

La jurisprudencia exige tres requisitos para la apreciación de la agravante, 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], 144/2006, de 20 de febrero [LA LEY 11124/2006, 207/2005, de 27 de mayo [LA LEY 1718/2005], 393/2004, de 12 de julio [LA LEY 2557/2004], 1221/2002, de 25 de junio [LA LEY 7147/2002]:

1.º Objetivo, consistente en la utilización de un medio apto para cubrir o desfigurar el rostro o la apariencia habitual de una persona. No es necesario que el disfraz utilizado impida percatarse de las facciones o figura del delincuente, pero sí que ello se produzca con notorias dificultades, sin que pueda servir un enmascaramiento parcial imperfecto (1333/1998, de 4 de noviembre [LA LEY 683/1999] y 1891/2000, de 5 de diciembre [LA LEY 52/2001]). La aplicación de la agravante se justifica por el reproche que merece buscar la impunidad ocultando la identidad física, bastando que el dispositivo utilizado sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación aunque no se alcance ese interés (618/2004, de 5 de mayo [LA LEY 1603/2004]). Se han considerado por la jurisprudencia aptos como medios para ocultar la identificación y, en consecuencia, para la estimación de la agravante, las siguientes prendas o utensilios: gorro, mascarilla y gafas (1421/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 415/2005]), pasamontañas (488/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5908/2002], 245/2003, de 21 de febrero [LA LEY 2361/2003], 305/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1979/2003] y 743/2004, de 9 de junio [LA LEY 11523/2005]), máscara (670/2005, de 27 de mayo [LA LEY 1718/2005]), media en la cabeza (479/2003, de 31 de marzo [LA LEY 61585/2003], 415/2004, de 25 de marzo [LA LEY 12115/2004] y 939/2004, de 12 de julio [LA LEY 2557/2004]), bufanda con la que se tapa hasta el borde de la nariz (618/2004, de 5 de mayo [LA LEY 1603/2004]), prenda textil no determinada (347/2002, de 1 de marzo [LA LEY 5003/2002]).

2.º Subjetivo, o propósito de evitar la propia identificación para eludir sus responsabilidades (o en menos ocasiones para una mayor facilidad).

3.º Cronológico, porque ha de usarse al tiempo de la comisión del hecho delictivo, careciendo de aptitud a estos efectos agravatorios cuando se utilizara antes o después de tal momento (1264/1998 de 20 de octubre [LA LEY 19/1999], 939/2004 de 12 de julio [LA LEY 2557/2004]). El hecho probado especifica que el acusado se quitó la máscara una vez concluido el intento de robo y en lugar diferente de donde aquél se llevó a cabo, de suerte que en el caso de despojarse del disfraz, la jurisprudencia exige, para no apreciar la agravante, que sea mediante un acto de propia voluntad del sujeto durante el desarrollo del *iter criminis*, debiéndose apreciar, por tanto, cuando la retirada de la máscara se produjo, luego del fracaso del hecho planteado, al intentar la huida, 670/2005, de 27 de mayo [LA LEY 1718/2005]. La Sentencia tiene en cuenta parte de lo alegado por el recurrente, pero matiza sus conclusiones. Declara que los acusados permanecieron con la cara tapada, si bien en un espacio corto de tiempo dos de los secuestrados pudieron ver momentáneamente sus rostros. Con ello, se pone de relieve un elemento objetivo preponderante que se manifiesta en la utilización, durante la mayor parte del tiempo que duraron los hechos de una prenda, cuyo principal destino o utilidad es precisamente ocultar los rasgos faciales. La Sentencia pondera el momentáneo levantamiento o apartamiento de la prenda que cubre el rostro con las cinco horas que duraron los hechos lo que supone una más notable efectividad del objetivo de disimular u ocultar el rostro para dificultar la identificación lo que justifica la aplicación de la agravante. Es más, otro de los agresores permaneció todo el tiempo cubierto, por lo que el objetivo propuesto se cumplió en su integridad, 936/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226036/2008].

Procederá la apreciación de la agravante «cuando en abstracto, el medio empleado sea objetivamente válido para impedir la identificación. Es decir, el presupuesto de hecho para la aplicación de la agravación no requiere que efectivamente las personas presentes en el hecho puedan, no obstante la utilización de un dispositivo dirigido a impedir la identificación, reconocer el autor del hecho delictivo, sino que, como se ha dicho, basta que el dispositivo sea hábil, en abstracto, para impedir la identificación, aunque en el supuesto concreto no se alcance ese interés» (939/2004, de 12 de julio [LA LEY 2557/2004], y 618/2004, de 5 de mayo [LA LEY 1603/2004], citando ambas a 1025/1999, de 17 de junio [LA LEY 8152/1999], 939/2004, de 12 de julio [LA LEY 2557/2004], 144/2006, de 20 de febrero [LA LEY 11124/2006]).

Los hechos describen un enmascaramiento por el uso de gorra de visera, peluca y gafas de sol, con apoyo de las declaraciones policiales, y en el reportaje fotográfico obrante en autos; atuendo de indudable capacidad ocultadora del rostro, hasta el punto de infundir sospechas por resultar llamativo a los Agentes de la Policía. El dato de que actuó con ese disfraz en los momentos ejecutivos del delito a que la Sentencia se refiere se deduce de que lo llevaba cuando se dirigió a colocar la bomba y también cuando después de hacerlo fue detenido por la Policía, según resulta de la declaración, por lo que no es imaginable por absurdo que se quitara el disfraz en el momento de su misma colocación y activación en el Banco, ni hay nada que permita deducir tan ilógico comportamiento; aparte de que la acción se prologa en su desarrollo con el previo transporte del explosivo hacia el lugar elegido para su colocación, y tal traslado de la bomba por la calle se hizo ocultando el rostro con el disfraz, como los agentes Policiales que le vieron pudieron apreciar por sí mismos, 689/2009, de 26 de mayo [LA LEY 119121/2009]. La obligación de llevar casco en la conducción de moto, no cubre ni justifica que, el motorista, ya desmontado de la moto y sin despojarse del casco efectúe un disparo y huya. En este escenario es claro que el casco se ins-

trumentaliza como medio de ocultar la identidad —y así fue—, por lo que la agravante está bien aplicada, 19/2009, de 7 de enero [LA LEY 614/2009].

Disfraz y alevosía

La Sala aprecia la concurrencia de la agravante invocada del art. 22.2 CP, pero lo hace en su forma de «aprovechamiento de circunstancias», que también se recoge en ella, ya que buscaron, para la comisión del robo, horas nocturnas de madrugada, y la soledad de la víctima. Circunstancia agravatoria que se aplica exclusivamente al robo, y que ahora en casación no cabe extender al delito de asesinato, sin vulnerar el principio *ne bis in idem*, puesto que el presupuesto fáctico que integra esa agravante con relación al robo, ya se ha valorado como uno de los elementos de hecho, entre otros varios, en que se fundamenta la apreciación de la alevosía que cualifica el homicidio como asesinato, 543/2009, de 12 de mayo [LA LEY 84800/2009].

Abuso de superioridad

La agravante de abuso de superioridad —según la jurisprudencia— se considera una alevosía menor que se caracteriza por la debilitación de la defensa de la víctima, manifestada por la superioridad personal, instrumental o medial del agresor, 839/2007, de 15 de octubre. Dicha cualificación conocida como «alevosía de segundo grado» o «alevosía menor» se fundamenta en una situación de desequilibrio de fuerzas o situaciones entre el sujeto o sujetos activos del delito y la víctima, porque sin privar a ésta de su capacidad de defensa, como ocurre en la conducta alevosa, se provoca una mengua o minoración de tal capacidad y se coloca así en situación de notoria ventaja a la parte agresora, 410/2007, de 18 de mayo [LA LEY 23148/2007]. Constituye el núcleo esencial de la agravante una situación de clara diferencia entre la capacidad agresiva del autor y la defensiva de la víctima determinada por un importante desequilibrio de fuerzas (410/1996, de 6 de mayo [LA LEY 6214/1996] y 498/1996, de 23 de mayo [LA LEY 7962/1996]). La superioridad puede ser personal o instrumental (364/2003, de 13 de marzo [LA LEY 1565/2003] y 295/2004, de 10 de febrero [LA LEY 12273/2004]).

El abuso de superioridad exige la concurrencia de los elementos siguientes, 85/2009, de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009], 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], 410/2007, de 18 de mayo [LA LEY 23148/2007], 896/2006, de 14 de septiembre [LA LEY 106034/2006], 1274/2003, de 7 de octubre [LA LEY 10976/2004], entre muchas:

1) Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido, derivada de cualquier circunstancia, bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial) bien al hecho de que concurra una pluralidad de atacantes, siendo precisamente este último supuesto el más característico y el de mayor frecuencia en su aplicación (superioridad personal), 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]. Objetivo en cuanto implica debilitación de la defensa material de la víctima, y subjetivo al requerir la conciencia del aprovechamiento del desequilibrio o desproporción. No basta, pues, la mera superioridad física resultante de la comparación de fuerzas, edad, número de agresores y otros factores de parecido alcance, sino que debe concurrir, igualmente, el abuso de tales circunstancias, 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009].

En el caso examinado el dato objetivo de la diferencia de edad entre agresor y agredido, que tenía 69 años, no es por sí solo, determinante de la superioridad. Piénsese que una persona de esta edad puede presumiblemente estar en condiciones físicas y anímicas, como para hacer frente a la

agresión física que en su contra se ejerza, máxime cuando la Sala, por su percepción directa, no consideró al agresor como individuo de especial corpulencia y por el contrario en el relato fáctico se describe a la víctima de 69 años «pero de complexión corpulenta y en aparente buena forma física, ya que solía practicar la natación», 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]. Quien se enfrenta a otro con un arma blanca, conociendo que su oponente no tiene más medios de defensa que poner los brazos para contener el golpe (como fue el caso), se encuentra en una posición de superioridad en la pelea, que es en esencia de la agravante cuestionada, definida jurisprudencialmente como un grado menor que la alevosía, con la que se encontraría en una relación de círculos concéntricos, de modo que el sujeto activo aprovecha tal desequilibrio, intencionadamente conseguido (en el caso, tras terminar el primer acometimiento, y volver ya provisto del cuchillo), y de esa forma asegurar el resultado, disminuyendo la probabilidad de defensa de la víctima, sin eliminar por completo ésta, teniendo dicha acción un plus de antijuridicidad que justifica la agravante, denotando también una mayor perversidad del agresor, 1274/2003, de 7 de octubre [LA LEY 10976/2004]. «A nadie escapa la desigualdad de fuerzas con que se enfrentan una persona armada y otra inerme», 839/2007, de 15 de octubre [LA LEY 180053/2007]. No se produce ninguna superioridad medial o personal entre agresor y policías, pues ambos portan armas y los policías son cuatro frente a un único agresor. Teóricamente la consideración es correcta, aunque por sí sola no excluye la agravación, 410/2007, de 18 de mayo [LA LEY 23148/2007].

2) Esa superioridad ha de ser tal que produzca una disminución notable en las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando esta agravante como una «alevosía menor» o de «segundo grado», 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008]. Si la diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concurra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, por muy intensa que sea tal debilitación, si, como aquí ocurrió, no se aprecia la alevosía ello no excluye la posibilidad de que proceda aplicar la agravante de abuso de superioridad en el caso de que concurra, como puede ser por el empleo de armas de fuego, como sucede en el presente caso, un importante desequilibrio de fuerza a favor de la parte agresora, 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009].

3) A tales dos elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esa superioridad, eso es, que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ella para una más fácil realización del delito, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], 839/2007 de 15 de octubre [LA LEY 180053/2007]. La situación de superioridad debe ser buscada por el sujeto activo del delito o aprovechada conscientemente por el mismo (631/1997, de 6 de mayo [LA LEY 7223/1997] y 780/2004, de 21 de junio [LA LEY 1185/2005])

Para que se afirme su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y preeminencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aproveche, a su favor y en perjuicio del ofendido, del desequilibrio de fuerzas que entre los dos existe; y el elemento subjetivo de la agravante de abuso de superioridad reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en la representación de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008].

4) Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos épicos, bien porque, por las circunstancias concretas, el delito necesariamente tuviera que realizarse así, 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008].

No existe una incompatibilidad estructural entre la misma y el delito de robo aquí contemplado, lo que no impide que, circunstancialmente, a tenor de la correlación de fuerzas entre los implicados, pudieran darse casos en los que no fuesen aplicables de manera simultánea. Si bien lo cierto es que existe alguna jurisprudencia que consideró el abuso de superioridad como un factor integrante del robo con violencia (626/2002, de 11 de abril). De nuevo el criterio de demarcación entre unos y otros supuestos posible será cuestión de grado. En efecto, pues no cabe duda de que el atentado violento contra la propiedad hace imprescindible un coeficiente de imposición, necesario para doblegar la voluntad o neutralizar la oposición del afectado, sin el que el mismo no podría darse. Ahora bien, cuando el desarrollado en concreto hubiese resultado manifiestamente innecesario, por excesivo, para el fin del despojo, en términos de experiencia corriente y a tenor de las circunstancias personales y de la posición de los sujetos, esa violencia sobreadundante, que no debe quedar impune, pasaría a constituir la circunstancia de agravación, 85/2009, de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009].

Su naturaleza objetiva determina su comunicabilidad a los partícipes que hayan tenido conocimiento de la misma en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, conforme a lo dispuesto en el art. 65.2 del CP.

Abuso de superioridad y alevosía

La alevosía es una circunstancia esencialmente objetiva caracterizada por la especial facilidad de la comisión del delito mediante el empleo en su ejecución de medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (art. 22.1 CP), de forma que el deslinde de esta circunstancia que califica el asesinato con la agravante ordinaria de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), difícil en muchas ocasiones, debe ser analizado cuidadosamente caso a caso, por cuanto se trata de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si la defensa por parte de la víctima ha sido eliminada en base a los medios, modos o formas empleadas o por el contrario solamente se ha debilitado o disminuido, en el entendimiento desde luego que esta última alternativa no puede ser simbólica sino dotada de un mínimo de efectividad. El elemento subjetivo a que se refiere la Jurisprudencia existirá siempre que la acción se ejecute conscientemente no siendo desde luego exigible un ánimo específico o duplicado del propósito del agresor, es decir, la acción alevosa realizada conscientemente implica ya el ánimo de conseguir el resultado sin riesgo para su autor (1469/03 y 557/05), 104/2007, de 24 de enero [LA LEY 3276/2007]. Quien se enfrenta a otro con un arma blanca, conociendo que su oponente no tiene más medios de defensa que poner los brazos para contener el golpe (como fue el caso), se encuentra en una posición de superioridad en la pelea, que es en esencia de la agravante cuestionada, definida jurisprudencialmente como un grado menor que la alevosía, con la que se encontraría en una relación de círculos concéntricos, de modo que el sujeto activo aprovecha tal desequilibrio, intencionadamente conseguido (en el caso, tras terminar el primer acometimiento, y volver ya provisto del cuchillo), y de esa forma asegurar el resultado, disminuyendo la probabilidad de defensa de la víctima, sin eliminar por completo ésta, teniendo dicha acción un plus de antijuridicidad que justifica la agravante, denotando también una mayor perversidad del agresor, 1274/2003, de 7 de octubre [LA LEY 10976/2004]. Aplicar la agravante de abuso de superioridad cuando no ha sido pedida por la acusación que sí solicitó

la apreciación de la alevosía no viola el principio acusatorio, pues esta última puede ser considerada a estos efectos como una modalidad agravada de aquélla, un abuso de superioridad que no debilita la defensa del ofendido sino que tiende a eliminarla. Así se ha pronunciado reiterada jurisprudencia de esta Sala como es exponente la Sentencia 76/2009, de 4 de febrero, en la que se declara que el abuso de superioridad y la alevosía son circunstancias homogéneas, es algo que no admite duda. Ambas surgen de un tronco común consistente en ejecutar la agresión buscando de propósito o aprovechándose consciente y deliberadamente de las circunstancias concurrentes para llevar a cabo la acción punible en una situación de ventaja respecto de la defensa que pueda oponer la víctima del ataque. Cuando esa ventaja o desproporción entre agresor y agredido es absoluta, surge del tronco común la rama de la alevosía, en aquellos casos en los que ya no se está ante un desequilibrio de fuerzas que limita la defensa de la víctima, sino ante una situación objetiva de absoluta indefensión que impide toda posibilidad de defenderse al atacado y asegura la ejecución sin riesgo para el atacante. Es claro, pues, que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en la alevosía. Y por eso se dice que es una alevosía menor o de segundo grado. Y es por eso, también, que quien solicita la aplicación de la alevosía está interesando la apreciación de lo que pudiera denominarse un abuso de superioridad absoluto, por lo que la no aplicación por el Tribunal de esta última —la alevosía— no le impide en modo alguno apreciar la concurrencia de la «alevosía menor», pues quien pide lo más, pide también lo menos en un marco de homogeneidad palmario. En consecuencia, la jurisprudencia ha entendido que no infringe el principio acusatorio la apreciación de la agravante de abuso de superioridad cuando, alegada la alevosía, se descarta su concurrencia, 836/2009, de 2 de julio [LA LEY 125291/2009].

Aprovechando las circunstancias del lugar, tiempo o auxilio de otras personas

Dos elementos han de concurrir para la configuración de esta agravante en su modalidad de aprovechamiento del lugar, que es la aquí se solicita su aplicación, para que recaiga un mayor reproche sobre la conducta de quien busca para la comisión de un delito, un lugar, en que se encuentre la víctima en situación desamparada por la imposibilidad de recibir ayuda humana, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008], 804/2006, de 20 de julio [LA LEY 77512/2006], 1139/2000, de 25 de julio [LA LEY 9269/2000], 566/1995, de 19 de abril [LA LEY 16834-R/1995]:

1.º Objetivo, integrado por el entorno topográfico del lugar, alejado de los núcleos de población o de zonas donde se congreguen permanente o transitoriamente o puedan pasar o afluir personas, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008]. Topológico o temporal, de realizarse el hecho en lugar desierto, o suficientemente alejado de donde se congreguen, permanente o transitoriamente o puedan pasar o afluir, gentes, o bien en hora nocturna en la que concurran las mismas condiciones, A 2050/2007, de 22 de noviembre [LA LEY 244785/2007], STS de 8 de febrero [LA LEY 1550/1991] y 10 de mayo de 1991, 19 de abril de 1995 [LA LEY 16834-R/1995], 555/1995 [LA LEY 2443/1995] y 1139/2000 de 25 de julio [LA LEY 9269/2000], entre otras.

Es evidente que en el supuesto actual las circunstancias ambientales concurrentes en el momento de la comisión de los hechos suponían un aislamiento de la víctima a la que se agrede sexualmente en lugar solitario y a una hora de madrugada que dificultaban de un modo muy relevante cualquier reacción en demanda de auxilio, por lo que su indefensión era un hecho real y efectivo, 2047/2002, de 10 de diciembre [LA LEY 756/2003]. La Sentencia no es lo suficiente explícita en la descripción del lugar, partiendo de la hora en que se sucedieron los hechos, 17,00 horas del día 20 de abril de 2006, no sólo no es intempestiva, sino de plena visibilidad diurna, así se limita a decir que la agresión con la barra del acusado a la víctima se produjo cuando «la

misma caminaba por la localidad de Alora» y tras introducirla por la fuerza en su vehículo sólo dice que lo puso en marcha «conduciéndolo unos metros», sin indicar hacia qué lugar o dirección, y finalmente cuando Rebeca consiguió arrojarla del vehículo en marcha, escuetamente señala que el procesado paró el vehículo, bajándose de él y agarrándola violentamente de los pelos la arrastró por el suelo hasta un descampado..., sin más especificaciones, esto es, sin indicar su proximidad a calles, carreteras o caminos transitables, o la cercanía de viviendas, en las que, dada la hora podían estar presentes o, al menos, ser factible la presencia de personas —por el contrario en la fundamentación jurídica (fundamento jurídico tercero) complementando los hechos probados en cuanto favorecen al acusado se alude a que, según declaró la víctima, había viviendas cercanas y en una próxima al lugar de los hechos, pidió auxilio la víctima una vez consumada la agresión—. Por tanto, no se refleja, de forma más expresiva, la soledad y alejamiento de zonas transitables que pudieran proporcionar una posibilidad de auxilio a la víctima (510/2004 de 27 de abril [LA LEY 97644/2004], 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008]).

2.º El subjetivo o teleológico de búsqueda o aprovechamiento por el agente del elemento objetivo para una más fácil ejecución del delito, sin la eventual presencia de personas que perturben o puedan impedir la realización del mismo, auxiliando a la víctima o presenciando su comisión y determinando así la posibilidad de testimoniar sobre su ocurrencia, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008]. La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando, y esta doctrina es válida también para la actual redacción de la circunstancia agravante, que basta con aprovechamiento de las condiciones ambientales para integrar el factor subjetivo necesario para concretar los efectos agravatorios. Lo que verdaderamente caracteriza a todos los medios y circunstancias concurrentes en el art. 22.2 del Código Penal es la consecución de un fin común a todos ellos, que no es otro que el debilitamiento de la defensa del ofendido y la facilitación de la impunidad del delincuente. No se puede discutir, en el caso presente, que las circunstancias topográficas del lugar contribuían funcionalmente a la indefensión de la víctima, a la vez que facilitaban la comisión del hecho, por lo que basta el aprovechamiento de ellas para concluir que ha estado correctamente aplicada la agravante de lugar apreciada por la Sentencia recurrida, 1139/2000, de 25 de julio [LA LEY 9269/2000]. Debe negarse la concurrencia del elemento subjetivo por cuanto del relato parece desprenderse que el encuentro del acusado con la víctima fue casual, por lo tanto ni siquiera consta que éste eligiera de forma premeditada los lugares en que los hechos de forma sucesiva se produjeron, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008].

En definitiva, «buscar premeditadamente un lugar solitario y apartado que facilite la comisión o incremente la situación de indefensión de la víctima» (220/2001, de 19 de febrero [LA LEY 40222/2001], 396/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 891/2001], 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008], 804/2006, de 20 de julio).

Jurisprudencialmente se configura el *despoblado* como paraje solitario o distante de núcleos urbanos habitados que se caracteriza por la soledad y el alejamiento, buscado deliberadamente para evitar que terceras personas puedan auxiliar a la víctima o poner en fuga al agresor. Las notas características de la *nocturnidad* se centran en torno a la oscuridad del lugar que permite una mayor impunidad del agente y que facilita la comisión del hecho delictivo por la soledad que normalmente va incorporada a los lugares oscuros aunque no de manera necesaria o inseparable (555/1995, de 19 de abril [LA LEY 2443/1995] y 2047/2001, de 4 de febrero [LA LEY 3452/2002]).

Señala 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009] que por lo que concierne a la compatibilidad de su apreciación simultánea a la aplicación de la agravante de alevosía hemos advertido su carácter problemático. Y tratamos de fijar la delimitación en la concurrencia de la finalidad que en ésta se dirigiría la búsqueda de la impunidad, ausente en la alevosía. Impunidad que si bien es un fin normal dentro de la lógica delictiva, es lo cierto que cuando se observa en la ejecución del hecho que además de la neutralización de la defensa de la víctima se ha escogido/aprovechado un escenario especialmente idóneo para no dejar rastro delictivo, para facilitar la impunidad, habrá de convenirse que se está en presencia, en tales casos, de un desvalor de la acción delictiva que no está absorbida ni compensada con la alevosía, y por ende, sería posible la compatibilidad entre aquélla y la de aprovechamiento del lugar. No obstante, la doctrina jurisprudencial es oscilante y tributaria de la especificidad de cada caso enjuiciado. Por un lado, se ha estimado la compatibilidad en 1340/2005 de 8 noviembre [LA LEY 10449/2006], 2047/2001 de 4 de febrero (procedió al incendio del vehículo con el cadáver dentro), 843/2002 de 13 de mayo [LA LEY 91066/2002] (disparo efectuado a un taxista para robarle, que precisamente y a instancias del agresor había solicitado que le condujeran a un paraje apartado del término de Paracuellos donde ejecutó el hecho), 700/2003 de 24 de mayo, 23 de marzo 1998 [LA LEY 5076/1998] y 17 de noviembre 1998 [LA LEY 493/1999], 252/2007, de 8 de marzo (existió una acción claramente alevosa y además una acción tendente a lograr la impunidad de la acción por la conjunción del escenario aprovechado y la ocultación del cuerpo en el interior de un pozo de 125 metros de profundidad, por ello debemos estimar compatible con la alevosía la agravante ordinaria de despoblado que busca la impunidad del hecho). Se opusieron a la compatibilidad, la de 8 de julio 1986 [LA LEY 76592-NS/0000] y las 803/2002 de 7 de mayo [LA LEY 87704/2002] y 510/2004 de 27 de abril [LA LEY 97644/2004].

Otras cuestiones

Señala 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008], que como ya se señaló en 804/2006 de 20 de julio y 75/2005 de 25 de enero, con referencia a 2047/2002 de 10 de diciembre, en relación al delito de agresión sexual, incluso se ha cuestionado la posibilidad de apreciar la agravante 22.2 CP, en casos de violación o agresión sexual, ya que este delito es de los que normalmente se realizan aprovechando localizaciones fuera de la presencia de testigos (SSTS de 17 de mayo de 1994, 803/1996 de 28 de octubre 10, 1054/2002 de 6 de junio).

Pero es más numerosa la doctrina jurisprudencial que estima que las circunstancias definitivas de la agravante del art. 22.2 CP ni se tienen en cuenta por la Ley al describir o sancionar los delitos de agresión sexual, ni son de tal manera inherentes a dichos delitos que sin la concurrencia de ellos no podrían cometerse, por lo que el art. 67 CP no resulta de aplicación en estos casos (220/2001 de 19 de febrero, 1918/2000 de 11 de diciembre, 1139/2000 de 25 de julio, 803/1999 de 24 de mayo, 1234/1998 de 22 de octubre, 999/1998 de 22 de julio).

Ha de reconocerse, en primer lugar, que el hecho de que estos delitos normalmente se realicen aprovechando localizaciones situadas fuera de testigos no es exclusión de esta modalidad delictiva, ya que en la generalidad de los delitos, por ejemplo el asesinato, también se procura habitualmente la ausencia de testigos, y ello no impide la apreciación de la agravante. Y en segundo lugar, que puede perfectamente cometerse un delito de violación en lugar habitado y en horas diurnas, por lo que las circunstancias de nocturnidad y despoblado no le son necesariamente inherentes. Lo relevante es en la nueva definición de la agravante, que se busquen o aproveche una circunstancia de lugar o tiempo que debilite de modo relevante las posibilidades de defensa de la

víctima o facilite la impunidad del denunciante. Como señala la 220/2001 de 19 de febrero, es una obviedad que los delitos de esta naturaleza precisan como condición de posibilidad de su ejecución la ausencia de terceras personas pero no, en cambio, la realización en espacios habitualmente desiertos. Prueba de ello es que la jurisprudencia registra infinidad de supuestos de agresiones sexuales producidas en ambientes urbanos más o menos concurridos. En 999/1998 de 22 de julio, se señala expresamente que las circunstancias del art. 22.2 no son inherentes a la agresión sexual «pues si bien no suelen cometerse en público, ello no equivale a que precise de las mismas», y así se apreció en agresiones sexuales en las SSTs de 18 de abril de 1989, 6 de junio de 1991, 1 de abril de 1995 y 21 de julio de 2003, que precisa, en relación a que en los delitos contra la libertad sexual no sea de aplicación la agravante de lugar del art. 22.2 CP, «que este modo de discurrir está aquejado de una patente confusión. En efecto una cosa es que para ejecutar delitos como los de esta causa se busque la ausencia de posibles espectadores y otra bien distinta, que por sistema, se lleven a cabo en lugares que puedan denotarse como “despoblados”. Se da la circunstancia de que lo primero puede conseguirse, como de hecho ocurre con la mayor frecuencia, incluso en medios urbanos, con sólo elegir determinadas horas, lo que elimina el riesgo de presencia de personas en ámbitos poblados que, en un momento distinto, podrían resultar concurridos: un ejemplo bien característico es el de los parques públicos. De donde se sigue la perfecta compatibilidad entre los delitos contra la libertad sexual y la agravante que se examina». Sin embargo, como señala la STS de 16 de febrero de 1999, esta circunstancia agravatoria ha de ser interpretada con un carácter restrictivo en delitos como el de violación precisamente, porque se trata de tipos delictivos que por sus propias características requieren generalmente para ser realizados de un alejamiento de cualquier tipo de publicidad o conocimiento directo del resto de los ciudadanos, resultando inverosímil y contrario a la forma natural de las cosas —dice 510/2004 de 27 de abril— que una agresión sexual se lleva a efecto en una vía pública y transitada. Independiente del lugar geográfico en el que se lleve a efecto, es lo cierto que el autor buscará un escenario en el que las posibilidades de realizar un propósito sean las más favorables posibles.

En definitiva, la doctrina jurisprudencial actual estima compatible la apreciación de esta circunstancia con los delitos de agresión sexual o violación, si bien con carácter más restrictivo de lo habitual dadas las características propias de estos tipos delictivos, 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008].

Art. 22.3.^a CP. Ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 139.2 y 213.

Para que concurra la agravante citada, es necesario que los sujetos, a los que se imputa una conducta delictiva, actúen solamente movidos por la oferta económica que incentiva su actuación y determina, de forma directa, su participación en el delito. No puede extenderse esta connotación agravatoria a los casos en los que nos encontramos ante una actuación profesional que por su propia naturaleza debe ser retribuida sin perjuicio de que la misma se haya apartado de los cánones de la deontología profesional. El reproche a esta actuación se integra en la calificación delictiva de su conducta sin que pueda añadirse una agravante al delito de coacciones o de revelación de secreto. En consecuencia, nada se puede imputar a los acusados más allá de lo que constituye su desleal y delictiva actuación profesional, 302/2008, de 27 de mayo [LA LEY 61786/2008].

La agravante de precio recogida en el núm. 2.º del art. 10 del CP requiere para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibir una merced de tipo económico para la ejecución del hecho; b) en cuanto a la culpabilidad, que la merced influya como causa motriz del delito, mediante el *pactum scaeleris*, remuneratorio, afectándole tanto al que entrega como al que recibe el precio; c) en cuanto a la antijuricidad, que la merced tenga la suficiente intensidad para ser requerida por el ente social, en virtud de la inmoralidad y falta de escrúpulo que se deja sentir ante la misma, 1834/1992, de 14 de septiembre [LA LEY 44090-JF/0000] (SSTS de **3 de febrero de 1977, 15 de diciembre de 1978**, 21 de septiembre de 1982 [LA LEY 13930-JF/0000], 791/1998, de 13 de noviembre [LA LEY 122502/1998], SAP Palencia 1/2008, de 29 de mayo [LA LEY 137642/2008]).

En cuanto a la equiparación del art. 197.6 CP a la agravante genérica de precio debemos señalar, en primer lugar, que los delitos aplicados a los autores materiales de la captación de las imágenes y a los que proceden posteriormente a su difusión a través del servicio de Correos son distintos y autónomos. La revelación, difusión o cesión a terceros del vídeo por parte de los primeros constituye una acción distinta a la difusión posterior, una vez adquirido el vídeo, realizada por los coacusados a los que se refiere específicamente este motivo, hasta el extremo que la adquisición por éstos de dicho material es atípica. En segundo lugar, la aplicación de la circunstancia agravante de precio sólo sería posible en su caso si la captación de las imágenes por los autores del tipo básico del art. 197.1 CP hubiese sido inducida por los compradores, lo cual no se consigna en los hechos probados, sino precisamente que los primeros vulneraron la intimidad del perjudicado mediante la captación de imágenes íntimas con el propósito de su ulterior venta al objeto de obtener un beneficio económico. La agravante genérica de precio no constituye por ello el motor de la acción criminal de los autores materiales. Es cierto que la revelación o cesión a terceros de las imágenes por éstos se produce posteriormente mediante un precio, pero dicha difusión no constituye el sustrato fáctico por el que se condena a Bruno y Juan Antonio. Se trata de difusiones y revelaciones distintas. En tercer lugar, el fundamento político-criminal de la agravación de la pena cuando los hechos se realizan con fines lucrativos se refiere principalmente a personas o grupos profesionales de la información o comunicación cuya conducta se endereza a obtener una ganancia económica bien sea directamente (reventa) o indirectamente (mediante su publicación ulterior con la idea de multiplicar las ventas), 1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005].

En relación con la bilateralidad de la agravante de precio, debemos señalar que la misma no tiene porqué darse en todos los supuestos en los que el precio sirve de estímulo o determina la acción criminal, 1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005]. El precio no es desde luego inherente a la autoría por inducción, pues el influjo psíquico en que ésta se resuelve puede basarse, como ya hemos señalado, en otras circunstancias o elementos (el ascendiente moral que se tenga sobre el autor material, por ejemplo), sirviendo en estos casos la promesa de una recompensa de refuerzo de lo anterior. Ahora bien, cuando lo que ha movido a los autores materiales es exclusivamente el pago de un precio por la ejecución del hecho, como resulta del *factum*, y el influjo psíquico se obtiene exclusivamente mediante dicho acicate económico, es cierto que dicho ingrediente fáctico es valorado doblemente en el sentido señalado más arriba, pues si prescindimos del mismo la inducción no habría pasado de ser una mera proposición para cometer el hecho punible, en este caso *ex art.* 168 CP, aunque evidentemente absorbida por la ejecución que se lleva a cabo, precisamente porque el inductor ha satisfecho un precio a los ejecutores, 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]. Se desestima el carácter bilateral de la agravación de precio, exponiendo que si hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar concep-

tualmente la inducción, añadiendo «apoyándonos en una reiterada Jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica, 1813/2002 [LA LEY 603/2003], 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]». Ese distinto tratamiento de la agravación se ha pretendido explicar desde la distinción entre el precio como agravante genérica y su consideración como elemento del tipo penal del asesinato, delito diferenciado del homicidio, criterio que, conforme hemos expuesto, no consideramos adecuado mantener tras la promulgación del nuevo Código Penal. Conformado el asesinato como forma del homicidio, hemos de comprobar la compatibilidad de la inducción y la agravante de precio. Si para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe, es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor partícipe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica. Una solución distinta afirmando el carácter bilateral de la agravación de precio, podría sustentarse si mantuviéramos que la agravación opera de forma objetiva y automática al inductor y al ejecutor, criterio que nunca ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala que, aún en los supuestos en los que afirmaba la bilateralidad, también mantuvo la necesidad de que «en la agravante de precio se compruebe que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra», 1813/2002, de 31 de octubre [LA LEY 603/2003].

Art. 22.4.^a CP. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca.

CONCORDANCIAS

CE: art. 14.

Esta circunstancia que había sido incorporada a nuestra legislación penal en la reforma 4/1994, de 11 de mayo, ha sido objeto de críticas doctrinales, por cuanto se basa en algo que pertenece al juicio interno del autor, lo que impide encontrar razones por las que la gravedad objetiva del delito sea mayor, y delimitar, en términos de seguridad jurídica, que es un comportamiento racista, antisemita o discriminatorio, es introducimos en un terreno valorativo que sin duda se presta a la discrecionalidad, por cuanto lo que caracteriza la circunstancia es que el racismo, el antisemitismo o cualquier sentimiento discriminatorio, sea el motivo de cometer el delito, por tanto nos encontramos ante la averiguación, en términos de carga de prueba, de un elemento motivacional que sólo podrá deducirse de indicios. Es cierto que en muchos supuestos estarán acreditados de forma palmaria, pero también lo es que pudiera producirse casos límite de muy compleja solución. No obstante los valores de antirracismo, antisemitismo o tolerancia ideológica y religiosa son valores esenciales de la convivencia, y el Derecho penal debe cumplir su función de asentar

tales valores en el seno del tejido social, de ahí que entendemos positiva su incorporación al Código Penal, pero de la misma manera, para no vulnerar los postulados de seguridad jurídica, debe determinarse con precisión que éste y no otro ha sido el móvil del delito, para evitar la aplicación indiscriminada de esta circunstancia agravante por más que algunos hechos ofendan los valores más esenciales de nuestra convivencia. Por ello, para la aplicación de esta circunstancia será necesario probar no sólo el hecho delictivo de que se trate, así como la participación del acusado, sino también la condición de la víctima y además la intencionalidad, y esto es una injerencia o juicio de valor que debe ser motivada, art. 120.3 CE. Se trata, en definitiva, de un elemento subjetivo atinente al ánimo o móvil específico de actuar precisamente por alguna de las motivaciones a las que el precepto hace referencia, excluyendo, por consiguiente, aquellos supuestos en los que estas circunstancias carezcan del suficiente relieve o, incluso, no tengan ninguno. Resulta, por ello, innecesario señalar que no todo delito en el que la víctima sea una persona caracterizada por pertenecer a otra raza, etnia o nación o participar de otra ideología o religión o condición sexual, haya de ser aplicada la agravante. Se trata de una circunstancia que se fundamenta en la mayor culpabilidad del autor por la mayor reprochabilidad del móvil que impulsa a cometer el delito, siendo por ello requisito que aquella motivación sea la determinante para cometer el delito. No otra cosa acaece en el caso que analizamos en el que el Jurado expresamente declaró probado que: «Diego actuó movido por un sentimiento ideológico, contrario al que podía presumir tenía D. Eloy, entre otras cosas por su condición de socio y miembro fundador de la asociación “Gurasoak Lanean” y considerarle un “etarra”», 1145/2006, de 23 de noviembre [LA LEY 154858/2006]. Señala 241/2006, de 24 de febrero [LA LEY 19967/2006], que en este caso, no sólo carecemos de la necesaria precisión en los datos que dan vida al elemento subjetivo de la agravante, sino que estamos convencidos de que, el enfrentamiento entre bandas tuvo origen en una rivalidad en la que el factor de la procedencia nacional fue meramente circunstancial.

En el texto legal cabe diferenciar dos partes, aunque no quepa separar una de otra. En la primera, terminada con una cláusula de relativa apertura, se hace referencia a la comisión del delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación. Y, en esa fórmula abierta, ha de incluirse el caso que nos ocupa: los acusados atacaban a la víctima al diferenciarla peyorativamente con trato inhumano, por su condición de mendigo sin techo. En la segunda parte del precepto se acude a una enumeración en *numerus clausus*; la discriminación ha de centrarse en la ideología, la religión, las creencias, la etnia, la raza, la nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca (la víctima). Lo que refuerza la seguridad jurídica, exigible por los arts. 25.1, 9.3 y 81 CE y 1, 2 y 4 CP. Pero, con la utilización de tal cierre, corre peligro el legislador de dejar fuera otras modalidades de discriminación equiparables, desde la perspectiva del Estado social, democrático y de Derecho, a las que enuncia, casos de motivación discriminatoria que aumentarían el injusto subjetivo del hecho, por la negación del principio de igualdad. Y no cabe aseverar que la situación del indigente sin techo responda, sin que se acrediten otros matices, a unas determinadas ideología o creencias que se atribuyan a la víctima, sean o no por ella asumidas, como tampoco a su etnia, raza, nación, sexo y orientación sexual, enfermedad o minusvalía. En consecuencia el TSJ se ajustó al texto del art. 22.4.^a cuando inaplicó la circunstancia agravante de discriminación, 1160/2006, de 9 de noviembre [LA LEY 150063/2006].

Se admite doctrinalmente la compatibilidad de la agravante 22.4 con las atenuantes si bien en supuestos de perturbación psíquica o alteración emocional será necesario que se acredite que el acusado tuvo conciencia del móvil discriminatorio, 1145/2006, de 23 de noviembre [LA LEY 154858/2006].

El relato de hechos probados, no deja espacios para la duda, sobre la participación del recurrente en los hechos vejatorios y gravemente degradantes a los que sometieron al ciudadano marroquí, al que no sólo le tuvieron en un estado de terror permanente, sino que utilizaron toda clase de humillaciones obligándole a desnudarse, además de infundirle un terror psicológico incontestable. Es más, debería haberse contemplado la posible agravante de actuar por motivos racistas que no es objeto de recurso, por lo que no podemos entrar en su análisis, 454/2004, de 6 de abril [LA LEY 12795/2004].

Art. 22.5.^a CP. Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 139.3.

La agravación genérica del art. 22.5 CP define el ensañamiento como aumentar «deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito»; a su vez, el art. 139.3, como circunstancia calificadora del homicidio, se refiere a la misma teniendo en cuenta sólo el primer inciso mencionado, es decir, «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido»; el art. 148.2, subtipo agravado de lesiones, del CP/1995, que sustituye al derogado art. 421, simplemente se refiere al ensañamiento como circunstancia agravatoria de las lesiones previstas en el art. 147.1 del mismo Texto. Evidentemente, según la Jurisprudencia de la Sala Segunda, ello no significa que la mencionada circunstancia tenga un distinto alcance en los preceptos mencionados, sino que responde a un mismo concepto. Como señalan 1412/1999, de 6 de octubre [LA LEY 11738/1999], y recuerda 1077/2000, de 24 de octubre [LA LEY 11055/2000], la diferencia en la definición contenida en los dos primeros preceptos no equivale a dos tipos de ensañamiento distintos, el que integra la agravante genérica y el que califica el homicidio. Un análisis de ambas definiciones lleva a otorgarles un mismo contenido pues son sustancialmente coincidentes. Cuando se afirma que el autor para integrar el presupuesto de la agravación debe aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido (art. 139.3 CP) lo que está causando son padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. Y éstos son también los términos del concepto de la agravante que califica las lesiones, modalidad o subtipo agravado introducido por el legislador de 1995, aunque no ajeno a dicho delito en la medida que la agravante genérica siempre ha sido de posible aplicación al mismo, 2404/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 3099/2002], en este sentido, 1221/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 10991/2004].

Dos son los lugares en los que el Código Penal aborda la agravación de la responsabilidad por razón del sufrimiento de la víctima o del ofendido por el delito. De manera genérica en el art. 22.5.^a y de manera específica, utilizando solamente, en este caso, la denominación de ensañamiento, en el art. 139. La Jurisprudencia no ha puesto un especial cuidado en deslindar las consecuencias que pudieran derivarse de la diversidad de descripción que, de sus requisitos, hace el legislador en uno y otro de esos lugares, 690/2009, de 25 de junio.

De manera general, puede decirse que la Sala Segunda ha perfilado como elementos de la agravación los siguientes, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009]:

1.º La entidad del daño causado. Respecto de éste se ha dicho, sin matizar las diferencias entre agravación genérica y específica, que ha de evaluarse desde una perspectiva relativa, de suerte que la medida necesaria para la agravación exigiría una comparación, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009].

Ahora bien, el término de comparación es, sin duda, en la agravante genérica del artículo 22.5 el padecimiento necesario para poder ejecutar el delito. En la agravante específica de ensañamiento del art. 139, por el contrario, no se expresa tal término de comparación para establecer que se rebasa el canon que da lugar a la cualificación del delito. Aunque parece presuponer la necesidad de parangonar, dado que requiere que el daño implique un aumento, concepto que implica dos medidas, de las que una supone entidad mayor que la otra. En todo caso el objeto del aumento lo ha de ser el dolor del ofendido. Concepto de escasa diferencia respecto al sufrimiento de la víctima de que habla la agravante genérica. Donde la asimilación de discurso, el del art. 22.5 y el del 139, es más difícil, es en el criterio de referencia para la comparación. En la agravante genérica se sitúa claramente en el ámbito «económico» de la dinámica de comisión. Lo relevante es que la diferencia de entidad del dolor sea inútil por innecesaria para obtener los objetivos que busca la acción típica. Pero esa perspectiva no está explícita en la agravante específica del art. 139. De ahí que en alguna resolución la Sala Segunda haya estimado la agravante cualificadora de asesinato, aunque el daño causado por el sujeto activo se mostró insuficiente para conseguir la muerte de la víctima. Como en 1089/2007 de 19 diciembre, siquiera en ella se insista en que los actos que dan lugar a la agravación son los que se realizan además de los necesarios objetivamente para causar la muerte con el deseo de incrementar el sufrimiento. Por otra parte no cabe olvidar que la consecuencia agravatoria en la medida de la pena de la agravante de ensañamiento en el delito de homicidio es diversa de la que reporta la concurrencia de la agravante genérica. Así ésta, conforme al art. 66 del Código Penal, incluso si concurre con otra, solamente da lugar a la imposición de la pena en la mitad superior, determinando la imposición de la superior en grado solamente si concurre como tercera agravante. Por el contrario, en el homicidio, si concurre sola, ya da lugar a la diversidad de tipo con superior pena (asesinato) y agrava aún más la pena de éste nuevo tipo si concurre con la alevosía o con la agravante de precio recompensa o promesa. Lo que, si bien lleva a una interpretación más estricta, sugiere que la naturaleza del supuesto que la determina es diverso de la del que da lugar a la genérica. En consecuencia, por un lado, los supuestos en que se causa dolor a la víctima gratuito por disfuncional darán lugar a la cualificación del homicidio como asesinato si revisten suficiente intensidad como para justificar la importante consecuencia en la medida de la pena, pero, por otro lado, cuando ese dolor adquiere ese canon de crueldad de especial intensidad, al que luego nos referiremos, deberá estimarse el ensañamiento aunque todos los actos sean funcionales para el objetivo de privar de vida a la víctima, se consiga o no dicho resultado letal. Y es que resulta fácil comprender que la elección de un método torturante cruelmente doloroso no puede excluir la agravante cualificadora del asesinato, por más que los singulares actos, en que aquel método se dispone en la estrategia criminal, sean todos funcionales y objetivamente necesarios al cumplimiento de sus previsiones. En conclusión la funcionalidad de acto crues no es necesaria, pero tampoco suficiente, a los efectos del art. 139 del Código Penal, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009].

La Jurisprudencia de la Sala Segunda ha distinguido el elemento objetivo de la circunstancia, caracterizado por la efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor (1077/00, de 24 de octubre [LA LEY 11055/2000] o 1613/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 7771/2001]), o con palabras

de 276/2001, de 27 de febrero [LA LEY 4371/2001], la existencia de datos evidenciadores de haber ocasionado padecimientos que exceden ostensiblemente de los que habría llevado consigo la clase de acción generalmente idónea —en la perspectiva de la relación medio/fin— para la ejecución del tipo objetivo del delito de que se trate, es decir, realización no sólo del mal del delito, sino de otros adicionales, asimismo queridos, lo que revela una conducta que incurre en un injusto de mayor gravedad, 1221/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 10991/2004].

2.º Que el daño implique un dolor o sufrimiento lo que requiere que el ofendido o la víctima se encuentre en condiciones de experimentar ese daño, por lo que la agravación no es posible si, por ejemplo, ya ha fallecido cuando el sujeto comete los actos por los que se cuestiona la posibilidad de agravar su responsabilidad. Lo que ocurre en este caso sólo respecto de los intentos de estrangulamiento de la víctima, porque ésta, en ese momento, ya había fallecido, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009]. En supuestos como el presente el sufrimiento de la víctima se deduce claramente de la pluralidad de agresiones, sufrimiento buscado por el agresor, en la medida en que veintiuna puñaladas requieren un espacio de tiempo que permite percatarse de la causación de esos males innecesarios para la ejecución y, pese a todo, aceptarlos, 1081/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 250582/2007].

3.º Que el daño merezca ser calificado como inhumano. Lo que quiere decir que supone crueldad, calidad que, si bien referida al autor connotaría complacencia en el daño, en el contexto de la descripción legal de la agravante, que relaciona esa nota con el resultado de la acción, predica únicamente intensidad del padecimiento en medida tal que cabe tildarlo de insufrible para el común de los seres humanos, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009]. A esto se debe que su conducta sea valorada como expresiva de un injusto de mayor gravedad: si todo delito conlleva un intolerable grado de injusto en el modo de tratar a otra persona, en tal género de supuestos ese coeficiente de injusticia concurre con una especial intensidad, **2050/2001, de 3 de diciembre**.

4.º Que el sujeto activo perciba que causa, y se proponga precisamente obtener, ese incremento de dolor o sufrimiento. Eso y no otra cosa supone la exigencia típica de la deliberación, que más connota tiempo en la formación de la decisión que referencias a estados emocionales en el autor, los cuales, por ello, son irrelevantes, salvo en la medida que justifiquen la exclusión de aquella demorada reflexión, que la deliberación implica, 690/2009, de 25 de junio [LA LEY 125243/2009]. Lo que no exige la más moderna Jurisprudencia es la frialdad de ánimo del agente 2402/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 3099/2002], 1221/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 10991/2004]. Elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso y que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno. Ni en la relación fáctica ni en la fundamentación jurídica —como complemento de aquélla— se incorpora expresamente la intención de hacer sufrir a la víctima innecesariamente, por lo que la reiteración en los golpes ha de entenderse como exponente del deseo de acabar con la vida de la víctima y no de aumentar su sufrimiento. En este caso, y como recuerda 1232/2006, de 5 de diciembre [LA LEY 175875/2006], la cantidad de golpes forman su todo dentro de lo que, por su propia naturaleza y circunstancias debe ser considerado como una agresión desenfrenada en la que el autor acomete a su víctima, de forma desahogada e incontinente hasta que consigue, su único propósito, que no es otro que el de causarle la muerte, 713/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 169570/2008]. Las dos primeras cuchilladas eran ya mortales de necesidad —pese a que la víctima, según el *factum*, todavía estaba viva—, de tal manera que el resto de las heridas implicaban padecimientos innecesarios para asegurar la ejecución del delito. Siendo consciente de ello, el acusado prosiguió asestando veinte puñaladas más, tan innecesarias

para el fin propuesto, como expresivas de lo que un comentarista clásico llamó la maldad de lujo que anima el ensañamiento, la maldad brutal, sin finalidad, por el simple placer de hacer daño. Se trata, pues, de una maldad reflexiva, que no es fruto de la brutalidad alocada que inspira un momento y a la que se añade el elemento objetivo de la innecesariedad de esos males para la ejecución del fin propuesto, 1081/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 250582/2007].

Art. 22.6.^a CP. Obrar con abuso de confianza.

CONCORDANCIAS

CP: art. 250.7.º.

La agravante del art. 22.6 CP tiene su fundamento nuclear en la preexistencia de una especial relación de confianza entre el autor del delito y la víctima del mismo, de la que aquél se aprovecha faltando a los deberes de lealtad y fidelidad del perjudicado para ejecutar la acción delictiva con más facilidad ante la disminución de la defensa que pudiera desplegar la víctima sobre el bien jurídico objeto del delito. De este modo se adquiere por el agente un plus de culpabilidad, 371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008] y es reproducción literal de lo que disponía el núm. 9.º del art. 10 CP 1973, 768/2004, de 18 de junio.

La agravante recogida en el art. 22.6 CP requiere para su aplicación de dos componentes, 371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008], 768/2004, de 18 de junio [LA LEY 1798/2004], 285/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1392/2003] y 768/2004, de 18 de junio [LA LEY 1798/2004]:

1.º Una especial relación entre el sujeto activo y el pasivo del delito, que origina un específico (y no genérico o común) deber de lealtad entre ambos sujetos; 371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008]. El abuso de confianza requiere un elemento subjetivo de deslealtad; el origen del deber de lealtad se viene entendiendo en sentido amplio, de forma que basta —para la procedencia de apreciar esta agravante— con que exista una relación de cierta estrechez como la intimidad, dependencia laboral, social, doméstica, moral, de amistad, profesional o el simple vínculo humano que implique creencia en la honorabilidad que lleven a no recelar de la conducta del sujeto (SSTS de 15 de octubre de 1973, 13 de noviembre de 1974 y 14 de octubre de 1991), 161/2004, de 9 de febrero de 2004 [LA LEY 864/2004]. una relación especial subjetiva y anímica, entre el ofensor y la víctima, relación de confianza que ha de encontrar su razón o causa en una serie de circunstancias distintas, nacidas de diversas motivaciones, bien sean relaciones laborales, amistosas, convivencia de vecindad, razones familiares o cualquier otra, que genere una especial confianza en virtud de la cual se inhibe la sospecha o la desconfianza, 1918/2000 [LA LEY 891/2001], seguida por 842/2005, de 28 de junio [LA LEY 13002/2005] y reproducida por 1066/2007, de 17 de diciembre [LA LEY 232466/2007].

La confianza de la que se abusa y la lealtad que se quebranta debe estar meridianamente acreditada, pudiendo corresponder a especiales relaciones profesionales, familiares, de amistad, compañerismo y equivalentes, pero ha de ser objeto de interpretación restrictiva, reservándose su apreciación para casos en los que, verificada esa especial relación entre agente y víctima, se aprecie manifiestamente un atropello a la fidelidad con la que se contaba (STS de 14 de octubre de 1991), de modo que cuando de relaciones laborales se trate, la agravante se limita a aquellas que

se mueven dentro de una específica situación que implica la confianza de la empresa para manejar caudales, efectos, documentos o cualquier clase de mercancías (STS de 23 de octubre de 1993).

Como señala 1857/2001, de 16 de octubre [LA LEY 8697/2001], no se presume la existencia de esa situación o vínculo especial de confianza en virtud de una relación preexistente entre autor y víctima, sino que debe producirse una firme esperanza entre ambas de una lealtad, fidelidad y tranquilidad, que fortalezca esa relación personal, 371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008].

2.º Un aprovechamiento de esa particular relación que permite una mayor facilidad para la comisión del delito, con la consiguiente infracción de ese deber de fidelidad o lealtad, 371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008]. La agravante requiere además que el autor se aproveche de las facilidades que para la comisión del delito implican los referidos vínculos, lo que significa una mayor posibilidad en la ejecución del mismo. Y esa confianza ultrajada se manifiesta como un plus de culpabilidad, al revelar una mayor perversión en la ejecución de unos actos constitutivos de unos delitos que no la llevan implícita, como sucede en los apreciados en este caso, 1918/2000 [LA LEY 891/2001], seguida por 842/2005, de 28 de junio [LA LEY 13002/2005] y reproducida por 1066/2007, de 17 de diciembre [LA LEY 232466/2007].

Tiene declarado la Sala Segunda, sobre la circunstancia agravante que aquí se cuestiona, que el abuso de confianza requiere un elemento subjetivo de deslealtad y otro objetivo de aprovechamiento de las facilidades que comporta la confianza (SSTS de 16 de febrero de 1972 y de 13 de febrero de 1976), sin que esta agravante pueda apreciarse en aquellos delitos en que tal abuso de confianza sea inherente a los mismos, 161/2004, de 9 de febrero de 2004 [LA LEY 864/2004].

Es incompatible la aplicación simultánea de la agravante específica 7.ª del delito de estafa (que supone un plus en función de las especiales relaciones personales existentes entre víctima y defraudador) con la agravante genérica sexta del art. 22 (458/2000, de 27 de marzo [LA LEY 67397/2000] y 1753/2000, de 8 de noviembre [LA LEY 11312/2000]).

No procede su aplicación al cometerse el delito de abuso sexual sobre un menor de doce años, pues es claro que el acusado se aprovechó de la menor edad de la víctima, condición ya valorada en el tipo (285/2003, de 28 de febrero) [LA LEY 1392/2003].

Cuando el abuso de confianza provenga de la relación familiar o afectiva que une al sujeto activo con la víctima, se aplicará únicamente la agravante de parentesco (1910/2001, 16 de octubre [LA LEY 4/2002]), excepto si la relación familiar es más lejana y no se comprende, en definitiva, entre las previstas en el art. 23 CP, en cuyo caso será de aplicación la agravante de abuso de confianza (768/2004, de 18 de junio [LA LEY 1798/2004]).

Esa especial relación tiene aquí su origen en el parentesco entre la familia del autor del delito y de la víctima, (la esposa de él era hermana de la madre de ella), como consecuencia del cual el acusado y su mujer visitaban con frecuencia la casa donde vivía la niña con sus padres adonde se trasladaban «con regularidad casi quincenal», nos dicen los hechos probados de la Sentencia recurrida. Incluso a veces la víctima pasaba temporadas en una casa que Alexander tenía en Arévalo, se añade en tales hechos probados. Y aprovechándose de esa relación particular, convivencia en familia en definitiva, él, con el pretexto de sacar el perro, solía salir de paseo con dicha niña, primero con otro hermano mayor de ella y después los dos solos, siendo esa situación de

soledad en el campo, o en el interior del coche de él, o en la casa de Arévalo, la que permitió esos tocamientos y besos de carácter lascivo, 768/2004, de 18 de junio [LA LEY 1798/2004]

En el supuesto que nos ocupa, según se describe en el *factum*, no cabe duda de que, además de la relación laboral que ligaba al acusado con la Comunidad de Propietarios del inmueble donde prestaba sus servicios como conserje, y que podría aparecer como ínsita en la dinámica comisiva, había establecido una situación especial de confianza con los niños y con sus padres (por sus propias declaraciones consta que se le había confiado la llave de 14 domicilios, entre los que se encontraban los de los niños de referencia) que aprovechó conscientemente para la ejecución de sus planes, constituyendo ese quebrantamiento del deber especial de fidelidad que sobre él pesaba, un plus de antijuridicidad, que debe tener también su especial consideración a los efectos de la sanción penal que corresponde ser aplicada, 1066/2007, de 17 de diciembre [LA LEY 232466/2007].

La posición que ocupaba el acusado dentro del funcionamiento de la sociedad, era el producto de la seguridad que el principal tenía sobre sus condiciones de lealtad y probidad respecto de la empresa, al permitirle realizar una serie de actividades que demostraban su total confianza en el acusado. El comportamiento que se describe constituye una vulneración de la relación establecida y, al mismo tiempo, proporciona al acusado una mayor facilidad para la comisión del hecho delictivo, que difícilmente hubiera podido realizarse desde fuera de la relación establecida, 33/2003, de 22 de enero [LA LEY 12332/2003] 421/2007, de 24 de mayo [LA LEY 26745/2007].

Art. 22.7.^a CP. Prevalerse del carácter público que tenga el culpable.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 187.2 y 188.2.

Con respecto a la agravante cuestionada, ésta encuentra su fundamento, como ha destacado la Sala Segunda (984/1995, de 6 octubre [LA LEY 14738/1995] y 2 de diciembre de 1997), en el abuso de superioridad en el plano moral, utilizado en beneficio particular por el delincuente y requiere que se ponga el carácter público al servicio de los propósitos criminales. Requiere, en consecuencia, reunir la condición de funcionario público, y poner tal condición al servicio de su propósito criminal, aprovechando las ventajas que el cargo le ofrece para ejecutar el hecho delictivo con mayor facilidad y menor riesgo (SSTS de 5 de diciembre de 1973, 18 de octubre de 1982, 30 de octubre de 1987 y 25 de octubre de 1988). La jurisprudencia ha aplicado esta agravante en relación con funcionarios policiales en las SSTS de 18 de mayo de 1993, 24 de noviembre de 1995 y 14 de febrero de 1998, 1438/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 10617/2006], A 1738/2009, de 16 de julio [LA LEY 132998/2009].

En 2361/2001, de 4 de diciembre, [LA LEY 1692/2002] se declara que aunque concurren especiales características, en cuanto a la condición funcional de los Médicos de la Sanidad Pública, al existir una relación con un organismo público, si bien con rasgos propios a mitad de camino entre una relación laboral y una sujeción administrativa, constituyendo un personal estatutario, dicha actividad por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, provincia o municipio, o entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los servicios de la Seguridad Social, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados con la Administración Pública.

Es que, además, esta Sala ha establecido en torno al concepto penal de funcionario público que se considera como tal a «todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe del ejercicio de funciones públicas» (art. 24.2 del vigente Código Penal o art. 119 del CP 1973). Doctrina y jurisprudencia coinciden en resaltar que los conceptos que se contienen en el citado artículo del Código Penal son más amplios que los que se utilizan en otras ramas del ordenamiento jurídico y más concretamente en el ámbito del derecho administrativo. Mientras que para el Derecho administrativo los funcionarios son personas incorporadas a la Administración pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el derecho administrativo, por el contrario, el concepto penal de funcionario público no exige las notas de incorporación ni permanencia, sino la mera participación en la función pública. La definición legal de funcionario público recogida en el art. 24.2 del vigente Código Penal se compone de dos elementos o requisitos, ya que no es suficiente con que participe en el ejercicio de funciones públicas sino que se requiere, además, que se haya incorporado a dicho ejercicio por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente (1233/1997, de 10 de octubre [LA LEY 11185/1997], precisando que en el ámbito del Derecho penal lo que importa es proteger penalmente el ejercicio de la función pública en orden a sus propios fines, garantizando a un tiempo los intereses de la administración (y su prestigio) y los de los administrados. Y en torno a la función pública y al origen del nombramiento gira la definición penal de funcionario: lo es el que participa del ejercicio de una función pública y por cualquiera de las tres vías de designación que recoge el precepto, de las que nos interesa en este caso el «nombramiento de autoridad competente». Nada importan en este campo ni los requisitos de selección para el ingreso, ni la categoría por modesta que fuere, ni el sistema de retribución, ni el estatuto legal y reglamentario, ni el sistema de previsión, ni aun la estabilidad o temporalidad (2208/1993, de 11 de octubre [LA LEY 1712/1994] y las que en ella se citan). Continúa dicha Sentencia afirmando que en concreto, la cualidad de funcionario público de los Médicos y Enfermeros de la Seguridad Social ha sido declarada en SSTs de 15 de noviembre de 1973, 15 de junio de 1979 y 7 de abril de 1981 y en 2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001].

La concurrencia de la agravación no es de apreciar en aquellos tipos penales en los que el ejercicio de la función pública forma parte del tipo penal, como los delitos de los funcionarios públicos (art. 67 CP). La agravación declarada concurrente consiste en el aprovechamiento de un determinado estado para la realización del hecho delictivo y comprende tanto las acciones del funcionario que actúa en su propio y particular beneficio como la del funcionario que abusa de su función, aunque es preciso que no se trate de un actuar extralimitando su función. En otras palabras, la agravación puede ser aplicable al funcionario público cuya conducta típica no guarda relación con su función pública propia, pues esa extralimitación podrá ser típica de un delito de otra naturaleza. Reiterados precedentes de esta Sala avalan esta interpretación en el sentido expuesto de distinguir en las conductas de los funcionarios públicos aquellos supuestos en los que esa condición forma parte del tipo penal y cuando en la infracción penal se produce una extralimitación, supuestos en los que no es compatible la aplicación de la agravación, de aquellos otros en los que el delito cometido no guarda relación estrecha con las funciones públicas y ha sido actuado con aprovechamiento de la condición de funcionario público. Este no es el supuesto, los recurrentes, Alcalde y Teniente de Alcalde, respectivamente, del Ayuntamiento de Pego, contrarios a la constitución del parque realizaron las conductas que se declaran probadas y que realizaron con prevalimiento de las funciones públicas encomendadas, y desde esa función pudieron ordenar determinadas conductas, como la de prender fuego, o arengar a personas para que impidieran la salida del Director del parque natural. Los recurrentes eran funcionarios públicos

y Autoridad que realizaron la conducta típica y en su realización se prevalieron de su condición de funcionarios públicos, 876/2006, de 6 de noviembre [LA LEY 128735/2006]. El delito básico de estafa, el aquí aplicado, definido en el art. 248 y sancionado en el 249, no es un delito de los denominados especiales, que solamente pueden cometer las personas que ostenten determinada condición. En concreto no exige que el autor sea un funcionario público.

Si el delito lo comete quien tiene este último carácter y lo hace abusando de su cargo, la aplicación de la citada agravante 7.^a del art. 22 no vulnera el principio referido del *nos bis in idem*. Y prueba de ello es que el art. 438 del mismo CP castiga las estafas o apropiaciones indebidas realizadas por autoridad o funcionario público como tipo de delito agravado al sancionarlos con las penas respectivamente señaladas para tales infracciones en su mitad superior más la de inhabilitación especial para empleo o cargo público desde dos a seis años. Esto es, el propio CP considera el caso aquí examinado y aplica una agravación, la misma que de modo genérico aparece en el citado art. 22.7.º. Nos dice la Sentencia recurrida (fundamento de Derecho 5.º) que no aplicó este art. 438 porque el Ministerio Fiscal no lo solicitó, viéndose obligada la Sala de Instancia a condenar conforme a la petición formulada por la acusación pública que sí incluyó en su calificación la mencionada agravante genérica 7.^a del art. 22, lo que en definitiva resultó beneficioso para el acusado, pues no se le aplicó como pena principal la mencionada inhabilitación especial de dos a seis años, 883/2006, de 25 de septiembre [LA LEY 106027/2006]. La «indudable relación de homogeneidad» entre el delito de falsedad en documento oficial cometido por funcionarios públicos objeto de acusación, y el delito objeto de condena que es el de falsedad en documento público u oficial cometido por particular —o bien por funcionarios públicos actuando fuera del marco de sus específicas competencias— (art. 392), con la agravante de prevalimiento, ya se ha declarado en múltiples Sentencias de la Sala Segunda (241/1997, de 26 de febrero [LA LEY 4880/1997], 78/1999, de 29 de enero [LA LEY 1910/1999], 572/2002, de 2 de abril [LA LEY 4711/2002]), 552/2006, de 16 de mayo [LA LEY 48787/2006].

1890/2001, de 19 de octubre [LA LEY 186374/2001], aplicó la agravante al caso en que el recurrente hizo valer su condición de funcionario de policía para intervenir en los hechos, exhibiendo su placa reglamentaria, aprovechándose de ese abuso de superioridad en el plano moral que tal condición le proporcionaba, para continuar con la agresión a los dos ciudadanos egipcios, que lejos de verse aparentemente protegidos por tal actuación, se encontraron con la agresión física de la que fueron objeto por parte del recurrente y del coprocesado. Pero incluso, aunque, como afirma el recurrente, el aprovechamiento de la circunstancia de funcionario público se hubiere producido de un modo sobrevenido —en el supuesto, que no es del caso, de que el registro de los ciudadanos extranjeros y de su vehículo hubiere estado justificado— a la vista del dinero aparecido en el registro, despertándose entonces su codicia, la agravación sería igualmente apreciable pues la condición de agentes sigue siendo determinante de la reacción pasiva u obediente de las víctimas, suprimiendo la inmediata reacción que, en cualquier otro caso, sin ninguna duda, se hubiera producido, 1438/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 10617/2006].

La utilización por los acusados de su condición de funcionarios de Policía, no para restringir meramente, sino para vencer la voluntad opuesta al despojo de las víctimas, paralizando absolutamente la reacción defensiva que respecto de sus bienes hubieran realizado aquéllas, integrando esta actuación la intimidación eficaz propia de este delito de robo, impide considerar la agravante de prevalimiento, so pena de considerar el mismo elemento dos veces, una a efectos de tipificación y otra a los de una agravación que resulta improcedente. En esta línea, 338/1992, de 12 de marzo, señala que a agravante ahora considerada «es una imposición que se proyecta por la im-

portancia del sujeto activo, por el carácter especial del sujeto activo, por la influencia o poder del sujeto activo. Es inherente a los funcionarios, pero nada tiene que ver con el exceso de celo ni con las extralimitaciones delictivas en actos de servicio cuando el sujeto activo desborda la legítima y prudencial medida a que debió atenerse (Sentencia de 8 de febrero de 1968), incurriendo con ello en el correspondiente delito que la Ley debe castigar pero sin agravarlo indefectiblemente», 1438/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 10617/2006].

Aplicando las anteriores consideraciones al caso ahora enjuiciado, está probado que el recurrente hizo valer su condición de funcionario de policía para intervenir en los hechos, exhibiendo su placa reglamentaria, aprovechándose de ese abuso de superioridad en el plano moral que tal condición le proporcionaba, para continuar con la agresión a los dos ciudadanos egipcios, que lejos de verse aparentemente protegidos por tal actuación, se encontraron con la agresión física de la que fueron objeto por parte del recurrente y del coprocesado, 1890/2001, de 19 de octubre [LA LEY 186374/2001].

Es compatible con la agravante de abuso de superioridad cuando el culpable se ampara para lograr su propósito delictivo no sólo en su cualidad de funcionario, sino también en su superioridad física respecto de la víctima (1648/1999, de 22 de noviembre [LA LEY 2278/2000]).

Art. 22.8.ª CP. Ser reincidente.

Hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza.

A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

CONCORDANCIAS

Tiene declarado la Sala Segunda (879/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8628/2000] y 1222/1999, de 23 de julio [LA LEY 11518/1999]) en relación a la agravante de reincidencia que tanto la modificación legal de 1983 y la nueva regulación introducida en la materia por el CP se ha venido restringiendo cada vez más el radio de acción de esta agravante en la línea de conceder cada vez menos relevancia al comportamiento anterior del delincuente que en lo fundamental debe ser enjuiciado sólo por el acto criminal de que se trate en el supuesto concreto examinado. Ahora esta agravante genérica queda definida en el art. 22.8.º CP en los siguientes términos: «cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». Tiene que ser la aplicación concreta al caso, al confrontar la norma con la realidad que la práctica judicial nos ofrece, lo que nos sirva para ir delimitando el alcance de esta norma penal. CP: arts. 66, 85, 136, 137, 190, y Disposición Transitoria 7.ª, 11.ª, 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006].

Aunque el fundamento de la agravación de la medida de la pena a causa de la reincidencia es cuestionable en cuanto pudiera superar la culpabilidad del autor por el hecho concreto imputado, son muy numerosos los criterios seguidos para identificarlo, entre ellos, como se recordaba en la STC núm. 150/1991 (ver parte final del comentario), que declaró la constitucionalidad de la agravante, los que se detienen en la mayor peligrosidad del autor; en su mayor culpabilidad bien por

la conducta de vida o por el acto aislado; en la insuficiencia de las penas impuestas por el anterior o anteriores delitos a efecto de la prevención sobre el delincuente; en la perversidad del reo; en la habitualidad del delincuente; en el desprecio y rebeldía del reincidente frente al Ordenamiento jurídico. Parte de la doctrina reconoce, además, en cualquier caso la dificultad de prescindir de un incremento de la reacción social frente a quienes incumplen de modo reiterado los mandatos jurídicos referidos a aspectos esenciales, cuya protección se orienta a garantizar una convivencia basada en el respeto y en la vigencia efectiva de los derechos de todos. Desde esta perspectiva, la agravación de la pena en estos casos se relaciona con las funciones de prevención, no sólo especial, sino también general y no sólo negativa, en cuanto que aumenta la intimidación con una mayor extensión de pena, sino también positiva, ya que reconoce que para determinados casos es necesaria una más contundente afirmación de la vigencia y valor del Derecho, como conjunto de normas que tienden a garantizar una convivencia respetuosa con los valores y con los derechos de los demás, 51/2009, de 27 de febrero [LA LEY 1925/2009].

Una reiterada jurisprudencia ha exigido para la apreciación de la agravante de reincidencia los siguientes requisitos, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006], 729/2004, de 8 de junio [LA LEY 135330/2004], 884/2003, de 13 de junio [LA LEY 105788/2003] A 697/2009, de 5 de marzo [LA LEY 23298/2009]:

1. Que en el momento de cometer el delito por el que es juzgado, el delincuente hubiera sido ejecutoriamente condenado, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006].

2. Que lo hubiera sido por delito comprendido en el mismo título que aquél por el que se le juzga, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006].

De los dos requisitos de identidad exigidos en tal art. 22.8 —mismo Título y misma naturaleza— el primero crea pocos problemas con la aclaración que nos ofrece la Disposición Transitoria 7.^a de la LO 10/1995, por la que se publicó el nuevo CP («a efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen el mismo modo a idéntico bien jurídico»), pero no así el segundo por la indeterminación propia de los términos en que se halla redactado: «misma naturaleza», 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006].

3. Que ambos delitos tengan, además, la misma naturaleza, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006].

No así el segundo, por la indeterminación propia de los términos en que se halla redactado: «misma naturaleza». Tal Disposición Transitoria 7.^a nos da unas pistas al respecto cuando nos dice que «ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico». Es decir, hay que tener en cuenta el bien jurídico atacado y también el modo concreto en que ese ataque se haya producido, a los efectos de medir la identidad de naturaleza entre el delito antecedente y el examinado en el caso. Tres Sentencias de la Sala Segunda, de 8 de julio de 1997, 17 de octubre de 1998 y 15 de marzo de 1999, se refieren a la finalidad político-criminal de la reincidencia como agravante, diciendo que responde a la necesidad de una mayor represión penal por razones de prevención especial. Es decir, que ahora la reincidencia no se corresponde con la idea de que hay que castigar más por haber cometido antes otro delito u otros muchos delitos, sino con la de que hay que sancionar con pena más grave a quien, por la repetición de hechos delictivos de la misma clase, revele una inclinación a cometerlos. Existirá, pues, una «misma naturaleza» cuando, al menos, concurra una

doble identidad: la del bien jurídico protegido y la del modo concreto en que se haya producido el ataque a ese bien jurídico, pero ello en cuanto sea revelación de una determinada inclinación delictiva, 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006]. Para apreciar la «misma naturaleza» puede ser un criterio orientador el de la homogeneidad y heterogeneidad de los delitos, conforme a la jurisprudencia elaborada en torno al principio acusatorio. En Sentencia 1078/1998 de 17 de octubre [LA LEY 10866/1998], se dice que la «naturaleza del delito a los fines de la reincidencia depende (...) del bien jurídico protegido (...), de las características del ataque al mismo. Resulta, por tanto evidente, que condenado por Sentencia firme el 13.11.2000 por un delito de estafa, la homogeneidad con los hechos enjuiciados en la presente Sentencia, no puede ser cuestionada, aun cuando no conste unido a las actuaciones el testimonio de la primera Sentencia, 180/2007, de 6 de marzo [LA LEY 6635/2007]».

En el caso enjuiciado, como acertadamente alega el Ministerio fiscal en esta instancia, alzamiento y apropiación indebida se encontraban, bajo el CP 1973, en una misma rúbrica de un propio capítulo: «De las defraudaciones». Es cierto que ahora se encuentran en capítulos consecutivos, y además que ambos atacan el patrimonio del sujeto pasivo y mediante un modo comisivo, no exactamente igual. Podríamos pensar que en la apropiación, no se entrega algo que se debe al sujeto pasivo, y que en el alzamiento, tampoco se entrega, evitándolo mediante maniobras evasivas que se actúan sobre el patrimonio del sujeto activo del delito, evitando su responsabilidad frente a sus acreedores. Pero tal distinción es demasiado amplia, y no precisa lo suficiente en relación con el *modus operandi*, como uno de los criterios de la identidad de naturaleza, exigida por el legislador. En consecuencia, no podemos afirmar que ambos delitos, alzamiento de bienes y apropiación indebida, sean de la misma «naturaleza», razón por la cual no podemos predicar la existencia de la circunstancia agravante que fue apreciada por la Sala sentenciadora de instancia, 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006]. Tienen diferente naturaleza el robo con violencia e intimidación y el de utilización ilegítima de vehículo de motor (910/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8625/2000], 1568/2001, de 15 de septiembre [LA LEY 7730/2001], 1481/2000, de 28 de septiembre [LA LEY 1815/2001] y 513/2003, de 2 de septiembre [LA LEY 10068/2004]) porque el hurto de uso no revela la misma tendencia criminológica que el robo con intimidación, ya que en el primero el acusado se limita a despejar temporalmente del derecho al uso del coche. Son también de distinta naturaleza el robo violento y el hurto (545/2001, de 3 de abril [LA LEY 5277/2001] y 1793/2001 de 9 de octubre [LA LEY 179152/2001], 513/2003, de 2 de septiembre [LA LEY 10068/2004]), el robo con fuerza y la receptación (313/2001, de 2 de marzo [LA LEY 48485/2001]) y el robo y la estafa (879/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8628/2000]), la estafa y la apropiación indebida (5/2003, de 14 de enero [LA LEY 907/2003], 1212/2004, de 28 de octubre [LA LEY 94/2005] y 1567/2004, de 27 de diciembre [LA LEY 10722/2005] y la estafa y el hurto (729/2004, de 8 de junio [LA LEY 1953692/2004). El robo con violencia e intimidación y el robo con fuerza participan de la misma naturaleza (1207/2002, de 25 de junio [LA LEY 7381/2002]), y también los delitos de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud y los de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud (1024/2002, de 30 de mayo [LA LEY 6691/2002]).

Debe constar también el tipo de delito que se ha aplicado en el antecedente que deba tenerse en cuenta, y en su caso, el razonamiento sobre su inclusión en el mismo título y naturaleza, si bien este razonamiento puede ser suplido en casación, 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006].

4. Que los antecedentes penales no hayan sido cancelados, o que debieran serlo, en las condiciones expresadas en el art. 136 del Código Penal, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006].

5. Además, la jurisprudencia de esta Sala ha exigido que los datos necesarios para comprobar estos requisitos consten en la Sentencia en la que se aprecia la reincidencia, 1538/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 233/2006], La Sala Segunda ha establecido, 632/2004, de 13 de mayo [LA LEY 112476/2004] y 1090/2005, de 15 de septiembre [LA LEY 14220/2005], entre otras, que, siendo necesario excluir la posibilidad de cancelación de los antecedentes penales, para apreciar la reincidencia es imprescindible que consten en la Sentencia los siguientes datos, 1056/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216854/2007]:

1.º En primer lugar, la fecha de la Sentencia condenatoria anterior.

2.º En segundo lugar, el delito por el que se dictó la condena.

3.º En tercer lugar, la pena o penas impuestas.

4.º En cuarto lugar, la fecha en la que el penado las dejó efectivamente extinguidas. Este último dato solamente será innecesario en aquellos casos en los que el plazo de cancelación no haya podido transcurrir entre la fecha de la Sentencia condenatoria y la fecha de ejecución del hecho por el que se realiza el enjuiciamiento actual, 1056/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216854/2007]. La Sala Segunda ha reiterado (SSTS de 22 de febrero de 1993 [LA LEY 2891-5/1993]; 24 de octubre de 1995 [LA LEY 17148-R/1995]; 24 de septiembre de 1996 [LA LEY 9203/1996]; 1270/2004, de 8 de noviembre [LA LEY 233610/2004]; 1090/2005, de 15 de septiembre [LA LEY 14220/2005]; 280/2006, de 2 de marzo [LA LEY 21835/2006]; 415/2006, de 18 de abril [LA LEY 48453/2006]; 203/2007, de 13 de marzo [LA LEY 8232/2007]) que a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación, deberá determinarse desde la fecha de firmeza de la propia Sentencia, 263/2009, de 18 de marzo [LA LEY 14405/2009]. Es necesario que consten los datos que permitan comprobar que los antecedentes son computables, lo cual ocurrirá exclusivamente cuando no pudieran haber sido cancelados, pues bien pudo extinguirse la condena impuesta por circunstancias tales como abono de prisión preventiva, redención penas, indulto, expediente de refundición, remisión condicional o período de suspensión... Los requisitos de la cancelación vienen establecidos en el art. 136 CP, en el que se señalan unos plazos en función del tipo de pena impuesta y se establece que se contarán desde el día siguiente a aquel en que se quedara extinguida la establecida en la Sentencia y si ello hubiera ocurrido mediante la remisión condicional el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente en que hubiese quedado cumplida la pena si no se hubiese disfrutado de este beneficio, y en este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión, 1261/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 154751/2006]. De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del art. 136, es el de firmeza de la Sentencia anterior, 1370/2003 de 20 de octubre [LA LEY 10665/2004], 1543/2003 de 18 de noviembre [LA LEY 189316/2003], 1306/2004 de 15 de noviembre [LA LEY 239467/2004], 1328/2004 de 22 de noviembre [LA LEY 244820/2004], 1414/2004 de 30 de noviembre [LA LEY 253119/2004], 92/2005 de 31 de enero [LA LEY 12486/2005], 1261/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 154751/2006]. De no constar estos datos, su ausencia no puede ser interpretada en contra del reo, por lo que habrá de

entenderse que la fecha de inicio del plazo de rehabilitación del art. 136, es el de firmeza de la Sentencia anterior, (1370/2003, de 20 de octubre y 1543/2003, de 18 de noviembre, entre otras muchas), 1056/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216854/2007]. El TC (STC 80/1992 de 28 de mayo [LA LEY 1928-TC/1992]) tiene declarado que la resolución estimatoria de la agravante de reincidencia sin que consten en la causa los requisitos para obtener la rehabilitación y cancelación lesiona el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, 263/2009, de 18 de marzo [LA LEY 14405/2009]. Y la Sala Segunda ha reiterado (SSTS de 22 de febrero de 199 [LA LEY 2891-5/1993]3; 24 de octubre de 1995 [LA LEY 17148-R/1995]; 24 de septiembre de 1996 [LA LEY 9203/1996]; 1270/2004, de 8 de noviembre [LA LEY 233610/2004]; 1090/2005, de 15 de septiembre [LA LEY 14220/2005]; 280/2006, de 2 de marzo [LA LEY 21835/2006]; 415/2006, de 18 de abril [LA LEY 48453/2006]; 203/2007, de 13 de marzo [LA LEY 8232/2007]) que a falta de constancia de la fecha de extinción, que es la del día inicial para el cómputo del plazo de rehabilitación, deberá determinarse desde la fecha de firmeza de la propia Sentencia, 263/2009, de 18 de marzo, 20 de diciembre de 2008 (recurso 10748/2008) [LA LEY 14405/2009]. En la Sentencia de instancia deben constar todos los datos de los que resulta la reincidencia sin que, por tanto, una vez interpuesto el recurso de casación por la vía del art. 849.1.º, pueda esta Sala acudir al examen de las actuaciones al amparo del art. 899 de la LECrim., pues ello supondría incorporar nuevos datos a la Sentencia, siendo así que la medida excepcional de acudir al examen de la causa supone una facultad extraordinaria que no puede nunca emplearse cuando perjudique directa o indirectamente al reo (Sentencias de 26 de mayo 1998, 1352/1998, de 11 de noviembre). Así pues, deben constar en la Sentencia, al menos, la fecha de firmeza, el delito y las penas impuestas, y la fecha de extinción definitiva de la pena en caso de cumplimiento efectivo, o de la remisión definitiva en caso de suspensión de condena. Si no constan esos datos, su ausencia no puede interpretarse en contra del reo, de modo que deberá considerarse que la fecha inicial del cómputo del plazo de rehabilitación coincide con la fecha de firmeza de la Sentencia (en este sentido, entre otras 306/2000, de 22 de febrero [LA LEY 43782/2000], 1168/2002, de 19 de junio [LA LEY 116462/2002]). En los casos en que la acusación cuente con una condena por una Sentencia que permita la rehabilitación de los antecedentes penales debe preocuparse aportar a la causa certificado de la extinción de la pena, en virtud de la carga probatoria que le compete, pues las circunstancias correspondientes a la falta de cancelación de los antecedentes penales condicionan la agravante y debe probarlas la acusación (STS de 3 de octubre de 1996 y 2 de abril de 1998) 1020/2006, de 5 de octubre [LA LEY 119563/2006].

Y respecto a la apreciación de la reincidencia en el delito continuado de falsedad la firmeza de la Sentencia de 21.3.2001, resulta de estar incluida en la certificación del Registro Central de Penados, al que sólo tienen acceso las Sentencias firmes (347/1994 de 18 de febrero [LA LEY 2753/1994], 319/1995 de 7 de marzo [LA LEY 2286/1995]), agravante que sería aplicable a los hechos cometidos a partir de esa fecha, y por extensión a todo el delito continuado, ya que si en alguna de las infracciones concurre una circunstancia agravante, ésta debe ser aplicada a todo el hecho continuado (SSTS 2 de octubre y 24 de noviembre de 1990), 180/2007, de 6 de marzo [LA LEY 6635/2007].

En el caso de autos, la Sentencia declara probado que Álvaro fue ejecutoriamente condenado por Sentencia de 22.7.96, firme el mismo día, por un delito de apropiación indebida a la pena de 1 mes y 1 día de arresto mayor, que fue suspendida el citado día durante dos años, y constan entregas por parte del perjudicado (folios 3 a 12), realizadas los días 10.4, 14.6, 14.7 y 4.10.97 con una finalidad concreta y determinada al acusado, que las hizo suyas, momento en que se con-

sumó la primera de las apropiaciones indebidas al ser la fecha en que debió darse a las cantidades entregadas el destino pactado, incumpléndose la obligación, reteniendo el dinero en su provecho al acusado (448/2000 de 31 de julio [LA LEY 10955/2000], 1248/2000 de 12 de julio [LA LEY 813/2001], **1000/2003 de 15 de enero de 2004**). Siendo así el plazo señalado para la cancelación del antecedente penal de 27.7.96, que conforme lo preceptuado en el art. 136 CP sería de 2 años, 1 mes y 3 días, no habría transcurrido, 1261/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 154751/2006].

Tales delitos son de la misma naturaleza, y en esta ocasión, el Tribunal de instancia ha explicitado el momento concreto de la extinción de sus responsabilidades penales anteriores. En suma, se le impuso como autora de un delito contra la salud pública en Sentencia firme de 5 de febrero de 1996, la pena de tres años de prisión y multa, que dejó extinguida el día 5 de noviembre de 1997, y los hechos enjuiciados se enmarcan en la primavera del año 2000, en consecuencia no han transcurrido los tres años que exige el art. 136.2, en la forma dispuesta en su párrafo tercero, del CP, 722/2006, de 19 de junio [LA LEY 813/2001].

STC 150/1991, de 4 de julio [LA LEY 1759-TC/1991] declara la constitucionalidad del art. 10.15 del CP 1973 («Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiese sido condenado ejecutoriamente por un delito de los comprendidos en el mismo capítulo de este Código, por otro, al que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más a los que aquélla señala pena menor. La condena de un Tribunal extranjero será equiparada a las Sentencias de los Tribunales españoles, siempre que hubiese sido impuesta por delito relacionado con la actividad de bandas armadas o de elementos terroristas o rebeldes. A los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que hubiesen podido serlo») en base a los siguientes argumentos:

A) Sobre la posible contradicción de dicha norma con los principios de culpabilidad y proporcionalidad de la pena, implícitos —se dice en los Autos de planteamiento— en las cláusulas del art. 1.1 CE en relación con el reconocimiento del principio de legalidad (arts. 9.3 y 25.1 CE) y la contemplación de la dignidad del hombre como fundamento del orden político (art. 10.1 CE).

0. Para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la agravante de reincidencia —art. 10.15 CP— hay que atender, no a las construcciones doctrinales formuladas respecto de la agravante ahora cuestionada, sino única y exclusivamente a la regulación y efectos que el Código Penal establece respecto de la misma, para comprobar si la determinación de una pena superior por el hecho de la concurrencia de la reincidencia es o no conforme con la Constitución. Al respecto, no es ocioso recordar que el parámetro a utilizar para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada es la propia Constitución, y no determinadas categorías dogmáticas jurídico-penales, sobre las que no corresponde pronunciarse a este Tribunal. Resulta así que para resolver la duda sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada han de obviarse la mayor parte de los argumentos esgrimidos por el Juez, pues con independencia de la mayor o menor solidez de su construcción dogmática, su misma utilización como parámetro supondría tanto como tomar indebidamente partido por una determinada postura doctrinal acerca de la naturaleza y la ratio de la institución de la reincidencia, postura que, aun siendo compatible con los mandatos constitucionales, no es la única posible en relación con ellos.

1. En este sentido, por lo que se refiere a la contradicción del art. 10.15 del Código Penal con el principio de culpabilidad penal, los Autos de planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad parten de una premisa inexistente, a saber, que la Constitución ha optado por una doctrina de la culpabilidad, más concretamente la de la «normalidad de la motivación». Pero es indudable,

conforme a lo antes expuesto, que esta suposición carece de todo fundamento, y, consecuentemente, no cabe apreciar la inconstitucionalidad denunciada. En efecto, la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal «de autor» que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos —SSTC 65/1986 [LA LEY 596-TC/1986], 14/1988 [LA LEY 955-TC/1988] y otras—. Pero la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo, como es el de la «normalidad de la motivación». De otra parte, tampoco este entendimiento del principio de culpabilidad permite sostener, como afirma el Juez proponente, que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos.

2. Tampoco la CE erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el art. 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituye, asimismo, una finalidad legítima de la pena, razón por la cual el mismo planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad (que estiman que la agravante no responde a fines preventivos ni resocializadores), en este concreto aspecto, aparece desprovisto de base. En primer término el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la CE ni, desde luego, de entre los posibles —prevención general; prevención especial; retribución, reinserción, etc.— ha optado por una concreta función de la pena en el Derecho penal. Como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador penitenciario y a la Administración por él creada para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (por todas, SSTC 19/1988 [LA LEY 53530-JF/0000] y 28/1988 [LA LEY 314/1988]), pero no establece que la reeducación y la reinserción social sean las únicas finalidades legítimas de las penas privativas de libertad. No cabe, por tanto, estimar inconstitucional la agravante de reincidencia por no ajustarse a los «fines constitucionales» de la pena.

3. El juicio de proporcionalidad de la pena, prevista por la Ley con carácter general en relación a un hecho punible es competencia del legislador, en función de los objetivos de política criminal que adopte dentro del respeto a los derechos fundamentales de la persona en un Estado social y democrático de Derecho, como el que la CE consagra en su art. 1.1. En efecto, el juicio sobre la proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella (STC 65/1986, antes citada); lo que no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena. Por tanto, no cabe apreciar, desde esta perspectiva, la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP.

B) Sobre la presunta infracción por el art. 10.15 del CP de los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad consagrados en el art. 9.3 CE en relación con el art. 25.2 CE.

0. Se afirma al respecto, en síntesis, de una parte, que la regulación que el art. 10.15 del CP hace de los distintos supuestos en los que concurre la reincidencia como agravante puede suponer

para el delincuente un obstáculo para el cumplido conocimiento de las consecuencias jurídicas de sus actos. De otra parte, que el aumento de la segunda o sucesivas penas, sobre la base de la ineficacia de la pena anterior, constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado.

1. En primer lugar, es doctrina reiterada de este Tribunal la de que no vulnera la exigencia de *lex certa*, como garantía de la certidumbre o seguridad jurídica, el empleo en las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad la conducta regulada —SSTC 122/1987 [LA LEY 93027-NS/0000], 133/1987 [LA LEY 93446-NS/0000], 69/1989 [LA LEY 1265/1989] y 219/1989 [LA LEY 1409-JF/0000]—. Con arreglo a la doctrina citada, ningún reproche de inseguridad cabe hacer a la agravante de reincidencia, pues la lectura del art. 10.15 CP permite afirmar que los supuestos de reincidencia contemplados —específica y genérica— están descritos con la necesaria claridad y precisión, de tal modo que no suscitan ninguna incertidumbre razonable sobre los supuestos en los que la reincidencia juega como circunstancia agravante de la responsabilidad criminal.

2. En segundo lugar, la aducida infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), en la forma en que el Juez la razona, aparece como simplemente retórica. En efecto, de un lado, no se comprende en qué medida la imposición de una pena superior para el reincidente constituye un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* del Estado puesto en relación con el fracaso del tratamiento penitenciario del anterior o anteriores delitos. De otro lado, la tesis de que la agravación de la pena por reincidencia viola el principio de interdicción de la arbitrariedad, por cuanto que con ello se combate un estado peligroso, tiene como presupuesto previo la toma de postura doctrinal del Juez acerca de que la agravante del art. 10.15 CP se basa en la peligrosidad del reincidente, y, en consecuencia, se incide también en este concreto punto en el error de utilizar, como parámetro de constitucionalidad, una determinada concepción dogmática de la agravante cuestionada.

C) Posible contradicción de dicho precepto con el derecho a la igualdad del art. 14 CE.

Basta con señalar al respecto, en primer término, que es doctrina constante de este Tribunal la de que el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), además de impedir las discriminaciones específicamente descritas, obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferencias carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa (por todas, STC 19/1988, antes citada). En consecuencia, y considerada no arbitraria la opción legislativa de aumentar la pena a imponer para el delincuente reincidente, forzoso es concluir que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no reincidentes. Como señala el Abogado del Estado, tan razonable es sostener que la lesión de un bien jurídico es más grave cuando es repetida (con los requisitos de la reincidencia) como sostener lo contrario: se trata de juicios no arbitrarios de valor, compatibles ambos con la CE. En segundo término, y aparte de que este Tribunal se ha pronunciado repetidamente en el sentido de que el principio constitucional de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (SSTC 86/1985 y 19/1988), no cabe ignorar que el cumplimiento o no de la pena impuesta en su momento no puede erigirse en factor razonable de diferenciación de trato, cuando lo que está en la base

de la agravante es una condena ejecutoria, y no el hecho de su efectivo cumplimiento, irrelevante a los efectos de la mayor o menor reprochabilidad penal de la conducta sancionada.

D) Posible trato degradante, contrario al art. 15.1 CE, el que el legislador dispensa al sujeto reincidente, en cuanto veta al juzgador la posibilidad de imponerle la pena legalmente prevista por un hecho concreto en su grado mínimo.

0. Razona el Juez, la pena es degradante porque, de una parte valora al penado que debería haber sido reintegrado en el ejercicio de todos sus derechos —art. 73 de la Ley General Penitenciaria— al mismo nivel que el reo que tiene penas pendientes de cumplimiento; y, de otra, es una pena no justificada, dada la presumible imposibilidad de obtener fines de prevención general o especial que no se hayan logrado con la pena anterior.

1. En primer lugar, según tiene afirmado este Tribunal pena degradante es la que provoca «una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena» (SSTC 65/1986 y 89/1987), y su calificación como tal «depende de la ejecución de la pena y de las modalidades que reviste» (STC 65/1986). Es claro al respecto que la previsión del legislador de una mayor pena —no sólo de las privativas de libertad— por la concurrencia de la agravante de reincidencia, o por cualquier otra agravante, no constituye, de suyo, un trato inhumano o degradante a la luz de la doctrina expuesta. Asimismo, es necesario reiterar, como ya se dijo, que el juicio sobre la proporcionalidad de la pena corresponde en principio al legislador (fundamento jurídico 4.º).

2. En segundo lugar, y en relación con los otros argumentos utilizados, el Juez promotor da por supuestas determinadas cuestiones dogmáticas lo que acarrea sin más la irrelevancia de dichos alegatos. En efecto cuando se afirma que la apreciación de la reincidencia impide al juzgador la posibilidad de imponer la pena legalmente prevista para un hecho en su grado mínimo, o que la agravación por reincidencia no se justifica en ninguno de los fines de la pena, implícitamente se parte de concretas concepciones dogmáticas acerca de cuál sea la naturaleza de las circunstancias agravantes (esto es, sobre si las mismas afectan únicamente a la pena o pertenecen al ámbito del delito) y cuáles son los fines de la pena, respectivamente.

E) Posibles infracciones del art. 24 CE, en sus dos apartados.

0. De las infracciones aducidas sólo es necesario pronunciarse sobre la referida a los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes (art. 24.2 CE), lo que a continuación se hará, dado que, de un lado, la denunciada violación del art. 24.1 CE por la «mutilación de derechos legítimos por obra de una resolución judicial en aplicación de una norma constitucional», supone, como afirma el Abogado del Estado, el hacer un supuesto de la cuestión al partir de la inconstitucionalidad del art. 10.15 CP, y de otro lado, el argumento fundado en la presunta violación de la intangibilidad de la cosa juzgada, en realidad se confunde con la supuesta infracción del principio *non bis in idem*, que será objeto de análisis en el siguiente fundamento jurídico.

1. Por lo que se refiere a la presunta violación por la agravante de reincidencia de los derechos a la presunción de inocencia y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa consagrados en el art. 24.2 CE, se parte de la base de que la aplicación objetiva y automática de la agravante, cualquiera que sea el fundamento de la misma, entraña una presunción *iuris et de iure*, bien de perversidad, bien de desprecio a un bien jurídico tutelado por la Ley penal, o bien

de culpabilidad o de peligrosidad, que no admite prueba en contrario y contradice la presunción constitucional de inocencia, que ha de entenderse a cualquier elemento que constituye presupuesto de una medida represiva o de la agravación de la pena. Pero del propio planteamiento de la cuestión se deduce que la misma no guarda relación con los citados derechos fundamentales. En primer lugar, porque, aun admitiendo que la presunción de inocencia también verse sobre las circunstancias agravantes, lo que el Juez propugna no es tanto la prueba de los presupuestos previstos en el art. 10.15 del CP para poder apreciar la agravante, sino la acreditación, en cada caso concreto, de los supuestos fundamentos o razones tenidas en cuenta por el legislador al establecer la reincidencia como circunstancia agravante. Y ello supondría, aparte las dificultades apuntadas por el Fiscal en su escrito de alegaciones, confundir y convertir una relación de fundamentación —sumamente controvertida en el tema que nos ocupa, como pone de manifiesto el plural abanico de presunciones reseñadas por el Juez— en una *praesumptio legis* y en un presupuesto o requisito no recogido en el art. 10.15 CP.

F) Posible inconstitucionalidad del art. 10.15 CP por infringir el principio de legalidad penal consagrado en el art. 25.1 CE, una de cuyas exigencias es la prohibición del *bis in idem*.

0. El Juez razona, en primer término, que la agravante de reincidencia supone una segunda sanción por un hecho que fue ya castigado. En segundo término, que la previsión contenida en el art. 25.1 CE, *in fine*, que ha de interpretarse en el sentido de que «tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito», significa que el único momento constitucionalmente relevante para la determinación de la pena correspondiente a un sujeto por un delito es el momento de la comisión, sin que pueda tenerse en cuenta otro momento anterior.

1. La jurisprudencia de este Tribunal Constitucional ha reconocido, desde su Sentencia 2/1981, que el principio *non bis in idem*, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el art. 25.1 CE. Dicho principio del *non bis in idem*, tal como lo ha venido interpretando este Tribunal —SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989 y 122/1990, entre otras— supone, a los efectos que aquí interesan, la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

2. Pero del propio significado del *non bis in idem* se desprende que la agravante de reincidencia del art. 10.15 CP no conculca dicho principio constitucional. En efecto, la apreciación de la agravante de reincidencia supone, como al principio se expuso, la obligatoriedad de tomarla en consideración, como cualquier otra agravante, para aumentar la pena en los casos y conforme a las reglas que se prescriben en el propio Código (art. 58 CP), y, más concretamente, para determinar el grado de aplicación de la pena prevista para el delito y, dentro de los límites de cada grado, fijar —discrecionalmente— la extensión de la pena. Es claro, en consecuencia, que con la apreciación agravante de reincidencia, ya se entienda que afecta al núcleo del delito o sólo a la modificación de la pena, no se vuelve a castigar el hecho anterior o los hechos anteriores, por lo demás ya ejecutoriamente juzgados —art. 10.15 CP— y con efectos de cosa juzgada (efectos que no se ven, pues, alterados), sino única y exclusivamente el hecho posterior. En este sentido, es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito

o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer. La agravante de reincidencia, por tanto, queda fuera del círculo propio del principio *non bis in idem*.

3. Finalmente, tampoco es aceptable el argumento de que no es conforme con la Constitución agravar la pena por hechos anteriores a la comisión del delito, que el Juez razona a partir de lo dispuesto en el art. 25.1, in fine, de la Constitución. Basta con señalar, al efecto, que la exigencia del art. 25.1 CE se refiere a la vigencia, en el momento de cometerse el nuevo delito, de la norma sancionadora; por ello, lo determinante, a efectos de la adecuación a la Constitución, es que se aplique una norma reguladora de la reincidencia que esté vigente en ese momento, según la exigencia de *previa lege*; norma que, como se ha dicho, no sanciona hechos anteriores, sino los constitutivos del nuevo delito, agravando la correspondiente pena, STC 150/1991, de 4 de julio [LA LEY 1759-TC/1991].

CAPÍTULO V

De la circunstancia mixta de parentesco

Artículo 23.

Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza o adopción del ofensor o de su cónyuge o conviviente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 65.1 y 268.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2003, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2003:

«Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afinidad en los mismos grados del ofensor».

La circunstancia mixta de parentesco resulta aplicable cuando, en atención al tipo delictivo, la acción merece un reproche mayor o menor del que generalmente procede, a causa de la relación parental de que se trate.

Definitivamente, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2003, al redactar nuevamente el artículo del Código Penal, modifica aquellas consideraciones en la medida en la que establece la posibilidad de apreciar esta circunstancia respecto, no sólo a quien sea cónyuge o persona ligada por análoga relación de afectividad, sino también a quien lo haya sido, lo que resta relevancia a la desaparición efectiva de la relación, 159/2007,

de 21 de febrero [LA LEY 8221/2007], 1421/2005, de 30 de noviembre [LA LEY 10634/2006], en este sentido 558/2009, de 29 de mayo [LA LEY 84784/2009]. En los términos de la redacción anterior, vigente al tiempo de los hechos, y concretamente en relación con el matrimonio, la Sala Segunda ha dicho que para que no resulte de aplicación la agravante, es preciso que transcurra un largo tiempo de separación efectiva o una cierta irreversibilidad en la ruptura de la relación, (1457/2002, de 9 de septiembre [LA LEY 146663/2002]), o bien que la relación matrimonial tenga tal grado de deterioro que no pueda presentar un fundamento suficiente para justificar la mayor reprochabilidad al autor, (1574/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 948/2002]), de modo que su aplicación no resulta impedida por el simple deterioro de las relaciones personales entre los cónyuges (1429/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 852/2001]), o por la existencia de frecuentes discusiones en el seno de un matrimonio o de una pareja de hecho (115/2000, de 10 de febrero [LA LEY 3689/2000]), o por encontrarse los cónyuges en una situación tensa a causa de sus desavenencias (919/1998, de 3 de julio [LA LEY 8346/1998]), supuestos citados en la antes citada 1574/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 948/2002]. En este sentido 682/2005, de 1 de junio [LA LEY 12764/2005], 1421/2005, de 30 de noviembre [LA LEY 10634/2006]. «La jurisprudencia de este Tribunal ha de cambiar necesariamente merced a la modificación legislativa operada, pues se objetiva su aplicación, de modo que concurre, con los tradicionales efectos agravatorios en delitos contra la vida e integridad física de las personas, aunque haya desaparecido el matrimonio o esa relación de análoga afectividad, por expresa determinación del legislador (art. 117 CE: imperio de la Ley), siempre, claro está, que los hechos estén relacionados con dicha convivencia, directa o indirectamente, no en supuestos de ajena perpetración, es decir, cuando nada tenga con temas relacionados con tal convivencia o sus intereses periféricos», 682/2005, de 1 de junio [LA LEY 12764/2005], 1197/2005, de 14 de octubre [LA LEY 1965/2005], 558/2009, de 29 de mayo [LA LEY 84784/2009], 433/2009, de 21 de abril [LA LEY 67218/2009]. En todo caso, la relación de afectividad necesaria para activar la doble opción que se concede al valorar el parentesco, debe ser, y así lo exige el legislador, estable. El legislador, consciente de que se ha introducido en un terreno poco seguro, ha ido cambiando constantemente de redacción del precepto pasando de la inicial relación de hecho permanente a la estable. Se debe jugar necesariamente con factores inseguros, lo que es contrario a la propia esencia del Derecho penal. Se ha dicho por la jurisprudencia que la relación matrimonial o de hecho debe estar reforzada por la existencia de afectividad, por lo que se trata de requisitos conjuntos que pueden no existir. En cuanto a la relación de hecho, la incertidumbre es mayor, se ha dicho que basta un corto lapso de tiempo, pero no la aprecia en un relación de noviazgo duradera que no desemboca en una relación de convivencia, lo que añade más incertidumbre, ya que existe afectividad pero no convivencia, lo que no deja de suscitar dudas, 67/2009, de 3 de febrero [LA LEY 3346/2009]. La agravante se apreciará cuando el autor dirija la acción contra su hermano o contra un hermano de su cónyuge. Pero no si se dirige contra el cónyuge de un hermano. Aunque los distintos supuestos presenten una evidente similitud, el texto de la Ley penal no puede ser extendido a supuestos no previstos en ella en perjuicio del reo, 812/2007, de 8 de octubre [LA LEY 165830/2007] La concurrencia del primero de ellos, es decir, la analogía de la relación afectiva existente entre Eloy y su víctima con la marital, podría resultar discutible en el presente caso, dada la relatividad con que es susceptible de medición el afecto y máxime en circunstancias como las presentes, pero lo que en modo alguno resulta de recibo es afirmar que diez meses de noviazgo, sin convivencia en sentido estricto, supone una relación «estable». Recordemos que nos hayamos ante la interpretación de una agravante genérica, de carácter mixto además y por ende ambivalente, que debe ser interpretada con precisión puntual, según el sentido atenuatorio o agravatorio de sus efectos, a partir del fundamento que le da sentido y que, originariamente, no fue otro que el de la existencia de un «parentesco», hoy extendido

desde dicho vínculo, en sentido propio, hasta su equivalente en una sociedad que articula las relaciones personales de un modo mucho más informal, pero sin que, en ningún caso, ello permita ampliar lo que supone una agresión a la confianza mutua y a los lazos que genera una relación parental o similar, añadida a la que ya le es propia al ilícito cometido, a cualquier situación de hecho, aun cuando hubieren existido relaciones sexuales, en la que dos personas se relacionen, independientemente del tiempo transcurrido desde su inicio o del contenido y características de su mutua comunicación, 421/2006, de 4 de abril [LA LEY 36275/2006].

La circunstancia del art. 23 CP ahora establece que no sólo puede agravar o atenuar conforme a la naturaleza, motivos y efectos del delito, sino que podrá no operar ni en un sentido ni en otro y ésa parece que es la significación que el legislador quiere otorgarle a la vista de la regulación de esta materia en el Código, 48/2009, de 30 de enero [LA LEY 1169/2009]. A propósito de dicha circunstancia debemos señalar que como pauta o regla general debe apreciarse como agravante en los delitos contra las personas, lo cual no significa que no existan importantes excepciones como cuando el ataque pueda obedecer a razones extraparentales, o cuando el vínculo familiar aparece roto o en los casos de provocación por parte de la víctima, mientras que en los delitos de contenido económico o patrimonial en principio deberá ser considerada como atenuante, 1074/2002, de 11 de junio [LA LEY 110934/2002]. Es cierto asimismo que la doctrina vino afirmando que esta circunstancia mixta generalmente opera, por su propia naturaleza, con un significado atenuatorio en los delitos contra el patrimonio, reservando su eficacia agravatoria para los delitos contra las personas o la libertad sexual pero también lo es no sólo que en este caso nos hallamos ante un delito de carácter pluriofensivo, en tanto que causa daños a los bienes pero también pone en riesgo a las personas, sino que, además, a tenor de la propia literalidad del precepto (art. 23 CP) la circunstancia se aplicará según la naturaleza del delito pero igualmente por sus «motivos» o efectos, 558/2009, de 29 de mayo [LA LEY 84784/2009]. En los delitos contra las personas, su carácter de agravante no está basado en la existencia de un supuesto cariño o afectividad entre agresor y ofendido, exigencia que llevaría a su práctica inaplicación como agravante en los delitos violentos contra las personas, sino en la mayor entidad del mandato contenido en la Ley dirigido a evitar esas conductas en esos casos, en atención precisamente a las obligaciones que resultan de las relaciones parentales, 657/2008, de 24 de octubre [LA LEY 169550/2008], 159/2007, de 21 de febrero [LA LEY 8221/2007], 1153/2006, de 10 de noviembre [LA LEY 145065/2006], 1421/2005, de 30 de noviembre [LA LEY 10634/2006], 682/2005, de 1 de julio [LA LEY 12764/2005].

En su versión de circunstancia agravante, la justificación del incremento de pena se encuentra en el plus de culpabilidad que supone la ejecución del hecho delictivo contra las personas unidas por esa relación de parentesco o afectividad que el agresor desprecia, integrándose la circunstancia por un elemento objetivo constituido por el parentesco dentro de los límites y grado previsto, y el subjetivo que se concreta en el conocimiento que ha de tener el agresor de los lazos que le unen con la víctima, bastando sólo ese dato y no exigiéndose una concurrencia de cariño o afecto porque como tal exigencia vendría a hacer de imposible aplicación de la agravante pues si hay afecto, no va a haber agresión, salvo los supuestos de homicidio *pietatis causa* en los que el parentesco podría operar pero como circunstancia de atenuación, 162/2009, de 12 de febrero [LA LEY 4682/2009], 926/2008, de 30 de diciembre [LA LEY 226056/2008], 657/2008, de 24 de octubre [LA LEY 169550/2008], 147/2004, de 6 de febrero [LA LEY 1234/2004], 1074/2002, de 11 de junio [LA LEY 110934/2002].

«Como regla general, se viene entendiendo que en los delitos que tienen un contenido de carácter personal opera como agravante y en los que predomina su significación patrimonial o

similar lo hace como atenuante», si bien ello ha de ser con el obligado respeto al art. 67 del CP, en cuanto establece que «las reglas del artículo anterior (es decir, las reglas de aplicación de las penas según las circunstancias concurrentes en la comisión del delito) no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse», 349/2009, de 30 de marzo [LA LEY 23087/2009]. El parentesco no es un elemento propio del tipo de las coacciones y por lo tanto no se ha infringido el art. 67 CP, 279/2009, de 12 de marzo [LA LEY 14407/2009].

CAPÍTULO VI

Disposiciones generales

Artículo 24.

1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, Tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal.

2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 9.

LOPJ: art. 105.

EOMF: art. 23.

LOREG (§ 2.3): art. 135.1.

LOCFS: art. 7.

L 315/1964, de Funcionarios Civiles del Estado: art. 1.

L 30/1984, de Medidas de reforma de la Función Pública: art. 1.

L 7/1985, de Bases de Régimen Local: art. 89.

L 16/1987, de Ordenación de los transportes terrestres: art. 37.7.

Aspectos generales

Numerosos tipos delictivos reservan a la condición de autoridad o funcionario público la posibilidad de ser autores materiales y principales. Otros tipos penales reservan tal cualidad a los posibles sujetos pasivos. No se hace expresa referencia al *agente de la autoridad* en este precepto, aun cuando también figuran referidos en algunos preceptos de la parte especial. En términos generales cabría tildar al CP de pleonástico, al hacer distingos entre autoridad y funcionario público, pues la segunda categoría comprende a la primera y, además, en los referidos tipos penales se suele equiparar, a efectos de sujetos activos y pasivos, a las autoridades, funcionarios públicos

y a sus agentes, y cuando alguna autoridad merece especial protección, resulta específicamente mencionada en dichos preceptos de la parte especial.

Funcionario público

El concepto penal de funcionario público es más amplio que el previsto en la legislación y en los órdenes jurisdiccionales administrativo y social, en congruencia con la refractancia del Derecho penal a las *fictiones iuris*, pues lo relevante en el ámbito penal es que la función del sujeto sea pública, aun cuando su relación formal con cualquiera de las administraciones (estatal, de la comunidad autónoma, local, institucional) tenga un carácter laboral o incluso ocasional, cual es el caso de los depositarios a los efectos de los delitos de malversación (art. 435 CP), y así lo reconoció la jurisprudencia respecto al art. 119 del CP de 1973 y posteriormente vigente ya este precepto (1233/1997 de 10 de octubre [LA LEY 11185/1997], 1292 y 1952/2000 de 10 de julio [LA LEY 9530/2000] y 19 de diciembre [LA LEY 1250/2001], 2361/2001 de 4 de diciembre [LA LEY 1692/2002] y 37, 67/2003 de 22 [LA LEY 837/2003] y 27 de enero [LA LEY 18365/2003] y 1590/2004 de 22 de abril [LA LEY 652/2005]), siendo irrelevante el sistema de selección, la categoría, el carácter temporal o permanente, o el sistema de retribución (2208/1993 de 11 de octubre [LA LEY 1712/1994], y 307/2001 de 27 de febrero [LA LEY 4357/2001] y 2361/2001 de 4 de diciembre [LA LEY 1692/2002], y 537/2002 de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]). Es decir, se trata de un concepto de funcionario público funcional o realista, por lo que se ha estimado funcionario público de la administración municipal al concejal electo que aún no ha tomado posesión, pero que tiene la facultad indelegable de su voto para constituir la nueva corporación (1952/2000 de 19 de diciembre [LA LEY 1250/2001]), y a los profesionales sanitarios del Servicio nacional de salud a pesar de su carácter «estatutario» (2052/2001 de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001] y 2361/2001 de 4 de diciembre [LA LEY 1692/2002]), a un empleado del Fondo de promoción de empleo (68/2003 de 27 de enero [LA LEY 12333/2003]), a un peón especialista de una consejería autonómica (1/2004 de 12 de enero [LA LEY 894/2004]) y a un empleado temporal de la administración de loterías (1433/2003 de 28 de octubre [LA LEY 322/2004]). Y en el mismo sentido se ha considerado autoridad al Director de un centro penitenciario, al ejercer mando y potestad sancionadora (239/1998 de 24 de diciembre). No son, en cambio, funcionarios los vigilantes jurados o empleados de la seguridad privada (806/1993 de 7 de abril [LA LEY 3289-5/1993]), ni tampoco lo son (con las salvedades luego expresadas) los presidentes o miembros de las juntas de gobiernos de los colegios profesionales, pues a pesar de ser éstos *corporaciones de Derecho público* (art. 36 CE), se trata de profesionales liberales asociados, a pesar de lo cual se les ha considerado funcionarios públicos a efectos de los delitos de falsedad documental y electorales (1233/1997 de 10 de octubre [LA LEY 11185/1997]), pero por el doble carácter que tienen los colegios de asociación de profesionales libres, por una parte, y de entidad con funciones públicas sometida en algunos aspectos al control jurisdiccional contencioso-administrativo, por otra, se ha estimado funcionario público a miembros de sus juntas de gobierno por delitos de falsedad (2199/1996 de 10 de octubre [LA LEY 10787/1996] y 789/2001 de 10 de mayo [LA LEY 94045/2001]) o prevaricación (A AP de Lérida, Sec. 1.ª 214/2005 de 21 de junio [LA LEY 268881/2005]) y al Decano autoridad a efectos del delito de atentado (1310/2002 de 9 de julio [LA LEY 7731/2002]). No son funcionarios públicos los Presidentes de Federaciones deportivas, pues a pesar de que el art. 30.2 de la Ley del Deporte ejercen por delegación funciones administrativas, los

fondos no son públicos salvo en la parte que corresponda a subvenciones de esta carácter que la Federación distribuya entre los federados (2607/1998 de 31 de mayo).

En relación con las empresas o entes públicos que, siendo propiedad su capital de alguna administración pública y rigiéndose por normas de Derecho privado acordes con su forma societarias, prestan servicios públicos, así como respecto a los concesionarios, también se ha considerado que pueden estar implícitos en esta amplia definición de funcionario público (29 de abril de 1997, 19 de diciembre de 1999 [LA LEY 5659/1997], 1889/2002 de 13 de noviembre [LA LEY 780/2003], 1590/2004 de 22 de abril [LA LEY 652/2005]). También tienen la condición de funcionario a efectos penales, como recuerda la STS 1544/2004 de 23 de diciembre [LA LEY 270960/2004](citando otras anteriores: 601/1998 de 30 de abril [LA LEY 6687/1998], 779/1998 de 5 de junio [LA LEY 7866/1998] y 168/1997 de 13 de febrero [LA LEY 2535/1997]), que respectivamente asignan tal naturaleza al titular de un establecimiento de lotería, el contratado fijo en el INE y el empleado en un oficina de la Caja Postal. Igualmente se ha considerado funcionario público al Patrón mayor o Presidente de una Cofradía de pescadores (3 de octubre de 1998 [LA LEY 10003/1998]).

Por otra parte, como ya se ha denunciado, la redundante referencia de la ley penal a las autoridades en general y a sus agentes, que son funcionarios, complica innecesariamente la clarificación de esta problemática.

Artículo 25.

A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 199 a 214.

CP: arts. 148.3.º, 153, 155, 156, 185 a 189, 192, 197.5.º, 223, 224, 229 a 232, 618 y Disp. Adic. 1.ª y 2.ª.

LEC: arts. 756 y ss.

L Hipotecaria (D de 8 de febrero de 1946, modificada en este punto por L 6/1984): art. 2.4.º.

Este precepto confirma el carácter material o real, no formal o jurídicamente ficticio, de la protección penal del incapaz, en los delitos contra la integridad corporal, la libertad e indemnidad sexuales, la familia y el patrimonio de los incapaces. Por razones de seguridad jurídica, complementadas por la presencia de este concepto amplio de incapaz, el legislador opta en cambio por el criterio estrictamente cronológico al conceptual al menor, obviando la problemática de la edad mental.

Esta configuración del «incapaz» a efectos penales no afecta a la incapacidad para declarar en un proceso penal las personas que resulten incluidas en él, pues en este proceso no hay personas incapacitadas para declarar como testigos —arts. 410 y ss. LECrim.— (1639/2001 de 24 de septiembre [LA LEY 167063/2001] y 872/2003 de 13 de junio [LA LEY 105785/2003]).

Artículo 26.

A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 197, 278, 390 y ss., 413 y ss., 465, 534, 600 y 603.

CC: arts. 1216 y ss.

LEC: arts. 317 a 327.

El legislador ha optado por el concepto germánico —amplio— de documento, frente al latino, que reduce al papel y además escrito —modelo francés— tal concepto, opción que ya había realizado la jurisprudencia con anterioridad siguiendo el imperativo realismo que el orden penal exige (20 de marzo de 1992, 15 de marzo de 1994 y 755/2001 de 6 de julio [LA LEY 137266/2001]), siendo documento cualquier soporte material e indeleble (114/1994 de 3 de junio [LA LEY 3429/1994] y 711/1996 de 19 de octubre [LA LEY 10824/1996]) que contenga información, aun cuando no sea escrita (77/1998 de 23 de enero).

A pesar de su amplitud, el concepto está limitado por la necesidad de que la información contenida en cualquier soporte tenga relevancia probatoria u otro efecto jurídico aun cuando no sea procesal (1282/2000 de 25 de septiembre [LA LEY 135/2001]), trascendencia que expulsa de este concepto legal todo documento jurídicamente inútil (121/1997 de 3 de febrero [LA LEY 2526/1997]) o que no esté «destinado por su autor o por un tercero a la entrada en el tráfico jurídico y tenga cierta trascendencia en orden a la acreditación de su contenido o a la constitución de efectos jurídicos», pues «a estas finalidades se ha referido reiteradamente nuestra jurisprudencia al señalar como cualidades del documento, el ser un medio de perpetuación y constatación del contenido que refleja, el tratarse de un medio que garantiza respecto a su autor, y el servir de instrumento de prueba» (350/2005 de 17 de marzo [LA LEY 63240/2005]), es decir, las tradicionales funciones de «perpetuación» fijando una información, de «prueba» en futuros debates sobre la existencia o significado de tal información y de «garantía» respecto a quienes intervienen y que manifiestan.

Como manifiesta con más elementos esenciales la STS 1456/2002 de 13 de septiembre [LA LEY 149528/2002], las notas definitorias del documento son las siguientes: 1.ª Materialización, es decir, constancia en un soporte indeleble. 2.ª Procedencia humana, es decir, atribuible una persona. 3.ª Comprensible conforme a los usos sociales. 4.ª Entada en el tráfico jurídico. 5.ª Que sea un documento original.

No se excluye como documento penalmente relevante la fotocopia, cuyo valor se sopesará en cada caso (687/1999 de 10 de mayo [LA LEY 6977/1999]), aun cuando no pueda considerarse documento oficial sino privado la fotocopia de un documento de aquel carácter no autenticada, en un sentido más material que formal (828/1998 de 18 de noviembre [LA LEY 212/1999]). También se han considerado documento, a efectos del delito de falsedad, las placas de matrícula de vehículos de motor (1594/1997 de 27 de marzo y JG de la misma fecha). También se ha considerado documento la etiqueta de una corbata en el que figura un NIF y una marca (159/2004 de 13 de febrero [LA LEY 796/2004]) y por supuestos «grabaciones de vídeo» (2160/2002 de 28 de diciembre [LA LEY 11554/2003])

En los comentarios a los delitos de falsedad documental (arts. 390 y ss. CP) se desciende a más detalles.

TÍTULO II

DE LAS PERSONAS CRIMINALMENTE RESPONSABLES DE LOS DELITOS Y FALTAS

Artículo 27.

Son responsables criminalmente de los delitos y faltas los autores y los cómplices.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 10, 28 a 31, 61 a 64 y 116.

CPM: art. 65.

El **encubrimiento** ha dejado de ser una forma genérica de participación en el delito (difícilmente se puede participar en algo que ya está previamente consumado) para convertirse en un delito autónomo (arts. 451 a 454 CP).

En los llamados **delitos especiales**, que son aquellos en los que sólo pueden ser autores quienes reúnan una cualificación especial («sujeto activo cualificado» o *intraneus*: funcionario público, contribuyente, etc.), nuestra jurisprudencia viene admitiendo la participación del *extraneus* (sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica) a título de inductor o cooperador necesario del *intraneus* (1312/1994, de 24 de junio [LA LEY JURIS 14002/1994], 274/1996, de 20 de mayo [LA LEY JURIS 71732JF/0000], y 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY JURIS 4019/2000]): el Código Penal no impide la punibilidad del *extraneus* como partícipe en el delito propio del *intraneus*, pues de forma mediata ataca al mismo bien jurídico y contribuye a la producción del acto ilícito. Dicho partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. No obstante, el partícipe *extraneus* en un delito especial propio debe ser condenado, de todos modos, con una pena atenuada respecto del autor *intraneus*, pues no infringe personalmente el deber específico que da materialmente contenido al tipo del delito especial propio, lo que reduce el contenido de la ilicitud (164/1997, de 12 de febrero [LA LEY JURIS 3828/1997], y 870/1997, de 10 de enero [LA LEY JURIS 2783/1997]).

Artículo 28.

Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 18, 27, 30, 31, 61, 62 y 143, 187 y 192.1.

CPM: art. 79.

Mucho se ha discutido doctrinalmente sobre el concepto de autoría, doctrina que para nuestra jurisprudencia, aun siendo realmente enriquecedora, poca trascendencia práctica tiene a la hora de fijar responsabilidades, en cuanto que los autores **directos o individuales** porque realizan los elementos del tipo de forma personal, los **coautores** porque realizan el hecho conjuntamente, los **autores mediatos** porque realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento, e incluso los **inductores o cooperadores necesarios** porque moralmente gestionan el delito o porque ayudan en su ejecución con actos imprescindibles, estas dos como formas de participación equiparadas a la autoría, todos ellos son de una u otra forma sujetos activos de la infracción. Por lo común todos ellos ostentan sin discusión lo que se ha denominado, para sustituir la teoría del acuerdo previo, el **dominio del hecho**, que en la coautoría se convierte en el **condominio del hecho**, lo que significa que el autor, individual o conjuntamente, domina la dirección de las acciones comunes y necesarias hacia el cumplimiento del tipo penal (1283/1999, de 16 de septiembre [LA LEY JURIS 12146/1999]).

Autor directo es quien realiza la acción típica, quien conjuga como sujeto el verbo nuclear de la acción. Característica principal del autor directo es tener el dominio del hecho porque dirige su acción hacia la realización del tipo penal (1478/2001, de 20 de julio [LA LEY JURIS 7277/2001], y 779/2003, de 30 de mayo [LA LEY JURIS 1459931/2003]). La jurisprudencia ha precisado que la autoría material no significa, sin más, que deba identificarse con una participación comisiva ejecutiva, sino que puede tratarse también de una autoría por dirección o una autoría por disponibilidad potencial ejecutiva, que requiere el conocimiento expreso o por adhesión del pacto criminal, al que se suma en la consecución conjunta de la finalidad criminal, interviniendo activa y ejecutivamente, o solamente si el caso lo requiere, en función de las circunstancias concurrentes (1478/2001, de 20 de julio, y 964/2004, de 16 de julio).

Autor mediato es quien realiza el hecho utilizando a otro como instrumento. Pero ello no significa que su autoría no sea directa, porque ejecuta hechos absolutamente relevantes que convergen con los de los demás coautores para la consecución del resultado total de la acción, realizando cada uno la aportación que previamente tenían asignada (1223/1999, de 14 de octubre [LA LEY JURIS 1722/2000], y 2084/2001, de 13 de diciembre [LA LEY JURIS 1696/2002]).

La **coautoría** supone la resolución de varios individuos de llevar a término una concreta empresa o proyecto criminal, seguida de su realización conjunta. Junto al acuerdo previo o resolución común de dar cuerpo a la infracción delictiva (*pactum scaeleris*), con unidad de conocimiento y de voluntad entre los intervinientes (elemento subjetivo), se materializa la aportación individual del propio esfuerzo por cada uno de ellos, la dinámica incorporación activa y personal, al objeto de hacer realidad el plan ideado y aceptado, ostentando cada uno de los actos procedentes de los comunes protagonistas, significación causal, entronque nuclear, operancia condicional, en relación con el resultado del delito perseguido (elemento objetivo). Ello sin perjuicio de la variedad y diversa entidad de los papeles asignados a los distintos coautores en el desarrollo del proyecto criminal asumido (1858/1993, de 16 de julio [LA LEY JURIS 4118-5/1993], y 186/2004, de 12 de febrero [LA LEY JURIS 11898/2004]; y ATS 914/1994, de 22 de junio), ya que cada uno de los coautores no tiene por qué realizar la totalidad de la conducta típica, aunque siempre es atribuible la totalidad de la acción a cada uno, es decir, el hecho delictivo les pertenece en igual medida, no

son partícipes en lo hecho por otro y por ello no juega el principio de accesoriadad propio de la participación en un hecho ajeno (2084/2001, de 13 de diciembre [LA LEY JURIS 1696/2002]). Se diferencia la coautoría de la cooperación en el carácter, o no, subordinado del partícipe a la acción del autor (779/2003, de 30 de mayo [LA LEY JURIS 1459931/2003]).

La moderna doctrina del Tribunal Supremo establece que la coautoría del art. 28 CP se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, condominando entre todos, apareciendo, pues, la autoría como un supuesto de «división de trabajo», requiriendo, por tanto, una decisión conjunta, un condominio del hecho, y una aportación al mismo en fase ejecutiva. El dominio del hecho, sin embargo, existe aunque cada persona que interviene no realice por sí solo y enteramente el tipo, pues es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al mismo, basada en la división de funciones o del trabajo entre los intervinientes. La nueva definición de **coautor** acogida en el art. 28 del Código Penal de 1995 —«realización conjunta del hecho»—, implica que cada uno de los concertados para ejecutar el hecho colabora con alguna aportación objetiva y causal, eficazmente dirigida a la consecución del fin conjunto. No es, por ello, necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos naturales integradores del núcleo del tipo, pues a la realización del delito se llega conjuntamente por la agregación de las diversas aportaciones causales decisivas (452/2008, de 10 julio [LA LEY 96521/2008], 774/2008 de 19 de noviembre [LA LEY 189409/2008], y 581/2009, de 2 de junio [LA LEY 84785/2009]).

Una de las teorías más aceptadas para conformar la autoría es la que la identifica con el **dominio funcional del hecho**. Según esta teoría, son coautores los que realizan una parte necesaria en la ejecución del plan global aunque sus respectivas contribuciones no reproduzcan el acto estrictamente típico (por ejemplo, en el caso del homicidio, el acto de matar) siempre que, aun no reproduciéndolo, tengan el dominio funcional del hecho, de suerte que sea éste, en un sentido muy preciso y literal, un hecho de todos que a todos pertenezca. Serán, pues, coautores los que condominan funcionalmente el hecho que se subsume en la conducta típica. Y ese dominio funcional del hecho que ejerce cada uno de los coautores se manifiesta en el papel que le corresponde en la división del trabajo, integrado en la decisión conjunta al hecho. En esa decisión conjunta o común aparecen conectadas los distintos aportes o tareas en que se divide la realización del hecho. Esa división de aportes o tareas también se presenta entre autores y cómplices o cooperadores. La jurisprudencia ya no considera que el acuerdo previo sin más sea suficiente para construir la coautoría; constituye una condición, pero no la única, de la coautoría. Ésta surge cuando a la decisión común acompaña una división de papeles o tareas que no importe subordinación de unos respecto de otro o de otros y ese aporte principal exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho que se va a realizar. Por lo que se refiere al acuerdo previo, en que se funda el principio de «imputación recíproca» de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, la jurisprudencia ha estimado suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución (coautoría adhesiva o sucesiva) y que el mismo sea tácito y no producto explícito de una deliberación en que se hayan distribuido los papeles a desempeñar. El acuerdo, en definitiva, especialmente en los delitos en que la ejecución es prácticamente simultánea a la idea criminal, se identifica con la mera coincidencia de voluntades de los partícipes, esto es, con lo que se ha llamado el dolo compartido. (903/1998, de 2 julio, 1177/1998, de 9 octubre 1998 [LA LEY JURIS 10605/1998], y 573/1999, de 14 de abril [LA LEY JURIS 5617/1999]).

En efecto, nuestra jurisprudencia ha admitido como supuestos de **coautoría** los que se han denominado **participación adhesiva o sucesiva** y también **coautoría aditiva**, que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) que alguien hubiera dado comienzo a la ejecución

del delito; b) que posteriormente otro u otros ensamblen su actividad a la del primero para lograr la consumación del delito cuya ejecución había sido iniciada por aquél; c) que quienes intervengan con posterioridad ratifiquen lo ya realizado por quien comenzó la ejecución del delito aprovechándose de la situación previamente creada por él, no bastando el simple conocimiento; y d) que cuando intervengan los que no hayan concurrido a los actos de iniciación, no se hubiese producido la consumación, puesto que, quien interviene después, no puede decirse que haya tomado parte en la ejecución del hecho (581/2009, de 2 de junio [LA LEY 84785/2009]).

Como resume la Sentencia 563/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 132394/2008], «*cuando varios partícipes dominan en forma conjunta el hecho (dominio funcional del hecho), todos ellos deben responder como coautores (...) la coautoría no es una suma de autorías individuales, sino una forma de responsabilidad por la totalidad del hecho no puede, pues, ser autor sólo el que ejecuta la acción típica, esto es, el que realiza la acción expresada por el hecho rector del tipo sino también todos los que dominan en forma conjunta, dominio funcional del hecho*».

La **inducción** es una forma de participación en un delito ajeno, que consiste en suscitar en otro, dolosamente, la resolución de cometer el acto punible. Se exige que éste sea cometido libremente por el inducido, que actúa como autor inmediato con dominio del hecho, aunque no se debe descartar la posibilidad de que el inductor no se limite a hacer que nazca la resolución criminal en el inducido, sino que colabore activamente con actos propios en la realización del hecho, en cuyo caso nos encontraríamos ante una participación dual que reuniría elementos de la inducción y de la cooperación necesaria. La inducción ha de ser: a) anterior al hecho punible puesto que es su causa, pudiendo también ser concomitante; b) directa, es decir, ejercida sobre una persona determinada y encaminada a la comisión de un delito también determinado, bastando con precisar los términos generales, sin que sea necesario que lo estén los accidentes del mismo; c) eficaz o con entidad suficiente para mover la voluntad del inducido a la realización del hecho perseguido; d) dolosa, aunque es suficiente el dolo eventual, en el doble sentido de que conscientemente se quiere tanto inducir como que se cometa el delito a que se induce; y e) productora de su específico resultado porque el inducido haya, por lo menos, dado comienzo a la ejecución del delito, consumándolo o al menos entrando en la fase de tentativa, no respondiendo el inductor de los excesos del ejecutor de carácter cualitativo. Desde otro punto de vista, debe decirse que la inducción, como cualquier otra forma de participación está regida por el principio que la doctrina y la práctica judicial denomina de «*accesoriedad media o limitada*» conforme al cual es suficiente, para que el tipo de inducción quede integrado, que el hecho principal sea típicamente antijurídico aunque su autor no sea culpable por falta de dolo o concurra en él una causa de impunidad como el error de prohibición. La acción del partícipe es punible porque contribuye decisivamente a la producción de un injusto típico y su culpabilidad completa los elementos constitutivos del delito que eventualmente faltaren, por ejemplo, el dolo del autor material o la punibilidad si ésta quedare excluida por el error en que el mismo se encontrare (1065/1992, de 12 de mayo [LA LEY JURIS 3035JF/0000], 126/2000, de 22 de marzo [LA LEY JURIS 75467/2000], 539/2003, de 30 de abril [LA LEY JURIS 2040/2003], y 1058/2007 de 12 diciembre [LA LEY 202432/2007]).

Es preciso para que pueda hablarse de **inducción** que concurra lo que se denomina «*causalidad psíquicamente actuada*», que es tanto como determinar o mover a una persona a que ejecute un hecho delictivo concreto y ello aunque el ánimo del inducido estuviera más o menos predisuesto, pero no decidido. Sin embargo, cuando la persona inducida en cualquier caso hubiera cometido el delito, porque su voluntad estaba predeterminada a hacerlo y lo habría ejecutado de todas formas, nos encontraríamos en presencia del denominado *omnimodo facturus*, deviniendo

do en superflua la inducción, con independencia de que dicha conducta pueda castigarse como «proposición», que por eso es también llamada «tentativa de inducción», al igual que cuando la inducción no es efectiva por no haberse cometido el delito propuesto (813/2008, de 2 de diciembre [LA LEY 193677/2008]).

La condición de marido no origina por sí sola ni inducción ni cooperación en la conducta de la esposa, como normalmente se entiende en los supuestos inversos (1059/2003, de 14 de julio [LA LEY JURIS 10066/2004]).

Existe **cooperación necesaria** cuando hay aportación de una conducta sin la cual el delito no se hubiera cometido —teoría de la «*conditio sine qua non*»—; cuando se contribuye con un algo escaso pero no fácil de obtener de otro modo —teoría de los «bienes escasos»—; o cuando la persona que interviene tiene la posibilidad de impedir la infracción retirando su concurso —teoría del «dominio del hecho»—. Todas ellas son complementarias (916/1995, de 18 de septiembre [LA LEY JURIS 2712/1995], 1351/1992, de 10 de junio [LA LEY JURIS 2323/1992], 1159/2004, de 28 de octubre, y 856/2007, de 25 de octubre [LA LEY 170376/2007]).

La diferencia entre **cooperador necesario** y **coautor**, que es una imposición del nuevo texto del art. 28 del Código Penal de 1995, tiene una especial relevancia a partir de la introducción de la coautoría y la autoría mediata en el texto de la ley y de la adopción en la jurisprudencia del criterio del dominio del hecho para diferenciar entre autores (coautores y autores mediatos) y partícipes. En efecto, es evidente quien pone una condición sin la que el hecho no se hubiera cometido tiene el dominio del hecho, pues éste debe ser atribuido a quien puede interrumpir la ejecución del delito retirando la que es una condición sin la que éste no se hubiera efectuado. Ello podría sugerir que la cooperación necesaria es superflua, porque no es más que una repetición del concepto de autor. Sin embargo, la cooperación necesaria en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizado su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo. En otras palabras el cooperador necesario realiza su aportación al hecho sin tomar parte en la ejecución del mismo (258/2007, de 19 de julio [LA LEY 110940/2007]).

La **cooperación necesaria** se diferencia, pues, de la autoría material y directa en que el cooperador no ejecuta el hecho típico, desarrollando únicamente una actividad adyacente, colateral y distinta pero íntimamente relacionada con la del autor material, de tal manera que esa actividad resulta imprescindible para la consumación de los comunes propósitos criminales asumidos por unos y otros, en el contexto del concierto previo. A su vez, se diferencia de la coautoría porque ésta implica la realización conjunta, entre todos los codelincuentes, del hecho descrito en la norma con independencia del papel asignado a cada uno, porque ninguno ejecuta el hecho completamente, no jugando con ello el principio de la accesoriidad de la participación. Por último, la diferencia entre la complicidad y la cooperación necesaria radica en la consideración de la actividad del cómplice (que implica desde luego evidente realización de un acto de ejecución) como secundaria, accesoria, periférica, de simple ayuda o auxiliar de la acción del autor principal, frente a la condición de necesaria a la producción del resultado de la conducta del cooperador necesario; en la complicidad, por tanto, se resalta una participación de segundo grado inscribible en las prestaciones de auxilio eficaz favorecedor del resultado, pero sin el cual el hecho criminal también era posible (828/1996, de 6 de noviembre de 1996 [LA LEY JURIS 10846/1996], 941/1999, de 11 de junio [LA LEY JURIS 9346/1999], 1338/2000, de 24 de julio [LA LEY JURIS 818/2001], 123/2001, de 5 de febrero [LA LEY JURIS 2402/2001], y 677/2003, de 7 de mayo [LA LEY JURIS 10445/2004]).

Artículo 29.

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 27, 28, 30.1, 63, 64, 116, 451, 518 y 576.

Tres son las teorías más utilizadas por la jurisprudencia para delimitar el concepto de autor-cooperador necesario y distinguirlo de la simple complicidad (154/1993, de 26 de febrero [LA LEY JURIS 13063/1993]; 59/1998, de 27 de enero [LA LEY JURIS 1408/1998]; 1459/1998, de 24 de noviembre [LA LEY JURIS 131226/1998], 1150/1999, de 5 de julio [LA LEY JURIS 10575/1999], 123/2001, de 5 de febrero [LA LEY JURIS 2402/2001], 1780/2001, de 27 de septiembre [LA LEY JURIS 960975/2001], 475/2002, de 15 de marzo [LA LEY JURIS 7296/2002], 677/2003, de 7 de mayo [LA LEY JURIS 10445/2004], y 722/2003, de 12 de mayo [LA LEY JURIS 10433/2004]): la objetivo-formal, la objetivo-material y la teoría del dominio del hecho. En primer lugar, según el **criterio de la causalidad** se estima autor a todo aquel que pone una causa sin la que el resultado no se hubiera producido, aunque diferenciando la causa (autoría) de la condición (complicidad), para no caer en la teoría de la equivalencia de las condiciones. En aplicación de la **teoría del dominio del hecho**, el criterio diferenciador se encuentra en la posibilidad de dejar correr o de interrumpir la realización de la acción típica, haciendo de ese dominio el signo distintivo de la autoría, relegando la complicidad a los simples actos de ayuda sin participación ni decisión en el dominio final del hecho. Finalmente, según la **teoría de la eficacia de los medios prestados**, la esencia de la autoría estaría en la realización de aportaciones necesarias para el resultado, teniendo en cuenta la escasez de ciertos medios y su dificultad para obtenerlos; se estaría en la autoría ante toda actividad claramente criminal, que por serlo, no está dispuesto cualquier ciudadano a afrontarla, si además es relevante en relación al resultado y supone la remoción de obstáculos serios para la comisión del delito.

La jurisprudencia actual viene conjugando estos criterios, sin adscribirse a ninguno de ellos en exclusiva, pero sin ocultar sus preferencias (para distinguir entre el auxilio necesario y otras colaboraciones contingentes y secundarias) hacia la **doctrina de los bienes o actividades escasas**, por su practicidad y fácil comprensión, prestando, dentro de este criterio, una atenta consideración a la eficacia y poderío causal de la acción de auxilio, es decir, a la **teoría de la relevancia de la aportación**. Lo que distinguiría al cooperador necesario del cómplice no sería el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen, sino la importancia de la aportación en la ejecución del plan del autor o autores: quien aporta al autor o autores un comportamiento de colaboración no fácil de conseguir, sería cooperador necesario y cómplice en caso contrario. Cuando se contribuye objetivamente y a sabiendas de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto, con una serie de actividades auxiliares, meramente periféricas o de segundo grado, acaecidas temporalmente «antes» o «durante», estamos en presencia de la complicidad delictiva. Lo decisivo, pues, es la naturaleza, el carácter y las condiciones de esos actos auxiliares. Por lo tanto, la cuestión de si el delito se hubiera podido cometer o no sin la aportación debe ser considerada dentro del plan del autor que recibe la cooperación. Si en el plan la cooperación resulta necesaria, será de aplicación el art. 28.2.º b) CP; si no lo es, será aplicable el art. 29 CP. No se trata, en consecuencia, de la aplicación del criterio causal de la teoría de la *conditio sine qua non*, sino de la necesidad de la aportación para la realización del plan concreto. En definitiva, la complicidad se distingue de la coautoría en

la carencia del dominio funcional del acto y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible al no tratarse de un bien escaso (1187/2003, de 24 de septiembre, 1159/2004, de 28 de octubre, 699/2005, de 6 junio, 750/2007, de 28 de septiembre [LA LEY 165823/2007] y 790/2007, de 8 de octubre [LA LEY 170362/2007]).

Cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados. Se trata, no obstante, de una participación accidental y no condicionante, de carácter secundario o inferior, que se distingue de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto, y de la cooperación necesaria en el carácter secundario de la intervención. El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible (644/1999, de 26 de abril [LA LEY JURIS 6157/1999], 694/2003, de 20 de junio [LA LEY JURIS 2776/2003], 699/2005, de 6 junio, y **544/2009, de 20 de mayo**).

Los cómplices son cooperadores del hecho principal con actos anteriores o simultáneos. Se trata de una cooperación no necesaria que requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales. Subjetivamente ha de haber un concierto de voluntades o previo acuerdo, coetáneo, inicial o sobrevenido a la acción, expreso o tácito (*pactum scaeleris*), junto con la conciencia plena respecto de la ilicitud y de la antijuridicidad del acto proyectado (*consciencia scaeleris*), así como el denominado *animus adiuvandi* o voluntad de participar contribuyendo a la consecución de dicho acto. Objetivamente, se precisa la aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar: una especie de **participación de segundo grado** que, en ese sentido objetivo dicho, supone la aportación del esfuerzo del cómplice, esto es, un acto de ejecución, aunque accesorio, periférico, secundario o de simple ayuda (1283/1999, de 16 de septiembre [LA LEY JURIS 12146/1999], 1216/2002, de 28 de junio, y 688/2005, de 3 junio).

Así pues, la complicidad, como forma de participación autónoma, es distinta de la participación trascendente, fundamental y esencial que va embebida en la autoría. El autor ejecuta el hecho propio, mientras el participante por complicidad contribuye al hecho ajeno. Éste favorece, coopera no necesariamente. Al ser participación accesorio que sigue a la conducta principal, su reproche penal no puede tener lugar si la conducta principal no es, a su vez, típica y antijurídica (1283/1999, de 16 de septiembre [LA LEY JURIS 12146/1999] y 290/2003, de 9 de marzo de 2004 [LA LEY JURIS 1649763/2003]).

Nuestra jurisprudencia (1029/1996, de 18 de diciembre [LA LEY JURIS 2201/1997], 1480/1999, de 13 de octubre [LA LEY JURIS 1645/2000], y 221/2003, de 14 de febrero [LA LEY JURIS 1788/2003]) ha admitido la llamada **complicidad omisiva**, que parte de los siguientes presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución (presupuesto objetivo); b) voluntad de facilitar la ejecución (presupuesto subjetivo); y c) infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (presupuesto normativo). Todo ello abrazado por el dolo, según el cual el omitente debe conocer su especial posición de garante y la posibilidad de actuar con arreglo a la posición ostentada y, sin embargo, omite el comportamiento que le era exigible posibilitando el actuar del autor material.

Artículo 30.

En los delitos y faltas que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

Los autores a los que se refiere el art. 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.

Los directores de la publicación o programa en que se difunda.

Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.

Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 18.1, 29, 120.2, 186, 197.3 y 4, 206, 209, 211, 212, 278.2, 279, 282, 284, 362, 510.2 y 599.2.º.

LECrim.: arts. 816 a 823 bis.

LOREG (§ 2.3): art. 144.

Ley de Propiedad Intelectual: art. 6.1.

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta: arts. 34 y ss., 64 y ss.

Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas: art. 2.

Regula este precepto la autoría en los delitos realizados a través de medios de difusión mecánicos (tradicionalmente conocidos como «delitos de imprenta»), refundiendo y respetando en líneas generales los arts. 13 y 15 del Código Penal de 1973.

Este artículo aparece inspirado por los **principios de limitación y de efectividad**. El primero porque en esta clase de infracciones publicitarias quedan expresamente excluidos de la responsabilidad criminal los cooperadores necesarios, los cómplices y «quienes hubieren favorecido personalmente el hecho». Ello se explica por razones de política criminal y para evitar que la amplitud de la responsabilidad constituyera un gravísimo obstáculo del desarrollo de los medios de comunicación que tanta importancia han tenido en el pasado y tienen en la actualidad en la formación cultural y desarrollo tecnológico de una sociedad. En atención al **principio de efectividad de la responsabilidad**, se establece una responsabilidad subsidiaria «en cascada» y excluyente a cargo de directores de publicaciones o programas, editores e impresores (31 de enero de 1992 [LA LEY JURIS 14547-R/1992]).

Desde siempre se ha entendido que no se consagra aquí un caso de responsabilidad objetiva, siendo precisa la concurrencia de culpa. El **principio de culpabilidad** (art. 5 CP) debe tenerse presente en la interpretación de este art. 30, rechazándose, por consiguiente, toda interpretación objetivista, al exigirse siempre el dolo o la culpa (imprudencia) para la incorporación de la persona al círculo de responsables, que jamás podrán serlo por la sola circunstancia de que el verdadero autor no pueda ser perseguido. No es, por tanto, suficiente, la ausencia del autor material o inductor para hacer per se responsable criminalmente al director, sino que habrá de exigirse para la aplicación del art. 30.2 una culpabilidad en el subsidiario, que ha tenido que tener una cooperación de autoría en el hecho a título de dolo o culpa (4 de octubre de 1988 y 25 de noviembre de 1988, 16 de mayo [LA LEY JURIS 1625-2/1989] y 24 de noviembre de 1989 [LA LEY JURIS 748-2/1989], 12 de febrero de 1990 [LA LEY JURIS 1325-2/1990] y 16 de mayo de 1991 [LA LEY JURIS 581JF/0000]; también STC 253/1993, de 20 julio).

Artículo 31.

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 28, 29, 30, 129, 260.3, 262, 293 y ss., 302, 318, 370, 435.3.º, 515, 516 y 517.

CP 1973: art. 15 bis.

LRJCC (§ 2.1): art. 7.3.

El nuevo apartado 2 ha sido introducido por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Anteriormente el texto decía así:

«Art. 31.

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

Este precepto, cuyo antecedente era el art. 15 bis del Código Penal de 1973 introducido por la LO 8/1983, constituye una regla complementaria de la autoría fijada en el art. 28, aplicable en aquellos delitos especiales cuya autoría exige necesariamente la presencia de determinadas características, condiciones o cualidades que únicamente concurren en la persona representada —persona física o jurídica—, pero no en la representante —persona física que actúa como representante de hecho o de

derecho—. Por eso se dice que el art. 31 supone la extensión del círculo de autores de los delitos especiales propios cuando el *extraneus* obra en representación del *intraneus* (305/2008, de 29 de mayo [LA LEY 74056/2008]). Respetando el principio de legalidad, la responsabilidad penal se extiende en tales casos a los administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. El caso paradigmático, pues, es el de las personas jurídicas, en donde es preciso discernir quién debe responder penalmente de sus actos ilícitos o, lo que es lo mismo, quién es el «verdadero dueño de la voluntad social». No obstante, este artículo prevé también la responsabilidad penal de quien actúa en representación de una persona física (2/1997, de 29 de noviembre [LA LEY JURIS 10/1998], y 1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY JURIS 1921/2001]).

La responsabilidad del art. 31 no deriva del dato de SER APODERADO sino del más relevante dato de ACTUAR O HACER COMO TAL los comportamientos que, objetiva y subjetivamente, permiten predicar en la persona jurídica las condiciones, cualidades o relaciones del correspondiente delito (427/2009, de 29 de abril [LA LEY 49562/200]).

Entre los principios fundamentales del Derecho penal ha sido reconocido sin excepciones el de la **responsabilidad personal**. De acuerdo con este principio la base de la responsabilidad penal requiere, como mínimo, la realización de una acción culpable, de tal manera que nadie puede ser responsable de las acciones de otro. En este sentido el Tribunal Constitucional (STC. 131/1987) ha señalado que: «*el principio de personalidad de las consecuencias jurídico-penales se contiene en el principio de legalidad*» (601/2007, de 4 de julio [LA LEY 72197/2007], y 563/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 132394/2008]).

Cuando el art. 31 CP habla de representante o administrador, se está refiriendo a los órganos de la dirección o personas físicas que posean expresamente y directamente facultades de gestión en el ámbito concreto en que se haya desenvuelto la actividad delictiva (posición de dominio) o que hayan impulsado ese comportamiento, determinando como base para llevar a cabo la atribución de responsabilidad penal si sus actos (u omisiones equivalentes) son casos de autoría, inducción o cooperación al delito concreto cometido. Así, pues, los términos representante o administrador que utiliza el art. 31 son conceptos valorativos, expresando control y dirección de las actividades de una empresa, que en modo alguno se constriñen a la significación literal de los términos en cuestión (431/1997, de 24 de marzo [LA LEY JURIS 4721/1997], 1828/2002, de 25 de octubre [LA LEY JURIS 614/2003], y 427/2009, de 29 de abril [LA LEY 49562/200]).

Este precepto, que es meramente aclaratorio y complementario del art. 28 CP, no implica ni una presunción de autoría, ni una regla de responsabilidad objetiva que actúe indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma; ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia y al propio tenor del precepto. Únicamente se persigue obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, que en todo caso deben ser autores conforme al art. 28 del CP (SSTC 150/1989, de 25 de septiembre [LA LEY JURIS 125966-NS/0000], 253/1993, de 20 de julio [LA LEY JURIS 2364-TC/1993], y 79/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2438/2007]). No cabe condenar por el mero hecho de ostentar un determinado cargo en la sociedad utilizada para delinquir, pues ha de existir una actuación concreta de una persona física que pueda considerarse suficiente para que encaje en alguna de las categorías de responsables (846/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8925/2000]). Y es que en Derecho penal no cabe la culpa colectiva, sino que, partiendo del principio de responsabilidad personal (concepción

individualista), debe acreditarse tanto la real y efectiva participación en los hechos, como la culpabilidad en relación a los mismos (1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY JURIS 2862/2003]). Como señala la Sentencia núm. 509/2002, de 15 de marzo, «*las personas jurídicas actúan a través de las personas físicas, y son éstas a quienes hay que imputar acreditadamente los hechos ilícitos*».

Al contemplar este precepto lo que se ha denominado «actuaciones en nombre de otro», se impone la distinción entre los comportamientos realizados por el órgano de la persona jurídica de los efectuados aprovechando tal condición y a título puramente personal, utilizando en fraude de Ley una titularidad formal para finalidades desconectadas de la simple estructura de la persona jurídica (14 de mayo de 1991 [LA LEY 10401/1991] y 79/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2438/2007]).

Este artículo, al establecer las condiciones de la responsabilidad de los órganos o representantes de las personas físicas o jurídicas en los delitos especiales propios, no cumple función alguna en el resto de delitos en los que el sujeto no cualificado puede ser autor por sí mismo (62/2001, de 23 de enero [LA LEY JURIS 2890/2001], y 66/2000, de 18 de diciembre de 2000).

Como novedad introducida por el legislador de 2003, se ha dispuesto la responsabilidad patrimonial de la persona jurídica para satisfacer la multa impuesta a su administrador, desapareciendo en estos casos el carácter personal de la pena de multa, exacerbando aún más la incongruencia de considerar a dichas personas sujetos pasivos de auténticas penas (art. 129 CP), sin ser reconocidos como sujetos activos del delito: tienen responsabilidades auténticamente penales sin ser «responsables»; *societas delinquere potest et non potest*.

TÍTULO III

DE LAS PENAS

CAPÍTULO I

De las penas, sus clases y efectos

SECCIÓN 1.^a

De las penas y sus clases

Artículo 32.

Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código, bien con carácter principal bien como accesorias, son privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 11.2, 15 y 25.2.

CP: arts. 33, 34, 35, 39, 50 y ss. y 72.

CPM: art. 24.

LO 11/1995, de 27 de noviembre, de abolición de la pena de muerte en tiempo de guerra.

LECrim.: arts. 14, 757.

Artículo 33.

1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

2. Son penas graves:

- a) La prisión superior a cinco años.
- b) La inhabilitación absoluta.
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años.
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años.
- e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años.
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años.
- g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años.
- h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.
- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo superior a cinco años.

3. Son penas menos graves:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años.
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años.
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años.
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años.
- e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años.
- f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo de seis meses a cinco años.
- g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de seis meses a cinco años.
- i) La multa de más de dos meses.

j) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.

k) Los trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 180 días.

4. Son penas leves:

a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

c) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo inferior a seis meses.

d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, por tiempo de un mes a menos de seis meses.

f) La multa de 10 días a dos meses.

g) La localización permanente.

h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

5. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal, excepto lo que dispongan expresamente otros preceptos de este Código.

Apartados 2, 3, 4 y 6, modificados por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 hasta la actualidad.

La versión anterior fue la dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, en vigor desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. En función de su naturaleza y duración, las penas se clasifican en graves, menos graves y leves.

2. Son penas graves:

a) La prisión superior a tres años.

b) La inhabilitación absoluta.

c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años.

d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años.

e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis años.

f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años.

g) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo superior a tres años.

3. Son penas menos graves:

a) La prisión de seis meses a tres años.

b) Las inhabilitaciones especiales hasta tres años.

c) La suspensión de empleo o cargo público hasta tres años.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a seis años.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo de seis meses a tres años.

g) La multa de más de dos meses.

h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía.

i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.

4. Son penas leves:

a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año.

b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año.

b) bis. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, por tiempo inferior a seis meses.

c) La multa de cinco días a dos meses.

d) El arresto de uno a seis fines de semana.

e) Los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.

5. La responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa tendrá naturaleza menos grave o leve, según la que corresponda a la pena que sustituya.

6. Las penas accesorias tendrán la duración que respectivamente tenga la pena principal».

La anterior redacción a la dada por la LO 14/1999 era la señalada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 9 de junio de 1999.

Para determinar **la competencia** se ha de tener en cuenta a **la pena abstracta fijada por el tipo**, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección

delictiva, sea por el grado de participación, sea por la naturaleza de las circunstancias concurrentes (2392/1992, de 10 de noviembre [LA LEY 2207-5/1993], 1061/1993, de 4 de mayo [LA LEY 3437-5/1993], 1505/1993, de 12 de junio [LA LEY 4203-5/1993] y 1506/1993, de 12 de junio [LA LEY 13247/1993], 1044/1997, de 10 de julio, 157/1998, de 5 de febrero), solución que, de acuerdo con las numerosas Sentencias mencionadas, otorga un mayor grado de seguridad y un mejor cumplimiento del principio del Juez predeterminado por la Ley, principios constitucionales que la Sala Segunda ha de respetar y potenciar en su función unificadora del ordenamiento jurídico, opción que se estima más correcta en cuanto la competencia vendrá fijada *ab initio*, y, por consiguiente, se eliminarían posibles maniobras fraudulentas, encaminadas a forzar la repetición de la vista oral ante otro órgano jurisdiccional distinto, lo que se produciría, lamentablemente, con frecuencia si se deja en manos de las partes acusadoras tan amplio margen de discrecionalidad (1044/1997, de 10 de julio, 396/1998, de 20 de marzo [LA LEY 4326/1998], 397/1998, de 20 de marzo [LA LEY 3570/1998], 638/1998, de 4 de mayo [LA LEY 5690/1998], 713/1998, de 14 de mayo [LA LEY 6064/1998], en este sentido AA AP Las Palmas 48/2009, de 3 de febrero [LA LEY 13011/2009], 349/2008, de 26 de septiembre [LA LEY 323024/2008], A AP Burgos 42/2008, de 18 de julio [LA LEY 267514/2008], A AP Castellón, 397/2006, de 18 de octubre [LA LEY 283007/2006]). Y esta doctrina en modo alguno queda desvirtuada por la nueva redacción del art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tanto en la redacción precedente como en la vigente del citado precepto, el punto de referencia sigue siendo el delito cometido, es decir, hay que atender a la pena señalada al delito para decidir si se trata de un delito competencia de la Audiencia Provincial o del Juzgado de lo Penal. Es decir, conforme a lo prevenido en el art. 14.3.º y 4.º de la LECrim., ha de atenderse a la pena en abstracto atribuida por la Ley al delito objeto de acusación [delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a cinco años (...)] dice literalmente el art. 14.3.º], para la atribución de competencia al Juzgado de lo Penal (SAP Alicante 143/2005, de 1 de marzo [LA LEY 312629/2005], A AP Tarragona 28/2003, de 21 de enero [LA LEY 14865/2003]).

Desmarcándose, señala el A de la Audiencia Nacional (Sala de lo Penal, Sección 2.ª) 32/2007, de 28 de mayo, que sólo desde un entendimiento formal de la teoría de la pena en abstracto y sin profundizar en las razones reales que han hecho que el Tribunal Supremo se decante por ella, la competencia inicial para el enjuiciamiento del presente asunto, que tendría que corresponder a este Tribunal, sin embargo, consideramos que ha de ser derivada el Juzgado de lo Penal, ello por no entrar en otra serie de razones que, sí no son definitivas a la hora de fijar la competencia a favor del Juzgado de lo Penal, al menos apuntan a la conveniencia de que sea él quien enjuicie el asunto. Una sería de índole práctico, por cuestiones de distribución en la carga de asuntos entre órganos judiciales, pues, siendo considerablemente menor la que pesa sobre el Juzgado Central de lo Penal que sobre cualquiera de las Secciones de la Sala de lo Penal, no parece razonable que por una interpretación meramente formal de un criterio judicial, se le vaya a privar de conocer de un asunto cuando, como venimos diciendo, empíricamente sabemos que en el caso concreto que nos ocupa no tendrá que imponer pena alguna que exceda de su competencia; y la segunda y última que apuntamos es que, enjuiciando la causa el Juzgado de lo Penal, caso de impugnación de la Sentencia, al ser el recurso precedente el de apelación, que es recurso ordinario, frente al extraordinario de casación que procedería de enjuiciarse ante esta Sección, permite una mayor amplitud en lo que a la revisión de la Sentencia se refiere, al no estar sujeto a causas o motivos tratados, tanto en lo fáctico como en lo jurídico, que se incrementa si, como se viene haciendo últimamente, el juicio queda registrado en soporte audiovisual (A de la Audiencia Nacional —Sala de lo Penal, Sección 2.ª— 32/2007, de 28 de mayo [LA LEY 338770/2007]).

La pena abstracta abarca igualmente la pena agravada por un subtipo, siendo entonces esa pena la que determina la competencia (2392/1992, de 10 de noviembre [LA LEY 2207-5/1993], 1044/1997, de 10 de julio [LA LEY 90826-JF/0000] 403/1998, de 20 de marzo [LA LEY 4326/1998] y 406/1998, de 20 de marzo [LA LEY 4329/1998]).

Conforme al antiguo código, y en aquellos casos en los que la pena abstracta aparejada a la infracción se encontraba en dos escalas de distinta gravedad que determinaban, a su vez, la competencia de diferentes órganos jurisdiccionales —Audiencias Provinciales o Juzgados de lo Penal—, se optó en su momento por el criterio de atribuir dicha competencia a las primeras cuando la pena asociada al delito, en toda su extensión y con independencia de su grado de perfeccionamiento, grado en participación y circunstancias concurrentes, excedía de seis años. Dicha doctrina jurisprudencial, elaborada en el marco del anterior Código Penal, se reiteró por idénticos fundamentos en la Sentencia de 10 julio 1997 [LA LEY 90826-JF/0000] a la hora de plantearse la competencia objetiva de las Audiencias Provinciales y de los Juzgados de lo Penal —contemplada en el art. 14.3 y 4 de la LECrim., en relación con los arts. 13 y 33 del vigente Código Penal—, cuando la pena abstracta con la que se castiga al autor del delito —y con independencia de la petición concreta de pena formulada por la acusación— viene comprendida tanto en la relación de penas menos graves como en la de las graves, correspondiendo la competencia para el enjuiciamiento a las Audiencias Provinciales en los casos en que la pena abstracta aparejada al delito tenga la calificación legal de grave (1538/1997, de 1 de diciembre, en los mismos términos 1523/1997, de 1 de diciembre, 1524/1997, de 1 de diciembre, 1527/1997, de 1 de diciembre, 1528/1997, de 1 de diciembre, 1529/1997, de 1 de diciembre, 1530/1997, de 1 de diciembre, 1531/1997, de 1 de diciembre, 1532/1997, de 1 de diciembre, 1533/1997, de 1 de diciembre, 1534/1997, de 1 de diciembre, 1535/1997, de 1 de diciembre, 1536/1997, de 1 de diciembre, 1537/1997, de 1 de diciembre [LA LEY 410/1998], [LA LEY 898/1998], [LA LEY 577/1998], [LA LEY 578/1998], [LA LEY 579/1998], [LA LEY 580/1998], [LA LEY 581/1998], [LA LEY 582/1998], [LA LEY 556/1998], [LA LEY 897/1998]).

Y en aquellos casos de sucesión de normas en los que cabe la posibilidad de aplicar uno u otro Código dependiendo de la pena que se considere más favorable al reo, es también aplicable el mismo criterio siempre y cuando exista la posibilidad a priori de imponer conforme a uno u otro Código —o de los dos— una pena abstracta que exceda de la competencia de los Juzgados de lo Penal (168/1998, de 5 de febrero, en los mismos términos 1445/1997, de 24 de noviembre).

La expulsión de un no nacional en los términos del art. 89.1 CP **no es una pena** en sentido estricto al no estar recogida en este catálogo (ATC 106/1997 de 17 de abril [LA LEY 5231/1997]).

La especial incapacidad para promover un partido no figura en el elenco del art. 33 CP y, por ende, no se impone en una Sentencia penal (STC 48/2003, de 12 de marzo [LA LEY 1225/2003]).

Artículo 34.

No se reputarán penas:

- 1. La detención y prisión preventiva y las demás medidas cautelares de naturaleza penal.**
- 2. Las multas y demás correcciones que, en uso de atribuciones gubernativas o disciplinarias, se impongan a los subordinados o administrados.**

3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17.2 y 34.1.

CP: arts. 38.1, 58, 59, 530, 531 y 533.

CC: arts. 211, 489 y ss. y 502 y ss.

LECr.: arts. 489 y ss., 502 y ss, 529 bis, 763 y 764.4.

LRJAP: arts. 27 y ss. y 34.2.

LO Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: 8.2.

La **especial incapacidad para promover un partido** como simple incapacidad especial, **debe entenderse incluida en el art. 34.3 CP**, por lo que en ningún caso cabe invocar el art. 25 CE (ilegalidad penal) en apelación (STC 48/2003, de 12 de marzo [LA LEY 1225/2003]).

Establece el art. 34 del CP que no se reputarán penas: «2. Las multas y demás correcciones que, en uso de sus atribuciones gubernativas o disciplinarias se impongan a los subordinados administrados. 3. Las privaciones de derechos y las sanciones reparatoras que establezcan las leyes civiles o administrativas». De acuerdo con este precepto no puede prosperar la pretensión de que compute en ejecución de Sentencia la sanción que se dice ya cumplida, sin perjuicio de los derechos que puedan asistirle al recurrente, en su caso, para impugnarla donde **corresponda (SAP Granada 772/2000, de 24 de noviembre)**.

SECCIÓN 2.^a

De las penas privativas de libertad

Artículo 35.

Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 36 a 38 y 53.

Modificado por la LO 15/2003, que suprime el arresto de fin de semana e introduce la pena de localización permanente, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

Señalaba la redacción anterior, dada por la LO 10/1995 y en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004, lo siguiente:

«Son penas privativas de libertad la prisión, el arresto de fin de semana y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa».

Artículo 36.

1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la Sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento.

CONCORDANCIAS

CE: art. 25.2.

CP: arts. 3.2, 67, 70.2.1.º, 71.2, 72, 76, 76.2.b), 77, 140, 473.2, 485, 572, 605 y 607.

LOGP (§ 3.1): arts. 58 a 66, 69, 245, 250, 252 y 270.6.º.

RP (§ 3.2): arts. 15 a 72.

CPM: arts. 26, 42 y 43.

Apartado 1 modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004. Señala la Exposición de Motivos de la citada LO que *«la duración mínima de la pena de prisión pasa de seis a tres meses, con el fin de que la pena de privación de libertad de corta duración pueda cumplir su función de prevención general adecuada respecto de los delitos de escasa importancia. Al mismo tiempo, esta duración mínima permite estructurar de forma más adecuada la relación existente entre faltas y delitos y la escala de penalidad aplicable a ambos»*.

La anterior redacción era la dada por la LO 7/2003, de 30 de junio, en vigor desde el 2 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. La pena de prisión tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de 20 años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código.

Su cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las leyes y en este Código.

2. Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.

El Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, cuando no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título

XXII del libro II de este Código o cometidos en el seno de organizaciones criminales, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

Señala la Exposición de Motivos de la LO 7/2003 que *«se reforma el art. 36 del Código Penal para introducir en nuestro ordenamiento el conocido como «periodo de seguridad» en otros derechos europeos, el cual, en síntesis, significa que en determinados delitos de cierta gravedad el condenado no podrá acceder al tercer grado de tratamiento penitenciario hasta que haya cumplido la mitad de la pena impuesta. [...] Se establece en el art. 36 del Código Penal la precisión de que, cuando se imponga una pena de prisión superior a cinco años, el condenado no podrá ser clasificado en el tercer grado hasta haber cumplido la mitad de la pena impuesta. Ello no obstante, se introduce la previsión de que el Juez de Vigilancia podrá acordar bien su mantenimiento, bien la aplicación del régimen general de cumplimiento».*

La redacción anterior a la dada por la LO 7/2003 era la original de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003.

El límite penológico establecido en este artículo, y de modo más específico en el art. 76 del propio Código, **lo es a efectos de su «cumplimiento», no al de su imposición**, que deberá responder a los límites legalmente impuestos, en cada caso, en función de los tipos penales de que se trate, grado de desarrollo del delito, grados de participación y concurrencia, en su caso, de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (1603/1999, de 11 de noviembre [LA LEY 1729/2000]).

No puede aplicarse ese límite de los 20 años cuando existe una condena conforme al Código Penal de 1973 con la consiguiente aplicación de la redención de penas por el trabajo. Y no es posible, a su vez, la aplicación parcial de ambos Códigos incompatible con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda del Código vigente: previamente a la refundición el órgano judicial estuvo obligado a realizar un examen comparativo y a aplicar lo favorable de una y otra ley y, por ello «no es concebible que una vez concluido ese proceso y en el trámite de la refundición se vuelvan a aplicar los efectos positivos de una de las dos leyes al resultado de la refundición *in totum*» (1070/1998, de 30 de junio).

Sólo cabe la aplicación de la modificación del art. 36.2 CP por hechos cometidos desde el 2 de julio de 2003, A 1180/2004, de 6 de mayo de 2004, de la Sección Quinta de la AP Madrid, en contra de la aplicación retroactiva impropia de esta modificación. La siempre antipática aplicación de las normas con carácter si no retroactivo en sentido estricto, sí sorpresivo cuando menos, y más cuando suponen una excepción al sistema de individualización científica, al excluir casi rígidamente ese sistema en determinados casos, es evidente que aconseja la interpretación restrictiva de la Disposición Transitoria Única de la LO 7/03 que no menciona el art. 36 del Código Penal, sin que la genérica referencia del art. 72-5 de la LOGP (que sí es mencionado en la citada Disposición Transitoria) a los requisitos previstos en el Código Penal, tenga fuerza para salvar esa omisión y forzar una interpretación extensiva de una norma excepcional, cuando cabe interpretar que el art. 72.5 de la LOGP está comprendido en el seno de la Disposición Transitoria y las normas de ésta le son de aplicación inmediata, y el 36 del Código Penal no lo está y se aplicará progresivamente, y más cuando la Exposición de Motivos de la Ley 7/03 en su motivación de la Disposición Transitoria aún limita más la interpretación de la misma, A 340/2004, de 10 de febrero de 2004, de la Sección quinta de la AP Madrid [LA LEY 35107/2004].

Si en el expediente consta que en la condena del interno debe observarse el período de seguridad fijado por la LO 7/2003, al tratarse de condena superior a prisión de cinco años y dictada por hechos de fecha posterior a la entrada en vigor de dicha ley, para poder alcanzar la progresión de grado antes de haber cumplido la mitad de la pena impuesta, como ahora sucede, el interno debería comenzar por solicitar del Juez de Vigilancia que, previos los oportunos trámites, le fuese aplicado el régimen general de cumplimiento, sin perjuicio de que pueda recurrir la resolución del Juez ante este Tribunal (AA AP Madrid, 1536/2009, de 4 de mayo, 1405/2009, de 21 de abril, 1157/2009, de 30 de marzo [LA LEY 44310/2009], 1153/2009, de 27 de marzo [LA LEY 54212/2009]).

Artículo 37.

1. La localización permanente tendrá una duración de hasta 12 días. Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia.

2. Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el ministerio fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada.

3. Si el condenado incumpliera la pena, el Juez o Tribunal sentenciador deducirá testimonio para proceder de conformidad con lo que dispone el art. 468.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33, 35, 53 y 468.

Modificado íntegramente por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004. «*Se suprime la pena de arresto de fin de semana, cuya aplicación práctica no ha sido satisfactoria, sustituyéndose, según los casos, por la pena de prisión de corta duración —de tres meses en adelante en los delitos—, por la pena de trabajo en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente*»: Exposición de Motivos LO 15/2003.

La antigua redacción, dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004, señalaba:

«1. El arresto de fin de semana tendrá una duración de treinta y seis horas y equivaldrá, en cualquier caso, a dos días de privación de libertad. Tan sólo podrán imponerse como máximo veinticuatro fines de semana como arresto, salvo que la pena se imponga como sustitutiva de otra privativa de libertad; en tal caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas contenidas en el art. 88 de este Código.

2. Su cumplimiento tendrá lugar durante los viernes, sábados o domingos en el establecimiento penitenciario más próximo al domicilio del arrestado.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, si las circunstancias lo aconsejaren, el Juez o Tribunal sentenciador podrá ordenar, previo acuerdo del reo y oído el Ministerio Fiscal, que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, o de no existir Centro penitenciario en el partido judicial donde resida el penado, siempre que fuera posible, en depósitos municipales.

3. Si el condenado incurriera en dos ausencias no justificadas, el Juez de Vigilancia, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de condena, podrá acordar que el arresto se ejecute ininterrumpidamente.

4. Las demás circunstancias de ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria, cuyas normas se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33.3 y 4, 35, 38, 53, 70.5 y 88 y DT 8.^a

RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (que deroga el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana).

Circular 2/2004 de la FGE sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (págs. 11 y ss.).

Con respecto a la antigua redacción del art. 37 (arrestos de fin de semana): es pena privativa de libertad, de naturaleza penitenciaria, susceptible de ejecución continuada en el tiempo, Circular de la FGE 31-03-1998. **El Juez sentenciador**, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, sólo tiene **competencia** para que el arresto se cumpla en **días diferentes a los viernes, sábados o domingos** y también que para que tal cumplimiento lo sea **en vez de en un Centro penitenciario en un depósito municipal**. Sin embargo, y según se infiere del número 2 del referido art. 37, el acuerdo o decisión sobre que el **cumplimiento** pueda llevarse a cabo de forma **continuada**, sólo corresponde, entendemos que de manera exclusiva, al **Juez de Vigilancia Penitenciaria** de que se trate (ATS de 10 de junio de 1999). Partiendo de la base de que como regla general el arresto de fin de semana debe ser cumplido en la forma discontinua legalmente prevenida, aun cuando el propio condenado interese otra cosa, pues la Ley únicamente prevé la posibilidad de que el Tribunal sentenciador altere los días de la semana en que se cumpla el arresto, pero no la forma de cumplimiento (ATS de 8 de julio de 2002). Ejecutar discontinuamente el arresto de fines de semana tiene sentido para la persona que se halla libre, cuyos vínculos con su original entorno familiar, social y laboral se encuentran vigentes y pueden y deben ser preservados, pero cuando el condenado se encuentra ya ingresado o debe ingresar en un Centro penitenciario para el cumplimiento preferente de otras penas privativas de libertad de ejecución continuada, la situación es diferente pues en estos casos lo más favorable para el condenado es la ejecución acumulada de toda la privación de libertad que le haya sido impuesta (ATS 13 de septiembre de 2003). Con ocasión del delito electoral, señala el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 29 de noviembre de 2005 que al arresto de fin de semana, dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo Legal. Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales». Así las cosas, sería de aplicación el apartado 1) de la Disposición Transitoria Undécima del Código Penal, según la cual «Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales (...) se entenderán sustituidas (...) cualquier otra pena de las suprimidas en este Código (en este caso, la pena de arresto de fin

de semana), por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estime más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse». La nota de la equivalencia se encuentra en la Disposición Transitoria Octava, que establece que cada arresto de fin de semana se corresponde con dos días de privación de libertad, de suerte que la pena de arresto de 7 a 15 fines de semana equivale a privación de libertad de 14 a 30 días. Y a continuación entran en juego las normas de sustitución del art. 88 CP según la regulación establecida en dicho precepto, 1626/2006, de 20 de enero [LA LEY 475/2006], 320/2006, de 22 de marzo [LA LEY 27562/2006], 340/2006, de 22 de marzo [LA LEY 27543/2006], 599/2006, de 1 de junio [LA LEY 62762/2006], 628/2006, de 8 de junio [LA LEY 62757/2006], 1144/2006, de 22 de noviembre [LA LEY 150062/2006].

La nueva redacción ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la nueva pena de localización permanente. **A efectos de la determinación de la extensión de la nueva pena, ha de tenerse en cuenta que según el art. 88 del Código Penal cada día de prisión equivale a dos cuotas de multa que en la anterior redacción cada arresto de fin de semana se hacía equivalente a cuatro cuotas de multa.** Luego si un arresto de fin de semana se equiparaba a dos días de prisión, igualmente debe equipararse a estos efectos a dos días de localización permanente. Nada se opone, por tanto, a la sustitución en la segunda Sentencia que se dicte de la pena de arresto de seis fines de semana por la nueva pena de 12 días de localización permanente (1467/2005, de 9 de diciembre [LA LEY 2174611/2005]).

A diferencia de lo que ocurre con la sustitución de la pena, que el art. 88 del Código Penal prevé únicamente para las de prisión, el art. 80 del propio Código refiere la posibilidad de suspensión de la ejecución a las penas privativas de libertad en general, que de acuerdo al art. 35 son, además de la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y éstas no suponen el ingreso en Centro Penitenciario (la última por la posibilidad, precisamente, de cumplirse mediante localización permanente). Parece obvio, pues, que si el argumento de la resolución recurrida fuera correcto el legislador habría limitado la posibilidad de suspensión a la pena de prisión, como lo ha hecho respecto a la sustitución (A AP Sevilla, 436/2008, de 23 de junio [LA LEY 204756/2008]). Para el límite de los 2 años establecido en el art. 81.2 CP deben sumarse las penas de prisión y de localización permanente impuestas en Sentencia, lo que conlleva que, en el presente caso se supere dicho límite, por lo que no se cumple con el referido requisito para conceder la suspensión de la ejecución que se solicita (A AP Guipúzcoa 229/2008, de 13 de octubre [LA LEY 207081/2008]).

Si bien el cumplimiento de la pena ha de ejecutarse de conformidad con lo previsto en el RD 515/05, con comunicación al Centro Penitenciario del lugar donde el penado tenga fijada su residencia, lo cierto es que el Centro Penitenciario la ejecutará de conformidad con lo establecido por el órgano judicial en resolución que determine las condiciones del cumplimiento de la referida pena (A AP Sevilla 381/2008, de 2 de junio [LA LEY 204666/2008]). De la dicción literal y teleológica del precepto, no parece compatible que dicha pena se cumpla en un establecimiento penitenciario, pues desnaturalizaría su contenido, toda vez que no se ha previsto por el legislador tal posibilidad, sino que su cumplimiento se reserva o bien, para el propio domicilio del penado, o en determinados supuestos (cuando, p. ej., se impone además una pena del art. 57 en relación con el art. 48 del C. Penal), en lugar distinto a dicho domicilio, siempre que sea fijado por el Tribunal en su Sentencia (A AP Valladolid 396/2007, de 28 de septiembre [LA LEY 265482/2007]).

La consideración del arresto domiciliario como una pena sui géneris de privación de libertad, no debe entenderse en el sentido estricto de inmovilizar al condenado durante las 24 horas del día en el domicilio, sin hacer compatible dicha pena con la posibilidad de la realización de trabajos que permitan al penado atender a su subsistencia o mantener cuidados médicos ambulatorios. [...] La posibilidad de flexibilizar el arresto domiciliario permitiendo, como sucede en este caso, desempeñar funciones en beneficio de la seguridad colectiva como fue la asignación de turnos de noche, no supone un ánimo específico de quebrantar la condena ya que es difícil construir sobre este hecho una actuación deliberadamente encaminada a obstruir el cumplimiento de la Ley. Nuestro sistema ha establecido, desde siempre y ahora por exigencia constitucional, la posibilidad de adaptar las penas para conseguir fines individuales de resocialización o satisfacción de intereses colectivos, como son los trabajos en beneficio de la comunidad. El art. 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sigue contemplando la posibilidad de la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculpado el internamiento entrañe grave peligro para la salud. Esta prisión atenuada es perfectamente compatible y coherente con la posibilidad de autorizar un tratamiento médico ambulatorio de carácter restringido. De manera análoga, en el arresto domiciliario se deben contemplar todas las vicisitudes y consecuencias de una permanencia ininterrumpida durante veinticuatro horas en el recinto domiciliario, por lo que cabe, como ya se ha dicho, admitir que en un caso específico y de las características del presente la fórmula ideada para mantener el servicio más penoso de la noche se autorizase mediante decisión explícita y no encubierta o sustraída al conocimiento de terceros, la posibilidad de utilizar estos efectivos en beneficio de la seguridad colectiva sin la conciencia o voluntad de transgredir los mandatos o decisiones judiciales, 395/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1398/2005]. Señala la SAP Las Palmas 274/2007, de 22 de octubre [LA LEY 261376/2007], que, legalmente, ni se le concede permiso para salir a trabajar esos días (es más, el propio art. 37 admite que la condena se cumpla en fin de semana para permitir la actividad laboral) ni mucho menos se puede entender que, de alguna forma se le autoriza a salir de su casa para fumarse un cigarrillo cuando y cómo quiera el acusado pues, tal y como se plantea el recurso, en el que incluso se niega que la duración de esta pena pueda ser de veinticuatro horas, en realidad estaríamos ante una sanción que el penado cumpliría como quiera, cuando quiera y donde quiera y eso sí que es contrario no sólo a los preceptos legales invocados sino a cualquier lógica y eso sí que nos colocaría ante una pena privativa de libertad sui géneris frente a la real voluntad del legislador al introducirla. Por tanto, ni mucho menos cabe considerar que la condena por delito de quebrantamiento haya sido contraria a derecho sino perfectamente legal pues la actitud del acusado, conocedor de que estaba cumpliendo la pena, no puede más que considerarse como una vulneración flagrante, consciente y voluntaria de la misma y de ahí que deba igualmente desestimarse la presente alegación, SAP Las Palmas 274/2007, de 22 de octubre [LA LEY 261376/2007]. Con respecto a la apreciación de los elementos objetivos y subjetivos del tipo de quebrantamiento de condena por la ausencia del domicilio, señala la SAP Vizcaya 393/2007, de 22 de mayo [LA LEY 193301/2007], que no basta con la notificación de la Sentencia y el requerimiento de los días precisos para la ejecución de la pena. Para que se aprecie con nitidez la existencia de un mandato de la autoridad judicial de inexcusable cumplimiento y con tan graves consecuencias de no ser cumplido, se precisa de un apercibimiento claro en este sentido, de una información suficiente acerca de que el incumplimiento puede ser constitutivo de un delito. En tanto en cuanto la pena no ha sido correctamente cumplida y el acusado no pudo, por tanto, ser consciente de la responsabilidad contraída, no se cumplen los elementos objetivo y subjetivo del tipo, procediendo la libre absolución, con estimación del recurso interpuesto.

Artículo 38.

1. Cuando el reo estuviere preso, la duración de las penas empezará a computarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

2. Cuando el reo no estuviere preso, la duración de las penas empezará a contarse desde que ingrese en el establecimiento adecuado para su cumplimiento.

CONCORDANCIAS

CP: art 58.

LECrim.: arts. 141, 988 y 990.

SECCIÓN 3.^a*De las penas privativas de derechos***Artículo 39.**

Son penas privativas de derechos:

a) La inhabilitación absoluta.

b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, u otras actividades determinadas en este Código, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

c) La suspensión de empleo o cargo público.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

i) Los trabajos en beneficio de la comunidad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 34.1, 40 a 49, 54 a 57, 58.2, 70 y 79.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

La anterior redacción, dada por la LO 14/1999 de 9 de junio, estuvo en vigor desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004, señalaba lo siguiente:

«Son penas privativas de derechos:

a) La inhabilitación absoluta.

b) Las de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio, o de los derechos de patria potestad, tutela, guarda o curatela, derecho de sufragio pasivo o de cualquier otro derecho.

c) La suspensión de empleo o cargo público.

d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, o la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

g) Los trabajos en beneficio de la comunidad».

La redacción originaria de la LO 10/1995 estuvo en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 9 de junio de 1999.

Se trata de un elenco abierto que deberá aplicarse conforme a la naturaleza del delito de que se trate y al principio de proporcionalidad. En el presente caso se trata de delitos cometidos por funcionario público en el ejercicio de sus funciones y por ello resultaría desproporcionado que la inhabilitación especial abarcara también la actividad privada de su profesión u oficio, y prueba de ello es la redacción del art. 404 vigente (867/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 72/2004]).

Con respecto al cumplimiento simultáneo de las penas impuestas, en absoluto es posible tal simultaneidad en el cumplimiento cuando todas las penas impuestas lo han sido privativas de libertad, como ocurre en el caso que nos ocupa, ya que el art. 73 permite tal cumplimiento cuando se trata de situaciones en las que concurren penas de prisión con penas privativas de derechos, o con penas de multa, mas no cuando se trata en todos los casos únicamente de penas de prisión (A de 21 de noviembre de 2002 —cfr. Sentencia de 27 de diciembre de 2001—).

La Sentencia 819/1994, de 21 de abril, analizando la normativa entonces vigente, dice que la jurisprudencia de la Sala se ha inclinado mayoritariamente por incluir las penas privativas de derechos en el plazo de prescripción de cinco años. Ello por la menor gravedad de estas penas privativas de derechos respecto a las privativas de libertad, que les hace merecedoras de un plazo más benigno. A lo que se añade que no estando mencionadas la pena de inhabilitación en el art. 113 del Código Penal de 1973, la duda debe resolverse en favor del reo (1561/2002, de 7 de octubre).

La denegación de la extensión de la suspensión de condena a las penas privativas de derechos (suspensión de cargo público), aparece razonadamente motivada, y tiene su apoyatura en la ley, que establece la suspensión de condena expresamente para las «penas privativas de libertad» (art. 80.1.º del Código Penal de 1995), y también en la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 209/1993, de 28 de junio [LA LEY 2365-TC/1993]). En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas

privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derecho, «dada la distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993 [LA LEY 2365-TC/1993]), pudiendo citarse entre estos criterios el fundamento señalado por la STC 165/1993 [LA LEY 2264-TC/1993], de que «la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación». La alegación referente a que, a través de una interpretación analógica, el Tribunal de Instancia podría extender la suspensión de condena de las penas privativas de libertad a las privativas de derechos, carece de virtualidad impugnatoria en el supuesto actual, pues dicho criterio extensivo abriría, a lo sumo, una posibilidad facultativa al Tribunal sentenciador, pero no determinaría la suspensión preceptiva de estas penas, en contra del razonado criterio del Tribunal a quo cuando éste no la estima procedente, como sucede en el presente caso (950/1999, de 19 de julio).

Artículo 40.

1. La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a 20 años; las de inhabilitación especial, de tres meses a 20 años, y la de suspensión de empleo o cargo público, de tres meses a seis años.

2. La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, tendrán una duración de tres meses a 10 años.

3. La pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos tendrá una duración de hasta 10 años. La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas, o de comunicarse con ellas, tendrá una duración de un mes a 10 años.

4. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad tendrá una duración de un día a un año.

5. La duración de cada una de estas penas será la prevista en los apartados anteriores, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33, 40 y 55.

CPM: art. 34.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

La anterior redacción, dada por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, estuvo en vigor desde el 24 de diciembre de 2000 hasta el 30 de septiembre de 2004, señalaba lo siguiente:

«La pena de inhabilitación absoluta tendrá una duración de seis a veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código, las de inhabilitación especial,

de seis meses a veinte años la de suspensión de empleo o cargo público, de seis meses a seis años; la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de tres meses a diez años; la de privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, de seis meses a cinco años, y la de trabajos en beneficio de la comunidad, de un día a un año».

La redacción originaria, de la LO 10/1995 estuvo en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 23 de diciembre de 2000.

Artículo 41.

La pena de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado, aunque sean electivos. Produce, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la condena.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.2 y 6, 39, 40, 54, 55, 58.2, 70.3.2.º, 167, 174, 187, 188, 198, 204, 303, 318, 372, 407, 432, 443, 446, 451, 473, 475, 476, 478, 482, 484, 492, 506, 521, 538, 545, 562, 579, 616.

D 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

L 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

RD 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento en materia de rehabilitación de funcionarios públicos.

L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

CPM: arts. 29 y 34.

La pena de inhabilitación absoluta, dado su carácter absoluto, no permite graduación en el aspecto de la intensidad con la que es aplicada al caso, pues la pérdida de los derechos que afecta es total, aunque sea temporal la inhabilitación para readquirirlos, 1516/2005, de 21 de enero [LA LEY 798/2005].

La S de 21 de diciembre de 1985 [LA LEY 68633-NS/0000] estableció, con respecto a la antigua pena de **inhabilitación absoluta** —a la que hacía referencia el art. 35 del Código Penal— que **sólo produce los efectos que en el mismo precepto, taxativamente, se expresan**, sin que quepa ampliarlos a otros supuestos y basta una sola lectura para colegir que entre ellas no se comprende la privación de ningún oficio o empleo privados (21 de diciembre de 1985 [LA LEY 68633-NS/0000]), **sin que incluya** como pena accesoria a la principal privativa de libertad superior a diez años, el ejercicio del derecho de **la patria potestad** (780/2000, de 11 de septiembre [LA LEY 10780/2000]).

El legislador ha optado porque se mantengan en todo caso los efectos inhabilitadores de la pena prevista en el art. 41 del Código Penal para la inhabilitación absoluta, permitiéndose desbordar el límite máximo (70.2.2.ª CP) y por consiguiente también rebajar el límite mínimo (1623/1999, de 19 de noviembre [LA LEY 960/2000]).

Artículo 42.

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere, aunque sea electivo, y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.6, 43, 56, 159, 160, 161, 175, 219, 222, 303, 341, 342, 343, 348, 361, 372, 404, 407, 408, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 417, 419, 420, 421, 425, 428, 434, 436, 438, 439, 440, 442, 446, 447, 448, 451, 461, 463, 471, 473, 483, 499, 500, 501, 506, 508, 509, 511, 516, 517, 529, 530, 531, 533, 534, 535, 536, 537, 539, 540, 541, 542, 545, 615, 616.

D 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

L 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

RD 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento en materia de rehabilitación de funcionarios públicos.

L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

La anterior redacción fue la dada por la LO 10/1995, de 23 de noviembre, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público produce la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere y de los honores que le sean anejos. Produce, además, la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena. En la sentencia habrán de especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación».

La pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, produce **la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere. Asimismo provoca la incapacidad para obtener el mismo u otros análogos, durante el tiempo de la condena.** Según su sentido gramatical, lo definitivo equivale a firme e irrevocable y es lo contrario a lo temporal, lo provisional o lo condicionado. La consecuencia complementaria de la aplicación de la pena de inhabilitación especial es la de señalar un período de tiempo durante el cual no se puede obtener el empleo o cargo sobre que recayere u otros análogos. Las expresiones utilizadas por el legislador hay que entenderlas en sus exactos y actuales términos. Empleo es la relación que el sujeto tiene con el empleador, que en el caso de cargos públicos, no es otro que la Administración del Estado considerada en términos generales. El concepto de cargo es más anfibológico y viene a ser considerado, desde la perspectiva del puesto o función pública que se desempeñaba, pero al mismo tiempo el cargo se desempeña en función de la relación de empleo de que se disfruta. El concepto de empleo se aplica exclusivamente para los funcionarios públicos, mientras que el cargo es el adecuado para definir la situación de los que, sin el carácter o condición de permanencia y continuidad, ostentan una función pública por elección o por cualquier otra circunstancia transitoria. En el caso de un Juez, es incuestionable que la pérdida definitiva del empleo o condición judicial, lleva aparejada la privación del cargo que se ostentaba en función de la relación de empleo con la Administra-

ción de Justicia. Pretender que la inhabilitación especial afecta solamente al cargo y deja intacta la relación funcionarial o de empleo, es sostener que un Juez condenado por prevaricación sólo pierde el cargo o destino y puede automáticamente pasar a otro distinto o, en su caso, ser elevado a un rango jurisdiccional superior. Ello es así y se deriva, sin más paliativos, de la fuerza ejecutiva de las sanciones penales previstas en el art. 42 CP, A 18 de enero de 2001 [LA LEY 169/2001], transcrita por 1027/2002, de 3 de junio [LA LEY 105521/2002].

Los cargos o empleos serán aquellos que estén directamente relacionados con la comisión del hecho punible que ha sido objeto de condena. Así, excluida la procedencia de una prohibición in genere que afectara a la participación en el ejercicio de cualquier función pública, la restricción ha de ajustarse al ámbito orgánico y funcional en el que el delito fue cometido, A 23 de abril de 2008 [LA LEY 25870/2008]. No caben recortes de los efectos de dicha pena, reduciendo estos efectos a una determinada parcela de la actividad del empleo público, ya que éstos violentan y quiebran la Ley Penal, pues lo que la norma establece es la pérdida de ese empleo —la pérdida definitiva— en toda su extensión, de suerte que perdido éste, se pierden todas las funciones y actividades propias del mismo, sin excepción, pues donde la Ley no distingue, no cabe distinguir (977/2002, de 23 de mayo [LA LEY 98651/2002]).

Quando esta pena tenga **carácter accesorio, sólo** se impondrá si la profesión u oficio hubieren tenido **relación directa con el delito cometido** (2063/1994, de 28 de noviembre [LA LEY 16575-R/1994], 19 de diciembre de 1989 [LA LEY 934-2/1989], 29 de noviembre de 1985 [LA LEY 67475-NS/0000]), debiendo determinarse expresamente en la Sentencia la vinculación directa con el delito cometido (por todas 430/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5002/1999]), debiendo ser solicitada expresa y especialmente, razonándose expresamente en cada caso su vinculación con el delito, 112/2003, de 3 de febrero [LA LEY 1195/2003]. No cabe duda de que la aplicación de la pena de inhabilitación requiere que el Tribunal establezca cuál es el cargo concreto del que el condenado será privado en forma definitiva (725/2004, de 11 de junio [LA LEY 1787/2004]). Señala el A 608/2006, de 23 de febrero [LA LEY 303288/2006], que la Sentencia recurrida razona cuál es la relación directa entre el delito y la condición de funcionario del recurrente. Y tal relación no debe contemplarse como de medio a fin, esto es, el recurrente no utilizó su cargo para cometer los hechos, sino que la relación se ha de establecer atendiendo al hecho de que el delito cometido supone una evidente infracción de las obligaciones y deberes de su cargo; cargo que se ejerce por quien debe evitar que tales delitos se cometan y, además, ostenta la jefatura de un colectivo de agentes policiales a los que debe de coordinar para evitar la comisión y procurar la persecución de delitos de tal naturaleza. En consecuencia, inadmite, 885.1 LECrim., el recurso de casación interpuesto al amparo del art. 849.1.ª LECrim. por aplicación indebida del 56.1 CP.

Pretender que un indulto pueda dejar sin efecto también la privación definitiva del empleo o cargo va en contra de la literalidad del art. 42 del Código Penal y del art. 4 de la Ley de Indulto que sólo permite el indulto de la pena que todavía no se hubiese cumplido o ejecutado. Esta interpretación aparece reforzada además por el apartado tercero de la Orden de 10 de septiembre de 1993, que dispone que, la tramitación de los expedientes de indulto, en ningún caso, podrán interferir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, ni condicionar las medidas que pudieran adoptarse por el órgano judicial, en orden al inmediato cumplimiento o a la suspensión en el cumplimiento de la ejecutoria. El Real Decreto de Indulto, como es obvio, no puede modificar la resolución judicial firme (auto declarando cumplida la pena de inhabilitación especial en fase de ejecución de Sentencia) sobre el cumplimiento de penas impuestas en una Sentencia judicial. La conclusión que hemos alcanzado no puede ser cuestionada invocando los arts. 6 y 8 de la Ley de Indulto. El primero no establece ninguna

excepción al principio sentado en el art. 4. Admite la posibilidad de indultar la pena de inhabilitación impuesta como accesoria, pero no autoriza a hacerlo cuando la inhabilitación ya ha sido cumplida. Al respecto nada dice. El art. 8 prevé la posibilidad de restitución de la parte ya satisfecha de la pena de multa, pero tampoco dice nada de la restitución de los derechos de los que el condenado fue definitivamente privado. Este silencio no es un olvido ni un error del legislador. Es revelador de que el legislador de 1870 era consciente de la gravedad política de reincorporar a un cargo público a quien había delinquido en el ejercicio del mismo. Si el legislador no hubiera tenido estas buenas razones para el silencio, nada le hubiera impedido mencionar la inhabilitación junto con la multa. Precisamente, la ausencia de toda justificación razonable de una medida como la reincorporación al servicio de un Juez condenado por prevaricación, impide que el intérprete de la ley considere que existe un fundamento para extender teleológicamente el tenor del texto del art. 8 de la Ley de Indulto a la pena de inhabilitación. Ello no quiere decir que en este caso no exista una pena indultable, ya que las consecuencias beneficiosas de la aplicación del derecho de gracia se concentran sobre la duración de los efectos complementarios de la pena de inhabilitación especial. La pena de inhabilitación especial contiene una doble consecuencia punitiva, tal como se desprende de la literalidad del texto del art. 42 del Código Penal. Una inmediata, que es la privación definitiva del empleo o cargo sobre el que recayere. Si la privación no operase de manera plena *ab initio* no sería definitiva, sino que una forma de «suspensión de empleo o cargo público». La consecuencia complementaria de la aplicación de la pena de inhabilitación especial, es la de señalar un período de tiempo durante el cual no se puede obtener el empleo o cargo sobre que recayere u otros análogos. No se discute que el Gobierno tiene atribuciones para indultar esta fase de la pena, acortando o reduciendo totalmente el tiempo señalado en la Sentencia condenatoria y, por lo tanto, estimamos que así debe ser tomado en consideración, a los efectos pertinentes sobre la liquidación de condena practicada. El condenado se ve ostensiblemente favorecido por el hecho de acortar, en casi trece años, el término final del cumplimiento de la pena de inhabilitación especial, con sus efectos sobre la imposibilidad de adquirir el mismo empleo o cargo u otros análogos durante el tiempo de la condena. Estimamos que procede esta parte del indulto porque es posible entender que la gracia en su extensión, pudiera considerarse como parcial, ya que no alcanza a la devolución de la pena de multa. En caso de que se estimase como total no podría accederse a la concesión ya que, según el art. 11 de la Ley de Indulto, el indulto total sólo se puede otorgar en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública a juicio del Tribunal sentenciador, A 18 de enero de 2001 [LA LEY 169/2001] (en el citado Auto figura voto particular de Magistrados disidentes sosteniendo la tesis contraria a la expuesta, es decir, que sí es posible la reincorporación del indultado a la Carrera Judicial «cumplida» ya la pena de inhabilitación en el concreto aspecto de pérdida de la condición de Magistrado).

La ley penal es la que establece los efectos de las penas, y en este sentido distingue claramente, como dos diversas especies de penas privativas de derechos, la pena de inhabilitación especial, prevista en el art. 42 CP, que comporta, en primer lugar, la privación definitiva del empleo o cargo, y la de suspensión, regulada en el art. 43, que sólo priva al penado del ejercicio del empleo o cargo durante el tiempo de la condena. Por lo tanto, la diferencia específica entre la inhabilitación especial y la suspensión radica precisamente en que la primera contiene una pérdida definitiva del derecho afectado, que no puede ser recuperado sino por los procedimientos legalmente previstos para su adquisición, mientras la segunda no. El punto de vista que acabamos de fundamentar, por lo demás, no es sino la expresión de una consolidada jurisprudencia en dos Salas del Tribunal Supremo respecto de la imposibilidad de rectificación de las penas cumplidas, incluso cuando pudiera corresponder la aplicación de una ley posterior más favorable. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha sostenido, al decidir

un recurso de casación interpuesto por uno de los jefes de un delito de rebelión militar, que «la pérdida de empleo y separación del servicio, de naturaleza permanente, una vez impuestas y cumplimentados los trámites correspondientes (...), han de entenderse definitivamente ejecutadas y, por lo tanto, no son susceptibles de rectificación por aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, de las que sólo puede rehabilitarse en virtud de una ley» (1069/1988, de 25 de abril [LA LEY 1557-2/1988]). El mismo criterio ha sido mantenido con palabras prácticamente idénticas por la Sala de lo Militar en los AA de 27 de septiembre y 27 de octubre de 1988 con respecto a las mismas cuestiones y ha sido recientemente ratificado por la 944/2000, de 26 de mayo [LA LEY 8980/2000], que remite a los precedentes anteriormente señalados (**A 13 de marzo de 2001**).

Artículo 43.

La suspensión de empleo o cargo público priva de su ejercicio al penado durante el tiempo de la condena.

CP: arts. 33.6, 42, 56, 219, 391, 405, 409, 412, 417, 425, 432, 433, 437, 441, 502, 507, 508, 532.

D 315/1964, de 7 de febrero que aprueba la Ley articulada de Funcionarios Civiles del Estado.

L 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

RD 2669/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento en materia de rehabilitación de funcionarios públicos.

L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

La ley penal es la que establece los efectos de las penas y en este sentido distingue claramente, como dos diversas especies de penas privativas de derechos, la pena de inhabilitación especial, prevista en el art. 42 CP, que comporta, en primer lugar, la privación definitiva del empleo o cargo, y la de suspensión, regulada en el art. 43, que **sólo priva al penado del ejercicio del empleo o cargo durante el tiempo de la condena**. Por lo tanto, la diferencia específica entre la inhabilitación especial y la suspensión radica precisamente en que la primera contiene una pérdida definitiva del derecho afectado, que no puede ser recuperado sino por los procedimientos legalmente previstos para su adquisición, mientras la segunda no (**A 13 de marzo de 2001**). Además, la pena accesoria de suspensión en los casos previstos en el art. 56 CP es legalmente preceptiva, y no debe ser confundida con la de inhabilitación especial, que no lo es y debe ser solicitada expresa y especialmente, razonándose expresamente en cada caso su vinculación con el delito, 112/2003, de 3 de febrero [LA LEY 1195/2003].

No se puede equiparar la pena de suspensión de empleo con la de suspensión de cargo público. En este caso, la Sentencia penal firme condenaba exclusivamente a la pena accesoria de suspensión de cargo público, y no a la de suspensión de empleo, por lo que de conformidad con la normativa aplicable (art. 101 de la Ley 17/1989 y 28 RD 1429/1997) no se podía pasar al recurrente a la situación administrativa de suspenso en funciones, ya que de acuerdo con dichas normas sólo se podía pasar a dicha situación cuando proceda como consecuencia de la ejecución de una Sentencia firme o sanción disciplinaria y en este caso no existe ninguna Sentencia firme que condene a la pena accesoria de suspensión de empleo, S Audiencia Nacional (contencioso-administrativo), de 15 de marzo de 2001 [LA LEY 755525/2001].

Artículo 44.

La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.6, 40, 56, 559.

RD 435/1992, de 30 de abril, sobre comunicación al Registro Central de Penados y Rebeldes y a la Oficina del Censo Electoral de las condenas que llevan aparejada privación del derecho de sufragio.

LOREG (§ 2.3): arts. 37 y 137.

Consulta FGE 2/2000.

Esta pena accesoria puede imponerse —y en determinados casos debe imponerse—, aunque no exista relación alguna con el delito. Entre otras, las SS 430/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5002/1999] y 1309/1999, de 25 de septiembre [LA LEY 11757/1999], analizaron con detalle los argumentos a favor de esta tesis, tanto desde el punto de vista gramatical, como desde los puntos de vista histórico (art. 41.2 del CP 1973), lógico y de la teleológica, de acuerdo con el espíritu y finalidad de la norma (1585/2002, de 30 de septiembre [LA LEY 10562/2003]).

En concreto **debe ser de imposición generalizada en las Sentencias que contengan una condena a pena de prisión de hasta diez años**, como ya se realiza efectivamente en la práctica judicial, en consonancia además con lo dispuesto en el art. 6.2.º.c) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General de 1985 (LO 5/1985, de 19 de junio) que con carácter general y sin necesidad de que la Sentencia penal condenatoria lo establezca así de modo expreso, declara inelegibles en cualquier elección por sufragio universal directo a los «condenados por Sentencia firme, a pena privativa de libertad, durante el período que dure la pena» (430/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5002/1999] y 1309/1999, de 25 de septiembre [LA LEY 11757/1999]). Y la previsión del art. 44 no es redundante con respecto a lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, ya que este artículo es aplicable únicamente a las elecciones por sufragio universal directo (como se deduce de la rúbrica del Título primero de la Ley, en que está enmarcado), y más concretamente, a las elecciones mencionadas en el art. 1 de la Ley. El art. 44 CP, sin embargo, dispone con carácter general que «la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo priva al penado, durante el tiempo de la condena, del derecho a ser elegido para cargos públicos», ya tenga lugar dicha elección por sufragio universal directo o por cualquier otro mecanismo de votación o elección, Consulta FGE 2/2000, de 14 de diciembre.

Artículo 45.

La inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.6, 40, 56, 107, 142, 146, 152, 158, 318, 337, 364, 512.

La pena de inhabilitación especial no sólo puede acordarse en relación a la profesión u oficio que ejerciera el penado, a las que se refería el Código Penal de 1973, sino que puede extenderse también a la industria o comercio que ejerciera el mismo, ámbitos éstos no abarcados estrictamente por el de profesión u oficio y cuya privación puede resultar indicada por los mismos motivos de relación con el hecho punible, que por los que resulte adecuada la privación del derecho a ejercer la profesión u oficio que realizara el penado. Asimismo, el legislador del Nuevo Código Penal amplió el ámbito de aplicación de esta pena privativa de derechos a cualquier otro derecho, y no sólo al ejercicio de la profesión, oficio, industria o comercio, a los que se refiere expresamente el precepto, con lo que establece una cláusula abierta —criticada en la doctrina por su alcance tan indeterminado que pudiera pugnar con los principios de seguridad jurídica y legalidad— que ha de ser lógicamente concretada por el juzgador en la Sentencia que dicte, puesto que, en caso contrario, carecería de toda efectividad, al ignorarse incluso cuál sería el derecho de cuyo ejercicio privaría el penado. No resulta claro si la obligación que se establece en la norma de concretar expresa y motivadamente en la Sentencia se refiere solamente a esta inhabilitación especial de cualquier otro derecho; lo que tendría sentido, al entender que, precisamente como consecuencia de la apertura de dicha cláusula, el legislador instaura el requisito de una concreción y motivación específica en la que se exponga la razón de la privación del concreto derecho —no predeterminado legalmente— que resulte afectado. En cualquier caso, siempre resulta conveniente precisar en el Fallo de la Sentencia cuál es la profesión u oficio concreto de cuyo ejercicio se priva al condenado en la misma, aunque, en aquellos supuestos en los que —como aquí ocurre— se recoge en el apartado de Hechos Probados de la propia resolución cuál es la profesión u oficio que realizan los condenados, resulta sencillo integrar ambos apartados de la Sentencia y deducir claramente cuál es la profesión u oficio a los que se refiere la pena de inhabilitación que impone, sin dar lugar a duda o equívoco alguno, ni a ninguna inseguridad jurídica, A Audiencia Provincial de Guipúzcoa, 70/2005, de 22 de junio [LA LEY 140776/2005].

La inhabilitación especial para la profesión **debe entenderse de forma genérica, con independencia de la especialidad que se ejerza**; aunque sea en el ramo de esa actividad profesional en la que se cometa el delito, no significa que deba individualizarse a dicha especialidad (2139/2001, de 15 de noviembre [LA LEY 475/2002]), y no deberá imponerse si el condenado no empleó conocimientos profesionales para la comisión del delito (519/2000, de 31 de marzo [LA LEY 72069/2000]), como así señala la **1044/2007 de 12 de diciembre**.

El término «cualquier otro derecho», contenido también en el art. 56 CP, comprende sin dificultad el derecho a ostentar cargos en Federaciones Deportivas, 417/2003, de 20 de marzo [LA LEY 12160/2003].

La Sala Segunda entiende que no puede incluirse dentro de la genérica expresión «cualquier otro derecho» la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El Código, cuando ha querido imponerla la ha anudado a determinados delitos en su consideración de pena autónoma. El art. 45 podrá referirse a cualquier derecho que no sea de los previstos en el art. 46 del CP, 1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005].

Artículo 46.

La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena. El Juez o Tribunal podrá acordar esta pena respecto de todos o de alguno de los menores que estén a cargo del penado, en atención a las circunstancias del caso.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 39, 149, 153, 171, 172, 173, 180, 192, 220, 221, 225 bis, 226, 233, Disposición Adicional 2.^a.

CC: arts. 154 y ss., 172 y ss., 215 y ss., 286 y ss.

LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

La anterior redacción era la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«La inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, priva al penado de los derechos inherentes a la primera, y supone la extinción de las demás, así como la incapacidad para obtener nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena».

La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, que se prevé en el art. 192.2 del Código Penal vigente, **se prevé para cada una de las acciones por las que el autor es condenado y no en relación con un conjunto de acciones delictivas**; la única limitación se derivaría de su conexión en el sentido del art. 73 y, por tanto, con el límite del tripo de la pena más grave (1692/1998, de 17 de junio). Por otra parte, **no es una consecuencia jurídica de aplicación automática** tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual (1767/2000, de 7 de noviembre [LA LEY 127/2001]), ni **tampoco ha de ceñirse necesariamente a la víctima del delito**, sino como se deriva de la dicción y alcance del art. 46, **puede y debe extenderse normalmente a todos los menores que estén o puedan estar bajo la patria potestad** (629/2001, de 9 de abril [LA LEY 76351/2001]). En un ejemplo concreto, señala la 559/2009, de 27 de mayo [LA LEY 92061/2009], que estima el Fiscal que la decisión que se acuerde sobre la patria potestad ha de alcanzar por igual a todos los hijos, a los cuatro menores que conviven juntos entre sí y con la madre. Es decir, si se priva de la patria potestad ha de afectar a todos los hijos. Desde el punto de vista del ejercicio de la misma: la patria potestad en cuanto derecho-deber que se estima no ha sido ejercido debidamente por la acusada no puede ser escindido, manteniéndose para unos hijos y no para otro. El deficiente ejercicio de la misma, aunque se haya concretado en la exposición a un riesgo para uno de ellos, se proyecta como potencialmente peligroso sobre todos los menores y determina la inhabilitación para su futuro que alcanza por igual a todos quienes están sujetos a la misma. Desde el punto de vista de la suerte que han de correr los menores a tenor de la decisión de privar a su madre de la patria potestad, no resulta, a juicio del Fiscal, oportuno que se separe a los mismos. El mantenimiento de la convivencia de los hermanos parece venir exigida por el principio del interés del menor. Son razones que la Sala

Segunda considera suficientes para fundamentar la sanción, 559/2009, de 27 de mayo [LA LEY 92061/2009]. Los mayores de edad con la patria potestad prorrogada que no sean las víctimas del delito no quedan abarcados por el nuevo texto introducido por la reforma, por lo que la proscripción de la analogía contra reo y el respeto al principio de legalidad obligarán a acudir a la legislación civil para obtener la privación de la patria potestad en estos supuestos, **Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.**

El ordenamiento jurídico español se ha dotado recientemente de nuevas regulaciones específicas de protección a los menores y ha dispuesto la creación de instituciones de protección específica, y de órganos jurisdiccionales especializados en la materia, a tenor de los que dispensar una protección global del menor lo que ha permitido superar la consideración del niño como objeto de propiedad de los progenitores que es sustituida por su consideración como titular de derechos, merecedor de una protección especial por parte del Estado y instituciones. La posibilidad de imponer la pena de privación de la patria potestad, ya como pena específica o genérica, ha de referenciarse, como antes se dijo, al superior interés del menor, en los términos de los arts. 192 y 233 CP, y no tanto a la gravedad del hecho, pues esa referencia que se pretende por la acusación todavía conserva parte de la consideración patrimonialista de la descendencia, en la medida en que un delito contra ellos, como se solicita, debe comportar la privación automática del derecho a la patria potestad como castigo al ascendiente por el delito cometido, sin atender a los intereses del menor de singular relevancia y necesaria protección, 744/2003, de 21 de mayo [LA LEY 2379/2003].

Declara 1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005], que es patente e incontestable que si dentro de las penas principales de inhabilitación, en el art. 45 del CP se hace alusión a la inhabilitación «de cualquier otro derecho» no puede estar incluido en dicha expresión el derecho relativo al ejercicio de la patria potestad que merece una consideración especial y diferente en el artículo siguiente. Como podemos observar, **el art. 56 no menciona la privación del ejercicio de la patria potestad del art. 46 CP. La conclusión obvia es que el legislador no las ha querido imponer como accesorias, y, por consiguiente, no las ha previsto como tales en el Código,** 1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005]. En sentido contrario, establece 744/2003, de 21 de mayo [LA LEY 2379/2003], que la pena de **inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad** es una pena recogida en el catálogo punitivo contenido en los arts. 39.b) y 46 del Código Penal y expresamente prevista en los delitos contra la libertad sexual, contra las relaciones familiares, dispuesta, como vimos con carácter facultativo y con exigencia de motivación expresa. También, con carácter genérico, **es posible su imposición como pena accesoria a tenor de lo dispuesto en el art. 56 del Código Penal, pero, como se señala en la Sentencia impugnada, su imposición no puede tener un carácter automático,** pues el automatismo aparece rechazado cuando el Código la prevé con carácter expreso, luego con mayor razón cuando su imposición procede de forma accesoria a una pena privativa de libertad inferior a 10 años, 744/2003, de 21 de mayo [LA LEY 2379/2003]. Sentencia la 815/2006, de 13 de julio [LA LEY 77511/2006] que aunque es indudable que la cuestión aquí planteada puede ser objeto de controversia doctrinal, sin embargo en el plano jurisprudencial la Sala Segunda ha tomado posición al respecto (Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 26 de mayo de 2000), sobre la base del respeto debido a los principios de legalidad y de taxatividad inherentes al Derecho penal [(*lex previa, certa, scripta*); (arts. 9.3 y 25.1 CE; y art. 2.1 CP)], de los que se desprende claramente la conclusión de que los Jueces y Tribunales solamente podrán imponer la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [v. art. 39.b) del CP], en los casos en que el legislador lo haya así

establecido expresamente para concretos y determinados tipos penales, 815/2006, de 13 de julio [LA LEY 77511/2006]. En estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de promover en vía civil las medidas en cada caso procedentes para salvaguardar el superior interés del menor, Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [arts. 39.b) y 46], la impone en los tipos de los arts. 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del art. 138, sancionando con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (art. 54) la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (art. 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v. art. 41 CP); y la de inhabilitación especial —accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (art. 56)— aun referida a «cualquier otro derecho» aparte los expresamente citados en el art. 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación; exigencias que no concurren en el presente caso. La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal. Tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho privado, disciplinan aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes. Los Juzgados y Tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el art. 9.1.º de la LOPJ. Corresponde al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9.3 LOPJ), ámbito jurisdiccional al que pertenecen las normas del Código Penal sobre privación de la patria potestad como pena principal o accesoria, no las sanciones civiles que en la esfera del Derecho privado y con relación a patria potestad corresponden según el Código Civil en caso de incumplimiento de los deberes familiares (780/2000, de 11 de septiembre [LA LEY 10780/2000]). En los mismos términos, señala la 750/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 184771/2008], que no supone el art. 170 CC una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de la su imposición como pena principal o accesoria de un delito, y dentro de sus propios límites legalmente previstos.

Ante una solicitud de amparo constitucional y de suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo, en su **ATC 293/2001, de 26 de noviembre**, el TC señala que no procede la suspensión de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, dada la singular preeminencia del interés general presente en el caso. cual es la preservación y defensa del interés de la menor, contemplado éste tanto desde el prisma de la duración de la pena de la inhabilitación impuesta como si se atiende, significadamente, a la naturaleza de los hechos por los que ha sido condenado el recurrente. Ponderado el interés general en la defensa y en la prevención de riesgos para los menores —evitando que se pueda producir una perturbación grave de sus derechos fundamentales—, con la intensidad y el carácter del perjuicio que lleva aparejada la inhabilitación especial aludida, debe prevalecer. inconcusamente y tras una Sentencia condenatoria, la defensa de la menor, sin que, caso de que se otorgue el amparo, el perjuicio irrogado por le ejecución de esa pena permita considerar que el recurso mantenido ante este Tribunal haya perdido su finalidad o resultado inoperante, **ATC 293/2001, de 26 de noviembre**.

Artículo 47.

La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia.

Cuando la pena impuesta lo fuere por un tiempo superior a dos años comportará la pérdida de vigencia del permiso o licencia que habilite para la conducción o la tenencia y porte, respectivamente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33, 39, 40, 58, 70, 96, 105, 142, 152, 153 (armas), 171 (armas), 172 (armas), 173 (armas), 379, 380, 381, 570 (armas), 621 (armas).

Circulares de la FGE de 14 de julio de 1998 y 2/2004, de 22 de diciembre.

Redacción dada por la LO 15/2007, de 30 de noviembre, en vigor desde el 2 de diciembre de 2007.

La anterior redacción fue la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de diciembre de 2007:

«La imposición de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores inhabilitará al penado para el ejercicio de ambos derechos durante el tiempo fijado en la sentencia.

La imposición de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho por el tiempo fijado en la sentencia».

a) Privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

La pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores que impone el art. 379 del Código Penal comprende ambos derechos: el derecho a conducir vehículos a motor y el derecho a conducir ciclomotores ya se haya cometido el delito con un vehículo a motor o con un ciclomotor. En el caso de que un Juez o Tribunal imponga solamente la privación de uno u otro derecho el Ministerio Fiscal interpondrá el correspondiente recurso para que la privación del derecho a conducir comprenda a los vehículos a motor y a los ciclomotores, Circular de la FGE 14 de julio de 1998 y Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre. Señala la S de la Audiencia Provincial de Alicante 357/2004, de 16 de junio [LA LEY 1889719/2004], que la Fiscalía General del Estado advierte, acertadamente, que lo verdaderamente peligroso para el bien jurídico protegido no es tanto el aparato o ingenio que se conduce, sino el mismo hecho de conducirlo bajo la influencia de tales sustancias, por lo que parece lógico concluir que la privación del derecho a conducir debe comprender a los vehículos a motor y a los ciclomotores, ya que, de lo contrario, se estaría permitiendo que el culpable del delito vuelva a atentar contra el mismo bien jurídico, esta segunda vez con otro aparato, antes de que se haya extinguido la pena impuesta. Ello sin olvidar la insoportable paradoja que representaría que el condenado por conducir un ciclomotor en estado

de embriaguez pudiera al día siguiente ponerse a los mandos de un autobús de viajeros, S de la Audiencia Provincial de Alicante 357/2004, de 16 de junio [LA LEY 1889719/2004].

Cuando el legislador ha querido que la pena se pueda cumplir de forma fraccionada, lo ha previsto expresamente, y así se dispone en cuanto a la pena de multa en el art. 50.6 Código Penal frente a lo que sucede en el art. 47 de dicho Código, al regular la privación del permiso de conducir, que no sólo no prevé tal posibilidad, sino que regula dicha pena junto a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, supuesto en el que difícilmente parece admisible el cumplimiento a plazos. La solución contraria corre el riesgo de generar inseguridad jurídica o desigualdad material al no existir criterios claros para su concesión o denegación —requisitos, exigencias—, ni para determinar su forma de cumplimiento —plazos, control...—, sin que en el presente caso el acusado haya acreditado que el perjuicio que se le cause con el cumplimiento continuado sea irreparable o desproporcionado a los fines de la pena, A Audiencia Provincial de Cantabria, 82/2005, de 31 de marzo [LA LEY 71900/2005].

En el mismo sentido y con respecto a la privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores, establece el A Audiencia Provincial de Barcelona 214/2005, de 14 de marzo [LA LEY 59163/2005], que la sanción impuesta debe ser cumplida ininterrumpidamente como única forma de garantizar no sólo la ejecución de la Sentencia en un plazo razonable, sino también la prevención especial y general propia de toda pena o medida de seguridad, A Audiencia Provincial de Barcelona 214/2005, de 14 de marzo [LA LEY 59163/2005] (en este sentido, A Audiencia Provincial de Cuenca 77/2003, de 3 noviembre), y ello al margen de que el art. 67 de la L 19/2001 de 19 de diciembre, de reforma del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial, prevea el fraccionamiento de la sanción de la autorización para conducir, al referirse en exclusiva a las sanciones administrativas contempladas en dicha Ley cuya duración máxima es de tres meses que en ningún caso cabe extrapolar a las penas previstas en el CP que, además, tiene rango de Ley Orgánica, A Audiencia Provincial de Asturias 498/2004, de 3 de diciembre [LA LEY 176714/2003]. En sentido contrario, y permitiendo el cumplimiento fraccionado, A Audiencia Provincial de Madrid 55/2004, de 26 enero.

Ante la solicitud de amparo constitucional y de suspensión de la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo, señala el TC que procede acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de derechos cuando se trata de derechos del demandante de amparo de muy difícil o imposible restitución a su estado anterior, si bien este criterio no es absoluto, sino que debe ir acompañado de una ponderación de otros elementos relevantes, tales como la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados, el bien jurídico protegido por el delito que ha fundamentado la condena, su trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo que reste de cumplir de la misma, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible desprotección de las víctimas (por todos **ATC 209/2007, de 16 de abril**). Por lo que se refiere a la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores debe tenerse en cuenta, además, que el TC ha venido acordando la suspensión cuando el demandante alega y acredita un perjuicio específico derivado de sus circunstancias personales o profesionales, como su condición laboral de conductor (ATC 242/2000, de 16 de octubre [LA LEY 185238/2000]) o de repartidor (**ATC 361/2003, de 10 de noviembre**), o la ausencia de transporte público para acceder al lugar de trabajo (**ATC 53/1999, de 8 de marzo**), y, por el contrario, lo ha negado en los supuestos de falta de acreditación de tales específicos perjuicios irreparables (así, **AATC 258/2004, de 12 de julio, 327/2005, de 12 de septiembre, 128/2006, de 3 de abril, 371/2006, de 23 de octubre, 209/2007, de 16 de abril**, entre otros), **ATC 67/2008, de 25 de febrero**.

b) Privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Respecto de la suspensión de la pena menos grave (*ex art. 33.3 CP*) de privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos años de la vista de lo interesado por el Ministerio Fiscal, considerando la ausencia de toda alegación, o prueba, por parte del recurrente, sobre la procedencia de la solicitud efectuada (perjuicios que irroga, circunstancias del agresor y de la víctima, afección al objeto del amparo, etc.), no procede sino denegar su suspensión por el término que resta, ATC 25/2009, de 26 de enero.

Artículo 48.

1. La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

2. La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.

3. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 39, 40, 57, 58, 70, 73, 83.

LEcrim: art. 544 bis.

Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción anterior la dada por la LO 14/1999, de 9 junio, en vigor desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

La prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado acercarse a ellos en cualquier lugar donde

se encuentren, así como acercarse al domicilio de dichas personas, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellas.

La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impide al penado establecer con ellos, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

La redacción originaria es la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 9 de junio de 1999.

El legislador, consciente de la extraordinaria frecuencia de las ocasiones en las que la víctima, inmersa en lo que hemos dado en llamar «el ciclo de la violencia», se mueve en una situación permanente de agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión, que supone, en muchos casos, el que la misma termine por encontrarse en un auténtico callejón sin salida, introduce en el ámbito de los delitos relacionados con tal clase de violencia, la imposición de penas accesorias, que constituyen las prohibiciones mencionadas en el art 48 del Código Penal, que son, desde luego, penas privativas de derechos, pero que, al mismo tiempo, tienen un carácter proteccionista de la víctima, que resulta indisponible para ella, puesto que es una medida que el legislador, valorando los intereses en conflicto y la tutela de aquel que entiende más necesitado de protección, adopta para garantizar su adecuada protección, SAP Madrid 668/2007, de 31 de julio [LA LEY 291024/2007].

Estas penas de alejamiento presentan la peculiaridad de ser penas previstas exclusivamente como accesorias, teniendo carácter generalmente facultativo para el órgano de enjuiciamiento salvo en delitos relativos a malos tratos familiares en los que es preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o a personas asimiladas. Se le ha denominado pena accesoria impropia pues no la llevan aparejada otras penas sino algunos delitos, y además su duración no depende de la pena principal. Debe tenerse presente que el apartado 4.º del art. 48 también introducido con carácter novedoso por la Reforma 15/2003 establece que el Juez o Tribunal podrá acordar que el control de estas medidas se realice a través de aquellos medios electrónicos que lo permitan. Por tanto, se da expresa cobertura legal a la posibilidad de utilizar la monitorización electrónica, Circular 2/2004, de 22 de diciembre.

Realmente, el Código Penal actual incluye estas penas entre las privativas de derechos en la enumeración del art. 39.f), y al definir su contenido en el art. 48, pero al mismo tiempo las encuadra en las penas accesorias, pues a ello se dedica la Sección que comprende los arts. 54 a 57. Ante ello se ha concluido que se trata de penas accesorias especiales o impropias, tanto más cuando se comprueba que no se prevé que otras penas las lleven consigo, sino los delitos que se enumeran en el art. 57; cuando su duración no se vincula a la pena principal —frente a la norma general del art. 33.6—; y cuando no resulta tampoco aplicable el art. 79 CP. En esta línea, la 1426/2003 de 31 de octubre [LA LEY 174834/2003], aclara que «en realidad, la pena cuestionada no es una pena accesoria propiamente dicha, cuya imposición debe ser automática como consecuencia de la imposición de la correspondiente pena principal (v. arts. 54 a 56 CP), de modo que, en principio, debe haber sido pedida por alguna de las partes acusadoras», 419/2005, de 4 de abril [LA LEY 1492/2005]. Constituye un dislate jurídico remitir la imposición de la misma a un Tribunal civil, manifiestamente incompetente para acordar penas accesorias, que por serlo, deben acompañar a los delitos que la propia Ley señala. Constituye igualmente una flagrante equivocación atribuir con carácter potestativo la solicitud de la pena accesoria a la persona que debe soportarla (el condenado). En atención a lo expuesto es perfectamente posible corregir el error *iuris* (de la Sentencia recurrida, que remite en su parte dispositiva a la imposición de la medida cautelar de

alejamiento de la víctima, al Juzgado de Familia a solicitud del acusado guardando silencio en los razonamientos jurídicos sobre la imposición de la pena accesoria solicitada), imponiendo la menor extensión de la pena accesoria, en los casos en que es obligatoria, y dejar de imponer cualquier medida cuando ello queda al arbitrio del Tribunal. El párrafo 1.º del art. 57.1 CP, atribuye al Tribunal sentenciador la facultad u opción de imponer o no las prohibiciones del art. 48 (penas accesorias), dentro de unos límites temporales. El mismo criterio se sigue en caso de responsabilidad por faltas (art. 57-3 CP). Sin embargo, en el apartado 2.º de ese mismo artículo los términos en que la Ley se manifiesta son distintos. En dicho apartado se establece con carácter imperativo la imposición de las penas accesorias del núm. 2 del art. 48, cuando se da el presupuesto normativo que allí se contempla (delitos enmarcados dentro de la violencia de género), que lo expone en los términos «se acordará, en todo caso». Si a ello añadimos que el Fiscal solicitó la pena accesoria y la defensa pudo contradecirla, en juicio, la ausencia de motivación o decisión de imponerla, no debe obstaculizar la aplicación de la Ley penal, dada su imperatividad, pero la falta de motivación nos obliga a imponerla en la extensión mínima y además computando el tiempo que sufrió la medida con carácter preventivo, 311/2007, de 20 de abril [LA LEY 12538/2007].

Y para evitar que la protección pudiera quedar en mera retórica, el art. 468 del Código Penal tipifica la conducta del que quebrantare una condena, SAP Pontevedra 30/2002, de 21 de marzo [LA LEY 60233/2002].

a) Privación del derecho a residir en determinados lugares

La imposición de la pena accesoria de residir en determinados lugares o acudir a ellos es una facultad que concede al Tribunal sentenciador no el art. 48 CP, en que sólo se expresa la forma de su cumplimiento, sino el art. 57 CP. Es en este precepto donde se establecen los casos en que dicha pena puede ser impuesta y las circunstancias que ha de tener en cuenta el Tribunal para su imposición, circunstancias que naturalmente deben ser explicitadas y razonadas en la fundamentación jurídica de la Sentencia. Además, si se acuerda la prohibición de que el acusado resida en el domicilio de su esposa, se le veda volver durante ese tiempo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 48 CP, **al lugar en que residan sus víctimas, sea cual sea dicho lugar** en el período de cumplimiento de la referida pena accesoria (164/2001, de 5 de marzo [LA LEY 3442/2001]).

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, es pena privativa de derechos [art. 39.f)] cuya aplicación a determinados delitos y faltas se establece en el art. 57 del Código Penal con el carácter de pena accesoria, aunque con un tratamiento muy distinto al recogido en los arts. 54 a 56 en cuanto no se declara que otras penas las llevan consigo, sino otros delitos y su duración no se vincula a la pena principal frente a la norma general del art. 33.6. En consecuencia y siendo pena, le es de aplicación el art. 58.2 del Código Penal y en la misma forma que el tiempo de prisión provisional es de abono para el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, el período de privación de derechos acordado como medida cautelar durante la tramitación de la causa deberá abonarse para el cumplimiento de la pena accesoria de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima impuesta en la Sentencia (S Audiencia Provincial de Madrid 275/2004, de 18 de junio; en este sentido, S Audiencia Provincial de Madrid 417/2003, de 7 noviembre).

Señala la Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre, y emitida con ocasión de las modificaciones operadas por la LO 15/2003, que la privación del derecho a residir en determinados lugares presenta un cierto grado de indeterminación en cuanto a su extensión geográfica. Los lu-

gares que quedan vedados para el penado son el lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia. Los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes y en especial las de peligrosidad del reo concretarán la petición especificando si el lugar afectado es el domicilio, la calle, el distrito, la localidad, la provincia o incluso la Comunidad Autónoma. En apoyo de esta interpretación, utilizando un criterio sistemático, debe tenerse presente que el art. 544 bis LECrim. permite imponer una medida análoga, en función cautelar consistente en *la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma*, Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

No cabe duda de que la pena impuesta al apelante en la Sentencia de instancia, consistente en la privación del derecho a residir o acudir a la localidad de la Bisbal d'Empordà, donde además de la denunciante reside la hija común, resulta desproporcionada a la entidad del hecho enjuiciado, considerando que resulta suficiente para salvaguardar la tranquilidad, el sosiego y la seguridad de la víctima, imponer al acusado la pena prevista en el art. 48.2 y 3 del C.P. consistente en la prohibición de aproximarse a Isabel, así como a su domicilio o a su lugar de trabajo, y de comunicarse con ella por cualquier medio de comunicación, SAP Gerona, 277/2006, de 4 de mayo [LA LEY 124217/2006], en el mismo sentido 249/2009, de 19 de febrero [LA LEY 30378/2009]. Señala 356/2008, de 4 de junio [LA LEY 86401/2008] que esta pena es de la misma naturaleza, homogénea y más grave que la prevista en el 48.2, prohibición de aproximarse a menos de 200 metros de la víctima y familia que residen en esa ciudad de Ceuta. Por tanto, quien se defiende de la primera (48.1) se está defendiendo también de la segunda (48.2). Se trata aquí de algo semejante a lo que ocurre cuando se acusa por robo y se condena por hurto. La petición por lo más implica la petición por lo menos, siempre que se trate de infracciones o penas de la misma naturaleza y homogéneas. Y esto es lo aquí ocurrido: prohibir el derecho a residir en una ciudad donde la víctima y su familia residen, implica prohibir el acercamiento a tal víctima y familia, 356/2008, de 4 de junio [LA LEY 86401/2008].

b) Prohibición de aproximarse a la víctima

Debe tenerse en cuenta que tiene dos contenidos: la prohibición al reo de acercarse a determinadas personas donde quiera que se encuentren, y la prohibición de acercarse al domicilio de esas personas, sus lugares de trabajo y cualquier otro que sea frecuentado por ellas, aunque las mismas no se encuentren en dichos lugares. La prohibición de aproximarse a lugares «frecuentados» habrá de determinarse con la mayor precisión posible para evitar situaciones ambiguas y, en definitiva, penas indeterminadas. La novedad verdaderamente relevante en la prohibición de aproximación se encuentra en la extensión que implica la previsión (art. 48.2) de que hasta el total cumplimiento de la pena de prohibición de aproximación quedará en suspenso, exclusivamente respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, hubiere sido establecido en la Sentencia civil. Pese a la defectuosa redacción del precepto, ha de optarse por una interpretación del mismo acorde con la necesaria individualización de la pena a las circunstancias del autor y el hecho y respetuosa con el principio del superior interés del menor. Debe tenerse presente que la Exposición de Motivos de la Ley en este punto declara que se establece también *la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos* concibiéndose por tanto claramente este contenido de la pena como potestativo. La suspensión del régimen de visitas procederá, por consiguiente, cuando la pena de prohibición de aproximación se hubiera acordado respecto de los hijos atendiendo a las circunstancias del caso. En realidad la inclusión del inciso comentado no tiene ninguna utilidad práctica, teniendo en cuenta que la prohibición de aproximación puede imponerse no sólo con relación a la víctima sino también,

conforme al art. 48.2 CP en relación con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal. Por tanto, si por las circunstancias del caso puede colegirse riesgo no sólo para la pareja (víctima) del agresor sino también para los hijos podrá acordarse que la prohibición de aproximación afecte también a éstos. Parece evidente que sin necesidad de aclarar nada los efectos de la prohibición de aproximación son incompatibles con el derecho de los padres afectados por la pena a relacionarse con los hijos, exista o no una Sentencia civil que establezca un régimen de visitas. La decisión sobre la prohibición de aproximación respecto de hijos menores —cuando no sean víctimas directas del delito y siempre que su capacidad de discernimiento lo permita— habrá de respetar el derecho reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en el art. 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, esto es, el derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento judicial que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. A estos efectos habrán de cuidarse especialmente las comparecencias de los menores, articulándolas de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de los mismos, y preservando su intimidad, como preceptúa el art. 9.1, párr. 2.º, LO 1/1996, con el fin de evitar fenómenos de victimización secundaria, y teniendo presente que cuando la audiencia *«no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente»*. Es claro que la opinión del menor no habrá de tener carácter vinculante a la hora de adoptar la correspondiente decisión, si bien habrá de ser tenida en cuenta en aras a concretar el interés superior del mismo, Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Aunque el precepto transcrito en una interpretación literal parece conllevar la imposición obligatoria del régimen de visitas a favor del progenitor condenado en los supuestos previstos en el art. 57.1 del Código Penal, lo cierto es que esta interpretación literal ha venido siendo rechazada por una nutrida doctrina menor emanada de las Audiencias Provinciales de la que es exponente la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla de fecha 12 de julio de 2005, en la que sobre esta cuestión se indica *«Es preciso determinar si respecto de los hijos la imposición de la prohibición de aproximación establecida en el artículo antes mencionado conlleva de forma ineludible la suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en Sentencia civil hasta el total cumplimiento de la pena, o si por el contrario no deja de ser ésta una medida susceptible de ser impuesta, previa solicitud y debate contradictorio dándose satisfacción a las exigencias derivadas del principio acusatorio, y siempre que esté relacionada con el hecho enjuiciado y así se haga constar de forma expresa y suficientemente motivada en la Sentencia. No deja de ser ésta una cuestión controvertida, pues si bien es cierto que dados los términos en los que está redactado el artículo antes mencionado, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia»*, parece que poco margen quedaría para considerar que su imposición es facultativa, también lo es que en la Exposición de Motivos de la LO 15/03, de 25 de noviembre, al referirse a las mejoras técnicas introducidas en las penas de alejamiento se alude a la posible suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos, *«carácter facultativo que, además de permitir aplicarla en los supuestos en los que por las circunstancias acreditadas resulte necesaria para que sirva con más eficacia a la prevención y represión de los delitos y, en especial, a la lucha contra la violencia doméstica, “resulta más respetuoso con los derechos de todos los implicados por su adopción, entre los que no hay que olvidar a los propios hijos cuando tengan el suficiente desarrollo y madurez para ser oídos, resultando significativo que en el caso enjuiciado el hijo afectado por la medida tiene ya*

doce años. En este sentido resulta especialmente significativa la STC 152/2005, de 6 de junio otorgando el amparo demandado por haberse obviado el trámite de audiencia de un menor «con suficiente juicio en cuanto lo resuelto afectaba a su esfera personal, familiar o social (...)». El ejercicio de los derechos antes mencionados de visitas, comunicación y estancia no tiene porque suponer en la práctica un pretexto para no hacer efectiva la prohibición de alejamiento y no comunicación desde el momento en que pueden arbitrarse procedimientos para compatibilizar aquellos derechos y esta prohibición por personas interpuestas de confianza de los implicados o a través de los Puntos de Encuentro. La literalidad del precepto no tiene por qué constituir un obstáculo insalvable para esta segunda opción, resultando en este sentido significativa la consolidada doctrina jurisprudencial respecto a la imposición de algunas de las penas accesorias establecidas en el art. 56 del Código Penal, concretamente la de inhabilitación especial para profesión u oficio, en el sentido de exigir una relación de estos últimos con el delito cometido, lejos pues de todo automatismo», SAP Burgos 246/2006, de 16 de octubre.

La STC 139/2008, de 28 de octubre [LA LEY 163881/2008] inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Ayens de Mar sobre el art. 57.2 CP, porque el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad excede el contenido del trámite de audiencia de las partes. En concreto, dicha cuestión de inconstitucionalidad se ciñe a casos como el que le ocupaba, en los que el ilícito cometido por el cónyuge, pariente o cualquier otra de las personas enumeradas en el primero de los mencionados preceptos, no reviste especial gravedad o significación. Es decir, un caso en el que los hechos, de no mediar relación sentimental, debieran incardinarse en el art. 617.1 CP, es decir, revestirían la condición de falta y que por mor de esa relación sentimental se transforman en delito, y en el que la propia víctima ha manifestado expresamente en el curso de la vista oral su voluntad de que no se impusiera la medida de alejamiento. Seguidamente se afirma que la pena accesoria contemplada en el art. 48.2 CP sanciona al autor de los hechos, pero también a la víctima, pues a la misma se le restringe su derecho fundamental a la libertad personal, entendida ésta ahora como la facultad para adoptar libremente decisiones que afecten a sus relaciones personales. Concretamente se le impide mantener una relación, sentimental o de otro tipo, con o sin convivencia, con el autor de la infracción. Hasta el punto de que, de ser la víctima quien inicie o propicie un nuevo acercamiento físico, puede llegarse al extremo de considerarla autora de un delito de desobediencia a la autoridad judicial, sea a título de cooperadora necesaria o de inductora (arts. 27 y 28 CP). Con ello se quiere decir que la duda de constitucionalidad no lo es en referencia al autor del ilícito, pues el mismo ha cometido una infracción, legalmente prevista, con todas las garantías del principio de legalidad penal, y resulta, *ab initio*, merecedor de la sanción, sino que se plantea con relación a la víctima de la misma, pues sin haber verificado infracción legal alguna, ve coartada o limitada su libertad personal en el sentido antes expuesto, STC 139/2008, de 28 de octubre [LA LEY 163881/2008]. La misma suerte han corrido, por los mismos fundamentos, la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Novena de la AP Barcelona, STC 140/2008, de 28 de octubre [LA LEY 163880/2008] y la planteada por la Sección tercera de la AP Cádiz, ATC 127/2008, de 22 de mayo [LA LEY 92903/2008].

Artículo 49.

Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar na-

turaliza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.^a La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.^a No atentará a la dignidad del penado.

3.^a El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.^a Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.^a No se supeditarán al logro de intereses económicos.

6.^a Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a) Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b) A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c) Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación, referidas al desarrollo de la misma.

d) Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el art. 468.

7.^a Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 39, 40, 53.1 y 2, 71.2, 88.1, 153, 171, 244, 379, 384, 385, 618, 620, 626, 632.

LOGP (§ 3.1): arts. 3 y 26 a 35.

RP (§ 3.2): arts. 4 y 132 a 153.

RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (que deroga el RD 690/1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana).

RD 782/2001, de 6 de julio, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

RD 2131/2008, de 26 de diciembre, que modifica el Real Decreto 782/2001, de 6 de julio de 2001, que regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de la Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Modificado por la LO 15/2003 que, de acuerdo con su Exposición de Motivos, *«potencia y mejora sustantivamente la eficacia de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no sólo por su aplicación a un mayor número de delitos y faltas, sino también por la incorporación al Código Penal del régimen jurídico de su incumplimiento»*, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

Con anterioridad estuvo en vigor, desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004, la versión dada por la LO 10/1995:

«Los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.ª La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez o Tribunal sentenciador; que, a tal efecto, podrá requerir informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.ª No atentará a la dignidad del penado.

3.ª El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.ª Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.ª No se supeditará al logro de intereses económicos.

Las demás circunstancias de su ejecución se establecerán reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Penitenciaria, cuyas disposiciones se aplicarán supletoriamente en lo no previsto expresamente en este Código».

No es posible suspender condicionalmente la ejecución de la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa cuando se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad, Circular de la FGE 17 de septiembre de 1999.

SECCIÓN 4.^a*De la pena de multa***Artículo 50.**

1. La pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria.

2. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, por el sistema de días-multa.

3. Su extensión mínima será de 10 días y la máxima de dos años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360.

5. Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título. Igualmente, fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo.

6. El Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 31, 32, 33, 34, 35, 51, 52, 53, 70, 81, 88, 126, 145, 146, 147, 158, 159, 163, 171, 172, 181, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 195, 197, 199, 202, 203, 206, 209, 225, 226, 227, 231, 236, 244, 245, 246, 247, 250, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 266, 267, 270, 271, 273, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285 (proporcional), 286, 289, 290, 291, 293, 294, 295, 298, 299, 301 (proporcional), 305 (proporcional), 306 (proporcional), 307 (proporcional), 308 (proporcional), 309 (proporcional), 311, 312, 314, 315, 316, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 328, 329, 330, 332, 333, 334, 335, 336, 348, 349, 352, 354, 356, 359, 360, 361 bis, 362, 363, 368 (proporcional), 369 (proporcional), 370 (proporcional), 371 (proporcional), 377 (criterio de proporcionalidad), 378, 379, 381, 384, 385, 386 (proporcional y días-multa), 390, 391, 392, 397, 399, 403, 405, 406, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418 (proporcional), 419 (proporcional), 420 (proporcional), 421 (proporcional), 423 (proporcional), 424, 425 (proporcional y días-multa), 426, 428 (proporcional), 429 (proporcional), 432, 433, 437, 439, 440, 441, 442 (proporcional), 446, 450, 452, 455, 456, 457, 458, 460, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 470, 471 bis, 490, 491, 494, 496, 497, 502, 504, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 514, 517, 518, 521 bis, 522, 523, 524, 525, 526, 534, 535, 536, 537, 539, 540, 541, 543, 551, 558, 559,

561, 576, 597, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, DT 6.^a y 11.^a.

Apartados 3, 4 y 6, modificados por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción de los mismos la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«3. Su extensión mínima será de cinco días, y la máxima, de dos años. Este límite máximo no será de aplicación cuando la multa se imponga como sustitutiva de otra pena; en este caso su duración será la que resulte de la aplicación de las reglas previstas en el art. 88».

«4. La cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta».

«6. El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas».

La operación para determinar la cuantía total de la pena de multa, debe partir de una explicación motivada de la fijación de la **extensión temporal de la pena** (que debe depender de la gravedad del hecho y de la gravedad de la culpabilidad del autor, ATS de 17 de marzo de 1999) para **después analizar** detalladamente todos los parámetros establecidos para la determinación de **la cuantía económica del día-multa** (509/1998, de 14 de abril [LA LEY 6414/1998]).

Como señala algún sector de la doctrina, **para realizar la primera operación** se tendrán en cuenta las reglas establecidas en el art. 66 fijándose en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (509/1998, de 14 de abril [LA LEY 6414/1998]). Han de aplicarse, pues, las reglas de determinación de la pena en función de los grados de ejecución del delito, de las formas de participación y de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Por su parte, **la determinación de la cuantía económica del día-multa** implica dos tramos expositivos, el primero de concreción del activo y pasivo del acusado, para establecer su capacidad económica, lo que conllevará la ponderación de los elementos probatorios acreditativos de bienes, ingresos y obligaciones, y un segundo tramo de carácter silogístico, en el que se razonará la suma que debe alcanzar la cuota diaria de la multa, habida cuenta de su tope legal mínimo —2 euros— y máximo —400 euros— y valorada la capacidad económica del acusado (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001], 1727/1999, de 6 de marzo, 1178/1999, de 17 de julio [LA LEY 11353/1999], 671/2004, de 19 de mayo). La cuantía de la multa no ha de encontrarse en una dependencia absoluta de la cifra sobre la que se afirmó la solvencia en la pieza de responsabilidad civil, pues no es correlativa al patrimonio del acusado (ATS de 17 de marzo de 1999).

Lo dispuesto en el 50.5 CP no significa que los **Tribunales** deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009], A 656/2009, de 18 de marzo [LA LEY 23284/2009], A 570/2009, de 26 de febrero [LA LEY 9049/2009], A 1242/2007, de 5 de julio [LA LEY 244037/2007], 76/2007, de 30 de enero [LA LEY 3288/2007], 49/2005, de 28 enero [LA LEY 791/2005], 1835/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 11528/2003], 1035/2002, de 3 de

junio [LA LEY 104779/2002], 1729/2001, de 15 de octubre [LA LEY 25/2002], 1377/2001, de 11 de julio [LA LEY 6467/2001], 175/2001, de 12 de febrero [LA LEY 3224/2001]), **debiendo expresar todas las circunstancias** que realmente se tengan en consideración (2364/2001, de 14 de diciembre [LA LEY 225615/2001]). Es admisible utilizar como argumento para fijar la cuantía de la cuota el dato del argumento del potencial económico del penado que puede deducirse de haberse costeado Letrado particular que le defienda en el proceso penal (1342/2001, de 29 junio [LA LEY 7882/2001], 996/2003, de 7 julio [LA LEY 13190/2003] **559/2002, de 27 marzo**), Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su **umbral mínimo absoluto** (1835/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 11528/2003], 1035/2002, de 3 de junio [LA LEY 104779/2002], 1377/2001, de 11 de julio [LA LEY 6467/2001], 175/2001, de 12 de febrero [LA LEY 3224/2001]), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la Sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999, 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009], A 570/2009, de 26 de febrero [LA LEY 9049/2009], A 1242/2007, de 5 de julio [LA LEY 244037/2007], 76/2007, de 30 de enero [LA LEY 3288/2007].

Dicho umbral mínimo **debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria** (ATS de 31 de octubre de 2001, 1377/2001, de 11 de julio [LA LEY 6467/2001]), por lo que en casos ordinarios, en que no concurren dichas circunstancias **extremas, resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo**. Por el contrario, para **cuotas elevadas** es absolutamente necesario que se contrasten **datos más completos** sobre la situación económica del acusado. Pero para la imposición de cifras levemente superiores al mínimo (en el primer décimo de la extensión de 200 a 50.000 ptas., de 200 a 5.180 ptas., 1835/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 11528/2003], 1035/2002, de 3 de junio [LA LEY 104779/2002], ATS 2342/2001, de 31 de octubre), es suficiente con que, por la profesión o actividad a que se dedica el acusado o por sus circunstancias personales, se constate que no se encuentra en la situación de indigencia. **Y tampoco la insolvencia declarada es obstáculo para que la cuantía del día multa se fije en cantidades que superen el mínimo legal**, siempre que las consecuencias derivadas del impago no resulten manifiestamente desproporcionadas (509/1998, de 14 de abril [LA LEY 6414/1998]).

El TS ha impuesto en ocasiones la cuantía mínima de 200 pesetas (ahora 2 euros), que no necesita ser fundamentada en modo alguno, por faltar la justificación de la cuantía fijada por la Sentencia de la Sala de Instancia y para evitar una indebida y desproporcionada nulidad de actuaciones (1152/1998, de 3 de octubre [LA LEY 11066/1998], 1127/2002, de 17 de junio [LA LEY 382/2003]), e incluso, en otra ocasión, ha respetado la cuota fijada por el Tribunal de instancia a pesar de la falta de justificación, motivándola el propio TS en casación (1678/2000, de 24 de enero [LEY JURIS 43039/2000]), considerando a su vez la remisión a la documental y pieza de responsabilidad civil como suficiente, aunque escueta, motivación (Sentencia de 29 de septiembre de 2000 [LA LEY 134/2001] —recurso de casación 3525/1998—), estimando la 1/2004, de 12 de enero [LA LEY 894/2004], como infringido el derecho a la tutela judicial efectiva (24.1 CE)

por faltar toda justificación de la cuota diaria impuesta (15,02 euros), procediendo a dictar nueva Sentencia en la que se determina una cuota de 3 euros, que se considera adecuada en atención al nivel económico de sus previsibles ingresos, habida cuenta de su capacitación profesional como peón especializado y de la cuantía del salario mínimo interprofesional. Las SS de 20 de noviembre de 2000 y 15 de octubre de 2001 afirman (la primera de ellas para una cuota de 1.000 pesetas y la segunda incluso para la de 3.000), que la fijación de unas cuantías que no superan siquiera las del salario mínimo o, en todo caso, llevan a una sanción, en el ámbito penal, incluso inferior a la que pudiera considerarse equivalente impuesta por la Administración en el ejercicio de su función sancionadora, no requieren mayor justificación para ser consideradas conforme a Derecho, puesto que «Una cifra menor habría que considerarla insuficientemente reparadora y disuasoria, por lo que la sanción penal no cumpliría adecuadamente su función de prevención general positiva», 49/2005, de 28 enero [LA LEY 791/2005].

La potenciación del arbitrio judicial en la materia introducido por el Código y el principio de re-socialización que el mismo avala, permiten tanto que la multa se pueda pagar de una sola vez o a plazos, como que se establezca un «ritmo» de pago que no necesariamente tenga que ajustarse a lo que pudiera derivarse de un aferramiento al concepto de días-multa, CGPJ 16 de diciembre de 1997.

Artículo 51.

Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 50 y 52.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«Si, después de la sentencia, el penado empeorare su fortuna, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de la capacidad económica de aquél, podrá reducir el importe de las cuotas».

Aunque el art. 51 del Código Penal admite expresamente la posibilidad de modificar excepcionalmente el importe de las cuotas impuestas en la Sentencia si después de dictada varía la situación económica del penado, se trata de una facultad que —si relacionamos este precepto con el párrafo 6.º del anterior—, más parece estar reservada al Juez o Tribunal que conozca de la ejecución de la Sentencia y no al que conozca de la apelación contra la misma (SAP Madrid, 44/2009, de 12 de marzo [LA LEY 46704/2009]) (en el mismo sentido, SAP Madrid 270/2008, de 23 de abril [LA LEY 59759/2008]) máxime cuando, como dispone el mencionado precepto, debe indagarse la situación económica a estos efectos. En el momento de dictarse la Sentencia apelada la cuota fijada era adecuada a la situación económica del acusado y por ello debe confirmarse la Sentencia recurrida sobre tal particular, SAP Barcelona 61/2008, de 1 de febrero [LA LEY 18466/2008].

En el caso concreto no consta claramente que esa modificación de la situación anterior económica del penado haya tenido lugar, al faltar toda referencia a la anterior situación existente en el momento de la imposición de la pena. Por el contrario, es un hecho patente que el condenado incumplió holgadamente los plazos concedidos para el pago de la multa, sin alegar entonces carencia de medios, por lo que la aplicación de lo dispuesto en el art. 53.1 del Código Penal que efectúa el auto apelado se muestra totalmente correcta. Procederá, en consecuencia, la desestimación del recurso, AAP Granada 91/2009, de 13 de febrero [LA LEY 53286/2009]. El problema para la estimación de este motivo radica en la total ausencia de prueba que permita considerar ciertas las afirmaciones vertidas por la defensa del acusado, por lo que al tratarse de una mera alegación, fuera de soporte probatorio, debe ser desestimada, SAP Guipúzcoa 326/2008, de 21 de noviembre [LA LEY 227912/2008].

En la fecha del juicio oral donde se valoró la situación económica del acusado para fijar la cuota de multa, el 22 de mayo de 2006, consta por informe de la Tesorería General de la Seguridad Social y por informe de la empresa XX, S.L., que don Lázaro se encontraba trabajando. Consta por informe de la Tesorería General de la Seguridad Social y por certificado de la entidad Asociación Proyecto Hogar presentado en el acto de la vista que en la actualidad y desde el 27 de enero de 2007 el penado don Lázaro se encuentra en situación de desempleo, por lo que consideramos que concurre la situación excepcional prevista en el art. 51 del Código Penal y que justifica en el presente momento la modificación de la cuota de multa impuesta en Sentencia. Por ello se modifica también la cuota de multa impuesta en la Sentencia de 23 de mayo de 2006 del Juzgado de lo Penal núm. 9 de Madrid que se fija en 2 euros, AAP Madrid, 1179/2007, de 13 de noviembre [LA LEY 253089/2007].

Considera la AP Tarragona en su A 354/2007, de 17 de septiembre [LA LEY 223766/2007], que resulta procedente la rebaja de la cuantía de la multa a la cantidad diaria de 3 euros, ante la debilitada situación económica del penado. Las circunstancias del penado han variado, dado que en el momento en que quedó fijada inicialmente la cuota de la multa en la cantidad de 6 euros diarios, el condenado se encontraba interno en Centro Penitenciario, y por ello, sus necesidades básicas se hallaban cubiertas. En la actualidad soporta gastos de alquiler, y debe cubrir por sí mismo sus necesidades básicas. No obstante, tras el examen de la Ejecutoria debemos también referirnos a la cantidad de 1.281,31 euros que figura retenida en fecha 25 de noviembre de 2005 como saldo del penado en la entidad La Caixa. Procede ingresar dicha cantidad en la cuenta del Juzgado, al tratarse de saldos bancarios no afectos a las limitaciones establecidas legalmente en el art. 607 la Ley de Enjuiciamiento Civil en garantía de la subsistencia del afectado. Por todo ello, en la liquidación del pago de la pena de multa procede realizar la siguiente distinción: a las cantidades satisfechas o retenidas judicialmente con anterioridad al auto inicialmente recurrido (20 de marzo de 2007), deberá aplicarse la cuota diaria de 6 euros, siendo la nueva cuota aplicable a la parte proporcional de días-multa que a dicha fecha restase de su cumplimiento, AAP Tarragona 354/2007, de 17 de septiembre [LA LEY 223766/2007].

En el caso que nos ocupa no puede aplicarse el precepto pretendido por la representación procesal del condenado, no sólo porque la aplicación de la norma se refiere a supuestos excepcionales, no hallándose entre ellos la búsqueda de trabajo, desconociendo la situación laboral anterior, y el haber tenido un hijo, sino porque la cuota impuesta está ya en los mínimos legales, y, como hemos dicho, por debajo de la misma se encuentra la indigencia o situaciones parejas o asimiladas, en las que, por más que se insista, afortunadamente no esta el condenado, **AAP Girona 338/2007, de 17 de septiembre.**

El art. 51 sí autoriza a que pueda dejarse sin efecto un aplazamiento concedido al reo para el pago de multa, basado en sus circunstancias económicas precarias si ex post facto cambian las circunstancias y mejora su fortuna hasta el punto de evidenciarse la posibilidad de pago inmediato. Pese a esta teórica autorización, los Sres. Fiscales se abstendrán de promover investigaciones tendentes a dejar sin efecto aplazamientos de pago concedidos, por evidentes razones de economía procesal, sin perjuicio de no oponerse a la revocación del plazo si habiéndose planteado la cuestión el órgano jurisdiccional de oficio o a instancia de la acusación particular se comprobara la mejora de fortuna en una cuantía tal que privara de sentido al aplazamiento, Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Artículo 52.

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

2. En estos casos, los Jueces y Tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable.

3. Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 50, 51, 285, 301, 305, 306,307, 308, 309, 368, 369, 370, 371, 377, 386, 418, 419, 429, 421, 423, 425, 428, 429, 442.

LC (§ 2.2).

Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo.

2. En estos casos, en la aplicación de las multas, los Jueces y Tribunales podrán recorrer toda la extensión en que la ley permita imponerlas, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».

Los supuestos comprendidos en el art. 52 del Código Penal son aquellos en los que **el legislador acude a una base cuantitativa**, que se debe fijar en la Sentencia, para señalar la pena de

multa. Esta cifra se podrá aumentar en la proporción establecida en el tipo delictivo que específicamente la contempla. Así en los delitos de uso de información relevante en el mercado de valores, imposición de acuerdos abusivos o lesivos y administración desleal en delitos societarios, en la mayoría de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y delitos contra la salud pública, el sistema de calcular las multas varía, fijándose en cantidades que pueden oscilar tomando como base el daño causado, el valor del objeto del delito y el beneficio reportado por el mismo y elevando su cuantía de manera proporcional, en la medida establecida en cada delito concreto (del tanto al triple, del tanto al séxtuplo, etc.). En el delito de falsificación de documento oficial no rige esta regla especial (509/1998, de 14 de abril [LA LEY 6414/1998]).

Al no existir en el Código Penal actual un precepto como el antiguo art. 74 del Código Penal anterior que fijaba un límite mínimo a la multa como sanción pecuniaria por delito, **cuando no conste acreditado el valor de la droga objeto de tráfico** que constituye un dato esencial para determinar la cuantía de la pena de multa conforme al art. 368 del Código Penal actual, **no resulta posible cuantificar la multa y debe, en consecuencia, prescindirse de dicha pena** (1290/2002 de 8 de julio [LA LEY 127759/2002], 694/2002, de 15 de abril [LA LEY 72531/2002], 372/2001, de 30 de abril [LA LEY 5287/2001], 542/2000, de 12 de abril [LA LEY 7951/2000], en este sentido 1452/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 240210/2005], 1001/2006, de 18 de octubre [LA LEY 119546/2006]). **Si el tipo delictivo aplicado en la Sentencia condena al autor, además de a una pena privativa de libertad, a la de multa del tanto al triple del valor de la droga, los Tribunales no pueden sustituir ésta por otra multa que tiene una naturaleza y finalidades diferentes y que no está incluida en la norma, cual es la denominada «días-multa»,** y ello aunque no pueda aplicarse la que corresponda, por no haberse llevado a cabo la tasación de dicha droga (753/1999, de 14 de mayo [LA LEY 6545/1999]).

Permite el art. 52 modular la cuantía de la multa en función de los factores que menciona, por lo que se desprende que es posible que se pueda imponer, a un mismo culpable, una cuota por un determinado delito y otra distinta por la imposición de una pena de multa en delito de distinta naturaleza y resultado (832/1998, de 17 de junio). Pese a que la nueva redacción del art. 52 ha generado dudas, al referir su apartado 2.º que los Jueces y Tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, habrá de seguir manteniéndose la posibilidad de reducir el importe de la misma bajándola en grado cuando proceda conforme a las normas generales (v. STS 547/2003, de 10 abril [LA LEY 68858/2003]), Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Señala el acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 22 de julio de 2008 que: 1.— En los casos de multa proporcional, la inexistencia de una regla específica para determinar la pena superior en grado, impide su imposición, sin perjuicio de las reglas especiales establecidas para algunos tipos delictivos. 2.— El grado inferior de la pena de multa proporcional, sin embargo, sí podrá determinarse mediante una aplicación analógica de la regla prevista en el art. 70 del CP. La cifra mínima que se tendrá en cuenta en cada caso será la que resulte una vez aplicados los porcentajes legales. 3.— El art. 370.2, último párrafo, del CP añade una segunda multa a lo que resulte de aplicar las reglas generales. Aplicado por la 895/2008, de 16 de septiembre [LA LEY 207479/2008], señala que conforme a lo dispuesto en el art. 70.1.1.ª el marco penológico será de 3 años y 1 día de prisión, a 4 años y 6 meses de prisión y la multa específicamente prevista en el art. 369, tanto al cuádruplo. Ello implica que al rebajar en un grado esta pena, de acuerdo con la regla 4.ª art. 66 (actual regla 2.ª) y conforme el art. 70.1.2.ª, la pena inferior se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trata y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo, y el

límite máximo de esta pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trata reducido en 1 día. Consecuentemente la pena a imponer en el caso que nos ocupa estará comprendida entre 1 año y 6 meses y 3 años de prisión y multa de la mitad al tanto del valor de la droga.

Artículo 53.

1. Si el condenado no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que, tratándose de faltas, podrá cumplirse mediante localización permanente. En este caso, no regirá la limitación que en su duración establece el art. 37.1 de este Código.

También podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo.

2. En los supuestos de multa proporcional los Jueces y Tribunales establecerán, según su prudente arbitrio, la responsabilidad personal subsidiaria que proceda, que no podrá exceder, en ningún caso, de un año de duración. También podrá el Juez o Tribunal acordar, previa conformidad del penado, que se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad.

3. Esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años.

4. El cumplimiento de la responsabilidad subsidiaria extingue la obligación de pago de la multa, aun que mejore la situación económica del penado.

CONCORDANCIAS

CE: art. 25.3.

CP: arts. 37, 49, 50, 51, 52 y 88.

Apartados 1, 3 y 4, modificados por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, suprimiendo las referencias al arresto de fin de semana e introduciendo la pena de localización permanente (apartado 1), elevando la pena de las condenas a las que puede aplicarse de cuatro a cinco años (apartado tercero), sustituyendo la antigua referencia del apartado cuarto a la fortuna del reo por la expresión «*situación económica del penado*».

La anterior redacción fue la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004.

Cuando el condenado no satisface la multa, voluntariamente o por la vía de apremio, quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria, ya no se emplea la expresión arresto sustitutorio. No deja duda de que la sustitución inicial es la privación de libertad a razón de un día por cada dos cuotas diarias no satisfechas. Esta operación es automática y no necesita de motivación algu-

na, sin perjuicio de su posible sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad, 119/2008, de 15 de febrero [LA LEY 20914/2008].

La imposición de un arresto personal subsidiario, en caso de impago de una multa, no constituye una facultad discrecional que se deja al arbitrio del Tribunal, sino que **se trata de una disposición legal de obligado cumplimiento, salvo** en los supuestos legalmente exceptuados, que se contraen a aquellos casos en **que se supere ese número de años, incluyendo en el cómputo, a estos efectos, los días de arresto sustitutorio por impago de la multa** (1419/2003, de 31 de octubre [LA LEY 473/2004]), y sobre el cómputo de los días de arresto sustitutorio para el cómputo de la duración de la pena que impide, rebasados los cinco años, la aplicación de esta pena sustitutiva (872/1993, de 13 de abril [LA LEY 3306-5/1993], 886/1993, de 14 de abril [LA LEY 23099-JF/0000], 119/1994, de 1 de febrero [LA LEY 41254-JF/0000], 629/1996, de 26 de septiembre de 1996 [LA LEY 9861/1996], entre otras). Además, **la limitación impuesta por el 53.3 CP** al cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria, **se aplica también a las penas impuestas por otros delitos en la misma Sentencia e incluso a la suma de varias penas privativas de libertad** cuyo resultado supere los cuatro años de prisión —ahora cinco— (1419/2003, de 31 de octubre [LA LEY 473/2004], 509/1998, de 14 de abril [LA LEY 6414/1998]). La responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del art. 53 CP, Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión del día 1 de marzo de 2005, en este sentido 77/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2450/2007].

La fijación de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa proporcional se deja al prudente arbitrio del Órgano sentenciador, según lo establecido en el ap. 2 del art. 53 del CP, con la limitación de que no podrá exceder de un año de prisión, sin que se exija, por tanto, en el mencionado precepto una razonada motivación de la determinación del arresto sustitutorio, que solamente podrá impugnarse si fuera desmesurado, y supusiera vulneración del principio de proporcionalidad, **1761/2001, de 19 de diciembre**. El criterio de proporcionalidad, previsto para los días multa, no puede diferir del que rija para la multa proporcional, pues la proporcionalidad del arresto sustitutorio con la multa no depende en modo alguno de la forma en la que se individualice la pena de multa (1892/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 2131/2001]). El art. 53.2 CP abre la determinación de la responsabilidad personal subsidiaria al prudente arbitrio del juzgador fijando, como límite máximo, la pena en un año de privación de libertad. Este prudente arbitrio no autoriza la arbitrariedad prohibida por los principios constitucionales. Es necesaria una ponderación que se debe realizar en función de las posibilidades del condenado de hacer frente a la multa y de la extensión y cuantía de la misma. Ello supone una medición minuciosa de los presupuestos legales para fijar la pena de multa. No se puede acudir a criterios ajenos a los establecidos en el art. 50.5 del Código Penal (matrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo), 119/2008, de 15 de febrero [LA LEY 20914/2008]. A fin de permitir una adecuada individualización y proporcionalidad, este Tribunal —siguiendo lo realizado por el Tribunal Supremo en asuntos similares— viene utilizando el criterio de concretar la responsabilidad personal subsidiaria en los supuestos de multa proporcional impagada de un día de arresto sustitutorio por cada 500 euros o fracción de ellos, impagados, A AP Guipúzcoa 71/2005, de 24 de junio [LA LEY 142701/2005]. El arresto impuesto, de veinte días, para cubrir el impago de doscientas mil pesetas de multa, no se considera desmesurado, ni desproporcionado, **1761/2001, de 19 de diciembre**.

SECCIÓN 5.^a*De las penas accesorias***Artículo 54.**

Las penas de inhabilitación son accesorias en los casos en que, no imponiéndolas especialmente, la Ley declare que otras penas las llevan consigo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.6, 39 a 46, 55, 56, 79.

CPM: arts. 24, 26, 28 y 29.

Artículo 55.

La pena de prisión igual o superior a diez años llevará consigo la inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, salvo que ésta ya estuviere prevista como pena principal para el supuesto de que se trate.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 41 y 54.

Artículo 56.

1. En las penas de prisión inferiores a diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias, alguna o algunas de las siguientes:

1.º Suspensión de empleo o cargo público.

2.º Inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3.º Inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el art. 579 de este Código.

2. Lo previsto en este artículo se entiende sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 42 a 48 y 54.

Consulta 2/2000 de la FGE.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción anterior la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«En las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación».

Con respecto esta antigua redacción y apoyando, de acuerdo con el tenor literal de dicha redacción, la imposibilidad de imponer de más de una pena accesoria, 479/2005, de 15 de abril [LA LEY 1501/2005].

Lo dispuesto en este artículo supone que **el Tribunal tiene la obligación («impondrán») de imponer alguna de ellas**, aunque se le reconozca la posibilidad de elegir entre las que se mencionan, lo que deberá **hacer atendiendo a la gravedad del delito** —1359/2000, de 10 de julio [LA LEY 141209/2000]—, **permitiéndose la imposición conjunta** —1309/1999, de 25 de septiembre [LA LEY 11757/1999]— (en este sentido, Consulta FGE 2/2000, de 14 de diciembre y 1171/2006, de 27 de noviembre [LA LEY 150059/2006]: la redacción del texto legal conduce a entender que el empleo de la expresión «impondrán» referida a Jueces y Tribunales, supone que el órgano jurisdiccional debe imponer una penalidad accesoria en todo caso. La expresión «alguna o algunas» resuelve definitivamente las dudas que la anterior literalidad del precepto suscitaron en cuanto a si era posible imponer más de una penalidad accesoria, que habían sido ya resueltas por la jurisprudencia en el mismo sentido de la Ley vigente, 1171/2006, de 27 de noviembre [LA LEY 150059/2006]), extremo adoptado por el legislador en la nueva redacción introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. La configuración legal de estas penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma, de manera que en cada caso, por razones de proporcionalidad, el Tribunal deberá imponer la que mejor se adecue a las características del hecho sancionado y a la finalidad de la sanción penal (417/2003, de 20 de marzo [LA LEY 12160/2003]). Hasta el punto es preceptiva la imposición de al menos una de las penas accesorias establecidas en el art. 56 CP, que dicha imposición habrá de tener lugar aunque no haya habido petición expresa en el sentido por la parte acusadora, sin que por ello se vulnere el principio acusatorio (69/1999, de 26 de enero [LA LEY 1666/1999], A 28 de noviembre de 2001 [LA LEY 215469/2001]). Asimismo, la omisión de esta obligación legal es subsanable mediante el recurso de casación por infracción de ley (370/2000, de 6 de marzo [LA LEY 72936/2000]). En este sentido, señala la 767/2005, de 7 de junio, que en el fallo de la Sentencia recurrida, se advierte claramente que, en cuanto se refiere al acusado Juan Enrique, solamente se le imponen las penas prisión y multa, sin hacer referencia alguna a ninguna pena accesoria, como era obligado. Podría tratarse de un simple error subsanable, pero, en cualquier caso, constituye también una infracción legal. Procede, en consecuencia, la estimación de este motivo, 767/2005, de 7 de junio [LA LEY 13093/2005].

La configuración legal de estas penas las hace inherentes a la pena de prisión impuesta al condenado, como una consecuencia necesaria de la misma, de manera que en cada caso, por razones de proporcionalidad, el Tribunal deberá imponer la que mejor se adecue a las características del hecho sancionado y a la finalidad de la sanción penal, 1171/2006, de 27 de noviembre [LA LEY 150059/2006].

La pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio **pasivo es una pena residual que procede imponer cuando el condenado no ejerza ningún cargo o empleo público del que pueda ser suspendido y el delito cometido no tenga relación directa con su profesión u oficio** (417/2003, de 20 de marzo [LA LEY 12160/2003], 1273/2000, de 14 de julio [LA LEY 9502/2000], 1442/1999, de 18 de octubre [LA LEY 1479/2000], entre otras), si bien **no corresponde su imposición al extranjero, ya que carece del mismo y no podría obtenerlo aun obteniendo la nacionalidad española conforme al art. 6.2.a) de la LO 5/1985 de Régimen Electoral General** (1359/2000, de 10 de julio [LA LEY 141209/2000]). En este sentido, **la imposición de la pena accesoria procedente no vulnera el principio acusatorio aunque no haya sido solicitada expresamente** (417/2003, de 20 de marzo [LA LEY 12160/2003], 69/1999, de 26 de enero [LA LEY 1666/1999]). La inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo es, de todas ellas, en principio, la menos grave para el ciudadano que, por otra parte, parece una respuesta adecuada a los que, con su conducta, han demostrado su desprecio hacia el Estado de Derecho, 739/2006, de 28 de junio [LA LEY 77520/2006].

Cuando este artículo establece **la exigencia**, para la imposición de determinadas penas accesorias, **de que los derechos afectados por estas penas «hubieran tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la sentencia esta vinculación»** se refiere a la pena accesoria de **inhabilitación especial para empleo o cargo público (sobre la que no caben recortes**, reduciendo estos efectos a una determinada parcela de la actividad del empleo público, pues lo que la norma establece es la pérdida de ese empleo —la pérdida definitiva— en toda su extensión, 977/2002, de 23 de mayo [LA LEY 98651/2002]), profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, «si éstos hubieran tenido relación directa con el delito cometido», **y no a las otras dos penas** accesorias expresadas en la parte inicial del precepto, es decir, a la mera suspensión de cargo o empleo público y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo (548/2003, de 9 de abril [LA LEY 68736/2003], 112/2003, de 3 de febrero [LA LEY 1195/2003], 1716/2000, de 9 de noviembre [LA LEY 2244/2001], 1633/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8901/2001], 388/2001, de 13 de marzo [LA LEY 5280/2001], 69/1999, de 26 de enero [LA LEY 1666/1999], 430/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5002/1999], 1309/1999, de 25 de septiembre [LA LEY 11757/1999], 1442/1999, de 18 de octubre [LA LEY 1479/2000], ATS 374/2004, de 11 de marzo). A esta conclusión llega nuestro Tribunal Supremo haciendo uso de los cinco elementos clásicos que —como ya en su día propugnara el maestro e iniciador de la escuela histórica— han de ser tenidos en cuenta al llevar a cabo la interpretación de la norma (gramatical, sistemático, histórico, lógico y teleológico). Consulta FGE 2/2000, de 14 de diciembre. **La imposición de la pena accesoria**, obligatoria en su genérica consideración, **requiere**, en lo que atañe a su alcance en el caso concreto, **una específica justificación** que reside en su eventual relación directa del derecho, oficio o cargo ejercido con el delito cometido. La falta de fundamentación del alcance de la pena accesoria impuesta cobra especial relevancia constitucional, pues la suspensión de cargo público y derecho de sufragio afecta a los derechos fundamentales recogidos en el art. 23 CE; a lo que ha de añadirse que la suspensión de profesión u oficio incide de forma general en el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35.1 CE) y, en el caso concreto, en la libertad de empresa (art. 38 CE), dada la condición de comerciante del recurrente. De modo que la Sentencia penal, como título jurídico habilitante de la restricción de estos derechos fundamentales, debe contener una fundamentación conforme a la ley habilitadora de dicha restricción (STC 221/2001, de 31 de octubre [LA LEY 8782/2001]). Cuando el autor del hecho lo ejecuta de forma que tiene relación con un empleo o cargo público, el Tribunal puede elegir entre la suspensión del mismo o la inhabilitación especial, lo cual habrá de hacer motiva-

damente en atención a la diferente gravedad de una y otra pena, muy superior en el caso de la inhabilitación, según resulta de los arts. 42 y 43 del Código Penal. En el caso, el hecho se comete directamente relacionado con el desarrollo de las funciones propias del cargo, pues el recurrente causó las lesiones mediante una conducta excesiva e inadecuada ejecutada durante la detención, concretamente mediante la violencia empleada de forma excesiva y claramente innecesaria al reducir físicamente al detenido. La gravedad del hecho, sin embargo, en cuanto no presenta especiales características, hace que no sea pertinente la inhabilitación, que deberá reservarse para los casos de mayor gravedad, siendo de aplicación la suspensión del empleo de policía durante el tiempo de la condena, 1171/2006, de 27 de noviembre [LA LEY 150059/2006] (solución adoptada también en 1633/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8901/2001]).

Sobre la viabilidad de la imposición como pena accesoria de la privación de los derechos inherentes a la patria potestad o de la extinción de la tutela, curatela, guarda o acogimiento, ver comentario al art. 46.

A modo de conclusión, establece la consulta 2/2000, de 14 de diciembre, de la FGE que:

1.^a Los señores Fiscales cuando pidan que se imponga una pena de prisión de hasta diez años, deberán asimismo solicitar que se impongan las siguientes penas accesorias durante el tiempo de la condena:

a) en todo caso, la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo;

b) además, cuando el acusado desempeñe un empleo o cargo público, también la suspensión de empleo o cargo público.

2.^a Habrá de solicitarse la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, especificando concretamente cuál o cuáles son los derechos a que alcanza la inhabilitación, únicamente cuando éstos hayan tenido relación directa con el delito y el penado se haya aprovechado de ellos para cometerlo. En este caso habrá de solicitarse también la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo. Y si el acusado desempeña un empleo o cargo público, salvo que se haya pedido concretamente la inhabilitación especial para empleo o cargo público, se habrá de pedir también la suspensión de empleo o cargo público, Consulta 2/2000 de la FGE.

Artículo 57.

1. Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la imposición de una o varias de las prohibiciones contempladas en el art. 48, por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave.

No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo supe-

rior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea.

2. En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del art. 48 por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

3. También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el art. 48, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 48, 83, 153 y 173.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción anterior la dada por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 junio, en vigor desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«Los Jueces o Tribunales, en los delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias, dentro del período de tiempo que los mismos señalen que, en ningún caso, excederá de cinco años, la imposición de una o varias de las siguientes prohibiciones:

a) La de aproximación a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

b) La de que se comunique con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

c) La de volver al lugar en que se haya cometido el delito o de acudir a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos.

También podrán imponerse las prohibiciones establecidas en el presente artículo, por un período de tiempo que no excederá de seis meses, por la comisión de una infracción calificada como falta contra las personas de los arts. 617 y 620 de este Código».

Con anterioridad, este artículo siguió la redacción dada por la LO 11/1999, de 30 de abril, en vigor desde el 22 de mayo de 1999 hasta el 9 de junio de 1999, siendo la redacción vigente entre el 24 de mayo de 1996 y el 21 de mayo de 1999 la redacción dada por la LO 10/1995.

La pena de prohibición de aproximación a la víctima de un delito viene regulada en el art. 57 CP y aunque se halla sistemáticamente ubicada entre las penas accesorias tiene incuestionablemente un tratamiento peculiar dentro de aquellas penas accesorias, al punto de haber sido calificadas esta relación de prohibiciones como penas «accesorias impropias» (señala 1054/2002, de 6 de junio [LA LEY 10121/2003]), que pena accesoria la llama el legislador, aunque la doctrina la viene considerando más próxima a las medidas de seguridad, por su finalidad —evitar la repetición de hechos delictivos— y por su fundamento —la peligrosidad del delincuente a la que expresamente se refiere el texto de este art. 57—; el hecho de que el art. 57 del Código Penal considere que se trata de una prohibición condicionada a la concurrencia de determinadas circunstancias, abona la tesis de que se trata de una verdadera medida de seguridad, complementaria de la pena (369/2004 de 11 de marzo [LA LEY 1408/2004]), en cuanto no se declara que otras penas las llevan consigo, sino otros delitos y su duración no se vincula a la pena principal frente a la norma general del art. 33.6 y precisamente porque no les llevan consigo otras penas no es de aplicación la regla del art. 79 CP ni pueden ser impuestas sin petición de parte (en este sentido también, 1426/2003, de 31 octubre [LA LEY 174834/2003]), pero su imposición resulta ser facultativa para el Juez o Tribunal, lo que constituye un elemento de sustancial diferencia con las penas accesorias previstas en los arts. 54 a 56 CP, de preceptiva imposición legal y que enlaza obligadamente con el principio acusatorio y el carácter rogado de las penas, quedando con ello sometido el ejercicio de la facultad de su imposición, en el caso de las prohibiciones del art. 57 a la previa petición de las partes acusadoras. Por otro lado, directamente relacionado con el carácter facultativo de la imposición de alguna de las prohibiciones del art. 57 CP se encuentra la ineludible carga que pesa sobre el órgano judicial que decide su imposición de explicitar en su resolución las circunstancias consideradas como determinantes de la prohibición impuesta, estableciéndose en el referido precepto los parámetros legales que han de determinar su imposición, cuando alude el precepto de manera expresa y alternativa a «la gravedad del hecho o al peligro que el delincuente represente» (935/2005, de 15 de julio [LA LEY 1752/2005]).

Pues bien, el presupuesto indispensable para adoptar una decisión de esta naturaleza radica en que nos encontremos ante uno de los delitos que se explicitan en el primer párrafo del art. 57 CP (935/2005, de 15 de julio [LA LEY 1752/2005]). La Sala de Casación no puede entrar a revisar las penas accesorias del art. 57, si consta acreditado que concurrió el requisito de haberse perpetrado alguno de los delitos de tal relación (110/2000, de 12 de junio [LA LEY 9002/2000]). El delito de asesinato debe entenderse incluido en la expresión legal homicidio, tanto por razones de lógica jurídica contrarias a excluir de la previsión legal conductas en las que concurren circunstancias —alevosía— que incrementan el desvalor de la acción, como porque el Título I del Libro II del Código Penal en el que se penaliza el delito de asesinato, lleva por rúbrica «Del homicidio y sus formas» (734/2002, de 17 de abril [LA LEY 5920/2002]).

Junto a esto, **la peligrosidad y la gravedad del delito que debe tenerse en cuenta es precisamente la que se expresa en la comisión del hecho y sea deducible de él.** En definitiva, la peligrosidad valorable **no es la subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros, sino la peligrosidad objetiva que es inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia.** Situación objetivamente peligrosa en sí misma,

dada la probabilidad de enfrentamientos mutuos, por razón de la propia naturaleza del hecho ya cometido (1429/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 852/2001], 1359/1999, de 2 de octubre [LA LEY 128/2000], 29 de enero de 1990 [LA LEY 22955-JF/0000]). Señala a su vez la 935/2005, de 15 de julio [LA LEY 1752/2005], que la gravedad de los hechos puede ser calibrada con datos de carácter objetivo que, en este caso, se presentan como indiscutibles. Ahora bien, la peligrosidad del autor, hay que valorarla y pronosticarla en función de una serie de factores que entendemos que no sólo son personales. Es necesario conjugar la personalidad del delincuente con un pronóstico aproximado e incierto de reinserción, junto con factores complementarios, como los que pueden derivarse del peligro añadido, de la reaparición del delincuente en el lugar del delito donde el recuerdo podría estar muy arraigado y la sensibilidad de las víctimas —también las indirectas—, podría verse afectada. Hasta ahora se venía estimando que la medida era aconsejable porque la presencia del autor podía desatar o generar la violencia entre los diversos protagonistas, activos y pasivos, del hecho delictivo. Por ello la medida podría resultar innecesaria si, por las circunstancias personales y sociales se hubiera producido la reconciliación, debido al perdón solicitado o simplemente por la generosidad de las víctimas, en estos casos, la medida carecería de sentido porque la ofensa o conturbación que podrían sufrir los principales protagonistas estaría atenuada, o casi desaparecida (935/2005, de 15 de julio [LA LEY 1752/2005]).

No podemos desconocer que con esta medida, que, según vemos en 369/2004 de 11 de marzo [LA LEY 1408/2004], equivale a un destierro, se puede incidir sobre bienes constitucionales, cuya afectación no estaba prevista por el legislador. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, su derecho a la libre circulación se encontraría limitado, en cuanto que existiría una zona del territorio a la que no podía encaminarse, lo que limitaría el derecho reconocido en el art. 19 CE, recayendo sobre una persona que al cumplir la pena de prisión ya no está privada de libertad. Asimismo las posibilidades de reinserción social serían menores si se le privase de la posibilidad de vivir con su familia y acceder a un puesto de trabajo, lo que supondría una confrontación con el art. 25.2 CE que establece que las penas estarán encaminadas a la racionalización y reinserción social. La víctima puede y debe exigir que se le repare en la mayor proporción posible la lesión de los bienes jurídicos que han sido vulnerados pero, en el caso del alejamiento posterior al cumplimiento de la pena, no se trata de un bien jurídico del que sea titular, sino de una medida de prevención general que, sin descuidar sus sentimientos, está más bien encaminada a la protección de la concordia social y a la evitación de males adicionales (935/2005, de 15 de julio [LA LEY 1752/2005]).

El art. 57.2 CP ha sido objeto de diversas cuestiones de inconstitucionalidad: 6563-2006, planteada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida (toda vez que la víctima, que en pleno uso de su libertad personal decide reconciliarse y volver a convivir con el acusado, encuentra mediatizado ese derecho por aplicación del precepto mencionado, que no le permite volver a encauzar su relación sentimental, viéndose obligada, por imperativo legal, a algo contrario a sus deseos, como es la ruptura de la relación o, cuando menos, su interrupción temporal, mientras esté vigente la prohibición de aproximación. Ni la pena de privación de libertad más grave, cual es la prisión, conduciría a un resultado semejante, puesto que permitiría, en cualquier caso, a la perjudicada hacer uso, si quisiera, de su derecho a visitar al condenado en el centro penitenciario, en la forma establecida por las Leyes. Así las cosas, la Sala entiende que el carácter preceptivo del que se ha dotado a este tipo de penas, en la redacción actual del art. 57.2 CP, inadmitida por STC 141/2008, de 30 de octubre [LA LEY 158304/2008]; 594-2006, planteada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona (el legislador pretende conseguir con la

imposición de la prohibición de aproximación es, lógicamente, el de preservar a la víctima de un potencial riesgo de reiteración de la conducta criminosa por parte del condenado. En este caso, quedando las finalidades preventivas generales y especiales garantizadas en el art. 153 CP por la vía de la imposición de las penas de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad, resulta que el legislador presume que es necesario proteger a la víctima y aplicar «en todo caso» una pena accesoria que supone una fuerte injerencia en la libertad del sujeto, como lo es la prohibición de acercamiento o de comunicación. Así, y sin dejar opción al órgano sentenciador para valorar la necesidad de esa protección, se impone, incluso en su caso frente a la oposición de la propia víctima, una pena que afecta a una pluralidad de intereses y derechos del autor de los hechos), inadmitida por STC 140/2008, de 28 de octubre [LA LEY 163880/2008]; 640-2005, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de los de Arenys de Mar (la duda de constitucionalidad se ciñe a casos como el presente, en los que el ilícito cometido por el cónyuge, pariente o cualquier otra de las personas enumeradas en el primero de los mencionados preceptos, no reviste especial gravedad o significación. En este caso, el Juzgador afirma que, tras la prueba practicada en la vista oral celebrada, se encontraron pruebas suficientes para estimarlo autor de una agresión física que produjo a su pareja lesiones de escasa entidad, consistentes en equimosis de 3 por 1,5 cm en la región malar izquierda, dolor en esa región y erosión en fase de costra de 2 por 0,7 cm en cuello, de las que tardaría en curar previsiblemente siete días, sin restarle secuela alguna. Es decir, un caso en el que los hechos, de no mediar relación sentimental, debieran incardinarse en el art. 617.1 CP, es decir, revestirían la condición de falta y que por mor de esa relación sentimental se transforman en delito, y en el que la propia víctima ha manifestado expresamente en el curso de la vista oral su voluntad de que no se impusiera la medida de alejamiento), inadmitida por STC 139/2008, de 28 de octubre [LA LEY 163881/2008]; 663/2008 planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Cádiz, [al disponer la pena correspondiente al delito se impone una conducta, no sólo al penado, sino también a la víctima, cuando ésta no desea romper la relación de convivencia. Iniciada la liquidación de la condena, el mantenimiento de la relación de convivencia por deseo expreso de la víctima supondría desde el punto de vista formal una autoría por inducción al delito de quebrantamiento de la condena. Así, al resultar de la pena impuesta al penado una limitación de sus derechos para la víctima, en definitiva, otra pena, se ofenden tanto la garantía criminal como la jurisdiccional (arts. 25.1 y 24.2 CE), provocando consecuencias que, por absurdas, han sido corregidas por el Tribunal Supremo], inadmitida por ATC 127/2008, de 22 de mayo [LA LEY 92903/2008]; 305/2007, planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Cáceres, inadmitida por **ATC 202/2007, de 27 de marzo.**

La solución jurisprudencial a los escenarios planteados por las cuestiones de inconstitucionalidad con respecto a la relevancia típica del quebrantamiento de la pena accesoria impuesta aun con el consentimiento de la víctima (se anuncia que se considera típica) es resumida por la SAP Madrid 489/2009, de 19 de mayo [LA LEY 95521/2009]. Por lo que se refiere al consentimiento de la víctima es de todos conocida la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2005 (Pte. Jiménez García) que vino a señalar que si bien «No cabe duda de la naturaleza de pena —pena privativa de derechos— que tiene la prohibición de aproximación a la víctima, según el art. 39 CP, pena que ya tuvo tal carácter a partir de la LO 14/1999, así como de la naturaleza delictiva de su incumplimiento», según el art. 468 CP y que «tampoco cabe duda de que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado. Las penas se imponen para ser cumplidas y lo mismo debe decirse de la medida de alejamiento como medida cautelar». Sin embargo, «no obstante, las reflexiones anteriores ofrecen interrogantes cuando se predicen de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. En uno y otro caso, la efectividad de la me-

didada depende —y esto es lo característico— de la necesaria e imprescindible voluntad de la víctima —en cuya protección se acuerda— de mantener su vigencia siempre y en todo momento». Y ante la pregunta de «¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla? Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 CP, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja cuyo derecho más relevante es el derecho a “vivir juntos”, como recuerda las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras. Por otra parte, es claro que la vigencia o anulación de la medida no puede quedar al arbitrio de aquella persona en cuya protección se otorga, porque ello la convierte en árbitro de una decisión que no sólo le afecta a ella, sino también a la persona de quien se debe proteger, por lo que un planteamiento que dejara la virtualidad de la medida a la voluntad de la persona protegida, tampoco es admisible por la absoluta falta de seguridad jurídica para la otra persona, que prácticamente podría aparecer como autor del quebrantamiento según la exclusiva voluntad de la protegida, además de que ello supondría dejar la efectividad del pronunciamiento judicial a la decisión de un particular, lo que no le consiente la naturaleza pública de la medida». Concluyendo la meritada Sentencia con que «En esta materia parece decisión más prudente, compatibilizando la naturaleza pública de la medida dando seguridad jurídica a la persona, en cuya protección se expide, y al mismo tiempo, el respeto al marco inviolable de su decisión libremente autodeterminada, estimar que, en todo caso, la reanudación de la convivencia acredita la desaparición de las circunstancias que justificaron la medida de alejamiento, por lo que ésta debe desaparecer y queda extinguida, sin perjuicio que ante una nueva secuencia de violencia se pueda solicitar y obtener —en su caso— otra medida de alejamiento». Y con que «Podemos concluir diciendo que en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior conviviente, la decisión de la mujer de recibirle y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone de facto el decaimiento de la medida de forma definitiva, por lo que el plazo de duración de la medida fijado por la autoridad judicial, quedaría condicionado a la voluntad de aquélla, sin perjuicio de que ante un nuevo episodio de ruptura violenta pueda solicitarse del Juzgado, si es preciso para la protección de su persona, otra resolución semejante. No obstante, la doctrina expuesta fue matizada por las Sentencias de 20 de enero de 2006 al indicarse en la misma que ya se señala en la Sentencia anteriormente transcrita, que ya se afirma, con carácter general, que el cumplimiento de una pena no puede quedar al arbitrio del condenado, y lo mismo debe decirse de la medida de “alejamiento como medida cautelar”». Solamente un consentimiento firme y relevante por parte de la víctima, puede ser apreciado a los efectos interesados por el recurrente, y siempre desde la óptica propuesta de un error invencible de tipo. Y más recientemente la Sentencia de 19 de enero de 2007 al establecer que «la vigencia del bien jurídico protegido no queda enervada o empañada por el consentimiento de la mujer, ya que es el principio de autoridad el que se ofende con el delito de quebrantamiento de medida. Ciertamente que tal medida se acuerda por razones de seguridad en beneficio de la mujer, para la protección de su vida e integridad corporal —que tampoco son bienes jurídicos disponibles por parte de aquélla— pero en cualquier caso no es el bien jurídico que directamente protege el precepto (STS núm. 1156/2005, de 26 de septiembre y núm. 69/2006, de 20 de enero)», pero es que, además y en todo caso, la cuestión que se aduce ha sido resuelta definitivamente por el Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de

fecha 25 de noviembre de 2008 [LA LEY 286728/2008] al establecer que el consentimiento de la víctima no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del Código Penal, ni siquiera en los supuesto de medidas cautelares de alejamiento.

Con respecto a la antigua redacción del art. 57 antes de la última modificación (apartado 1.º: *No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo hará por un tiempo superior entre uno y 10 años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la Sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años, si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea*):

Ningún inconveniente legal hay para situar el inicio de esta prohibición de residencia en el momento en que termina la privación de libertad inherente a la pena de prisión, aunque debe tenerse en cuenta, para la debida seguridad de la víctima que constituye el fundamento de este precepto del art. 57 y concordantes del CP, la posibilidad de salida del establecimiento penitenciario, por ejemplo durante los permisos carcelarios o el período de libertad condicional. **El tiempo del comienzo de la mencionada prohibición de residencia ha de empezar cuando comience a disfrutar de permisos carcelarios, o del período de libertad condicional, o se produzca la salida de la prisión por cualquier otra causa con la debida autorización** (1471/2000, de 2 de octubre [LA LEY 853/2001]).

El art. 57, lo mismo que el art. 67 CP anterior, **conceden al Tribunal** que acuerda esta clase de pena **una doble discrecionalidad** que alcanza tanto a la **duración de la pena** como a la **determinación del momento inicial para su cómputo** (1471/2000, de 2 de octubre [LA LEY 853/2001], 445/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5526/1999], 1021/1996, de 5 de diciembre [LA LEY 956/1997]).

SECCIÓN 6.^a

Disposiciones comunes

Artículo 58.

1. El tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente será abonado en su totalidad por el Juez o Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación fue acordada.

2. El abono de prisión provisional en causa distinta de la que se decretó será acordado de oficio o a petición del penado y previa comprobación de que no ha sido abonada en otra causa, por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en que se encuentre el penado, previa audiencia del ministerio fiscal.

3. Sólo procederá el abono de prisión provisional sufrida en otra causa cuando dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos que motivaron la pena a la que se pretende abonar.

4. Las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente.

CONCORDANCIAS

CE: art. 17.4.

CP: art. 34.

CPM: art. 27.

LECrim.: arts. 502 a 519 y 764.4.

LOGP (§ 3.1): arts. 5 y 8.

RP (§ 3.2): arts. 96 y ss.

LOPJ: arts. 23.2.c) y 294.

L de 17 de enero de 1901 sobre abono del tiempo de prisión preventiva en las causas criminales.

Circular de la FGE 2/2004, de 22 de diciembre.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión.

2. Igualmente, se abonarán en su totalidad, para el cumplimiento de la pena impuesta, las privaciones de derechos acordadas cautelarmente».

Una interpretación literal del precepto mencionado podría llevar a soluciones excesivamente rigurosas en perjuicio del reo, si tenemos en cuenta que pueden darse supuestos en los que la aplicación estricta del requisito cronológico impida el abono en relación con otras causas sin que se produzca tal situación de impunidad, en cuyo caso parece razonable llevar el momento relevante al conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva (2394/2001, de 18 de septiembre).

La regla general del abono de la prisión provisional ha de tener una excepción por evidentes razones de prevención del delito y de seguridad pública, en los casos en que el reo, que sufrió la prisión provisional no computable en la propia causa, pudiera delinquir sabiendo que la pena por esa posterior infracción no habría de sufrirla, sentimiento de impunidad que constituiría un manifiesto peligro, que ha de evitarse con la **prohibición de que ese traslado de la prisión preventiva de un proceso a otro pueda realizarse respecto de los hechos posteriores a la resolución absolutoria** —o condenatoria pero con penas inferiores al tiempo de prisión preventiva— (1812/2000, de 22 de noviembre [LA LEY 212881/2000], 536/1993, de 13 de marzo [LA LEY 3088-5/1993], 2527/1992, de 24 de noviembre [LA LEY 15122-R/1993], etc.), pues en otro supuesto se daría una «licencia para delinquir» (383/1998, de 23 de marzo [LA LEY 4444/1998], 808/2000, de 11 de mayo [LA LEY 97784/2000], 1449/1998, de 27 de noviembre [LA LEY 1097/1999]), de tal forma que sólo a partir del momento en que tal Sentencia fue conocida por el interesado cabe decir que éste puede actuar con el mencionado sentimiento de impunidad que

constituye el fundamento de la limitación o excepción expresada en la frase final del art. 58.1 (808/2000, de 11 de mayo [LA LEY 97784/2000] transcrita por 2394/2001, de 18 de diciembre, y en este sentido, 1021/2005, de 20 septiembre [LA LEY 2050421/2005]). Una interpretación literal del precepto mencionado podría llevar a soluciones excesivamente rigurosas en perjuicio del reo, si tenemos en cuenta que pueden darse supuestos en los que la aplicación estricta del requisito cronológico impida el abono en relación con otras causas sin que se produzca tal situación de impunidad, en cuyo caso parece razonable llevar el momento relevante al conocimiento por el condenado de su absolución o imposición de una pena por tiempo inferior al de la prisión preventiva (2394/2001, de 18 de septiembre). Ninguna tacha de inconstitucionalidad afecta a la argumentación referida a que no procede el abono del tiempo sufrido de prisión provisional en una causa en la que resulta absuelto en otras posteriores si los hechos enjuiciados en éstas son posteriores al conocimiento de la Sentencia absolutoria, pues ello implicaría una patente de impunidad inaceptable, **ATC 160/2004, de 6 de mayo**. En cuanto al conocimiento de la Sentencia absolutoria, la alegación resulta peregrina, pues es obvio que el interno forzosa y necesariamente era conocedor de la Sentencia absolutoria, dado que fue puesto en libertad precisamente al dictarse el fallo absolutorio, sin que concurra el requisito o presupuesto de la simultaneidad ni coetaneidad (AAP Barcelona, 615/2007, de 29 de octubre [LA LEY 235354/2007]).

Al sustituir la expresión «prisión preventiva» por «tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente», se consolida legalmente el criterio jurisprudencial conforme al cual en el cómputo del abono deberán incluirse aquellos períodos de privación provisional de libertad que no constituyen propiamente prisión preventiva, como la detención (AAP Almería 55/2007, de 3 de mayo [LA LEY 330092/2007]).

La duplicidad de sanciones en el ámbito de relaciones de poder especial no vulnera el principio *non bis in idem* desde el momento en que el bien jurídico protegido en cada una de las relaciones de poder (general-delito y especial-infracción administrativa) es diferente; **la imposición de una medida cautelar administrativa** se enmarca en esa protección del bien jurídico referido a la especial sujeción distinta de la sanción impuesta como consecuencia jurídica a un hecho típico constitutivo de delito dirigido al restablecimiento de la paz social derivado de la agresión delictiva. Impuesta por la Administración no afecta a la declaración jurisdiccional, por lo que no puede fundamentar el abono de la pena de suspensión (1194/1999, de 14 de julio [LA LEY 10038/1999]).

Si en el momento de la entrada en vigor del Código vigente, el reo estaba cumpliendo una condena que se vio reducida por la aplicación de la nueva ley penal más favorable, no se genera un derecho a la eficacia de esta nueva ley con anterioridad a ese momento, sino a partir del mismo. Por tanto, la Ley Penal más beneficiosa resultaría ya aplicada cuando se considera remitida la pena en el momento de entrada en vigor, sin que pueda mantenerse un grado de retroactividad superior compensándose a la nueva pena los excesos con respecto a la antigua (ATS 585/1997, de 25 de febrero de 1998).

En el caso de las deportaciones de miembros de la banda terrorista ETA no hubo privación preventiva de libertad, tal como dice el art. 58, y tampoco se está en presencia de medidas cautelares. Unas y otras deben haber sido impuestas por Juez competente en el proceso correspondiente. No en el marco en el que fue llevada la deportación, sin intervención judicial alguna (633/2002, de 21 de mayo [LA LEY 6485/2002]). En este caso, sean cual sean las restricciones de derechos que E. pudo haber sufrido, no se trataba de medidas cautelares acordadas por la justicia española.

Esas medidas de vigilancia a que estaba sometido en la República Dominicana y en El Ecuador iban unidas a la autorización que esos países que rechazaban entonces su entrega a España, le daban para residir, y estaban destinadas a evitar que pudiese continuar delinquir finalidad que no lograron. Es cierto que la iniciativa para su adopción podía deberse a las autoridades españolas que al ver frustrada su entrega interesaban al menos que se asegurase que no podían continuar delinquir, pero operaron a modo de condición precisamente para dar refugio a los acusados y mantenerlos fuera del alcance de la justicia española. Así no cabe admitir ninguna forma de compensación, máxime cuando no lograron impedir que la actividad delictiva continuase simultáneamente con la restricción, con lo que en cualquier caso su abono o la compensación estaría excluido por el art. 58.1 *in fine* CP, SAN 15/2001, de 17 de abril.

El Juzgado o Tribunal sentenciador —a través de la liquidación de condena— será el competente para acordar lo procedente en cuanto al abono de la prisión acordada en la misma causa que la de la pena impuesta mientras que corresponderá al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria la competencia para el abono de períodos de privación de libertad sufridos en otra causa, AAP Lérida 156/2007, de 23 de marzo. Deben atenderse las razones expuestas por el Juez de ejecutorias penales en cuanto que no es competencia del mismo la aplicación de la citada preventiva, sino el Juzgado de Vigilancia penitenciaria de la jurisdicción de la que dependa el centro penitenciario en el que se encuentre la penada, lo que es conforme con lo establecido en el artículo 58.2 del Código Penal, AAP Madrid 385/2009, de 22 de mayo [LA LEY 94716/2009].

Artículo 59.

Cuando las medidas cautelares sufridas y la pena impuesta sean de distinta naturaleza, el Juez o Tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada.

CONCORDANCIAS

CP: art. 58.

El art. 59 del Código Penal de 1995 previene la posibilidad, **no de un abono automático, sino de una compensación del tiempo preventivo sufrido** a una pena de distinta naturaleza, lo que presupone una resolución que tenga en cuenta la parte de la pena impuesta que podrá declararse cumplida, en virtud de la medida acordada con anterioridad a la ejecución de la Sentencia (1194/1999, de 14 de julio [LA LEY 10038/1999]). Es decir, que el legislador ha tenido en cuenta que **la equivalencia entre la pena aplicada y la gravedad del delito se debe observar incluso en el caso en el que, como consecuencia del delito, el Estado haya privado (legítimamente) al autor del mismo de derechos anticipadamente**. Dado que la pena es, por sí misma, una reducción del estatus del autor respecto de sus derechos fundamentales, es evidente que toda privación de derechos sufrida legítimamente durante el proceso constituye un adelanto de la pena que no puede operar contra el acusado. Si se negara esta compensación de la pérdida de derechos se vulneraría el principio de culpabilidad, pues se desconocería que el autor del delito ya ha extinguido una parte de su culpabilidad con dicha pérdida de derechos y que ello debe serle compensado en la pena impuesta (283/2003, de 24 de febrero [LA LEY 1454/2003], transcribiendo 934/1999, de 8 de junio [LA LEY 8127/1999]).

En el caso que nos ocupa, D. Óscar fue condenado, entre otras, a una pena de multa de 20.947,8 euros, con un día de privación de libertad por cada 500 euros impagados, multa que, por lo tanto, quedaría traducida a 41 días de privación de libertad. D. Óscar sufrió prisión provisional por esta causa desde el día 7 de abril de 2.005 hasta el día 6 de julio de 2.005, es decir, un total de 90 días. A partir del marco normativo anteriormente fijado y de los datos fácticos que han quedado consignados, es claro que la pena de multa impuesta al Sr. Óscar en la Sentencia recaída en el seno del presente proceso, ha de tenerse por totalmente ejecutada (AAP Guipúzcoa de 9 de abril de 2007 [LA LEY 180438/2007]).

Artículo 60.

1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

El Juez de Vigilancia comunicará al ministerio fiscal, con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional Primera de este Código.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente.

CONCORDANCIAS

CP: arts 80, 95 a 108, 133 y 134.

LECrim.: arts. 991 a 994.

LOGP (§ 3.1): art. 39.

Apartado 1 modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, de tal forma que *«se prevé que, cuando esté próximo el vencimiento de la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial o de deshabitación, se comunique al ministerio fiscal para que inste, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil»*: Exposición de Motivos de la LO 15/2003.

La anterior redacción fue la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, se suspenderá la

ejecución de la pena privativa de libertad que se le haya impuesto garantizando el Juez o Tribunal que aquél reciba la asistencia médica precisa.

2. Restablecida la salud mental del penado, éste cumplirá la sentencia si la pena no hubiere prescrito, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal, por razones de equidad, pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración, en la medida en que el cumplimiento de la pena resulte innecesario o contraproducente».

CAPÍTULO II

De la aplicación de las penas

SECCIÓN 1.^a

Reglas generales para la aplicación de las penas

Artículo 61.

Cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 15, 16, 27 a 31, 66, 192, 638.

Artículo 62.

A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 15, 16, 28, 64, 70, 71, 485.2, 638.

El art. 16 CP **no clasifica la tentativa** en acabada o inacabada, a diferencia de lo que ocurría en el CP anterior, en el que claramente se distinguía entre el delito frustrado (tentativa acabada), definido en el párrafo 2 del art. 3, y penado en el art. 51 con la pena inmediatamente inferior en grado, y lo que denominaba tentativa (tentativa inacabada) descrita en el párrafo 3 del mismo art. 3 y sancionada en el art. 52 con la pena inferior en uno o dos grados (280/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003]), **pero sigue teniendo relevancia la mayor o menor progresión ejecutiva en los casos de ejecución imperfecta**, para cuya determinación se ha de atender a un criterio objetivo como es el de un espectador imparcial pero a la vista del plan del autor (1793/2001, de 9 de octubre [LA LEY 179152/2001], 1319/2001, de 31 de julio [LA LEY 8896/2001]). En general, el criterio de esta Sala es que se baje en **un grado** la pena en el caso de **tentativa acabada** —frus-

tración en la redacción del CP/1973— o de gran desarrollo de la ejecución —así, 1078/1998, de 17 de octubre [LA LEY 10866/1998], 1160/1999, de 14 de julio, 1760/1999, de 15 de diciembre [LA LEY 3622/2000], 379/2000, de 13 de marzo [LA LEY 58221/2000], 755/2000, de 4 de mayo [LA LEY 7004/2000], ATS de 9 de junio de 2000 [LA LEY 118832/2000] y 1413/2001, de 16 de julio [LA LEY 1213/2002]—, y **en dos, en los supuestos de tentativa inacabada** o inidónea, y cuando la actividad desplegada por el delincuente no revele gran energía criminal —1188/1998, de 17 de octubre [LA LEY 10866/1998], 918/2000, de 26 de mayo, 622/2000, de 18 de marzo, 379/2000, de 13 de marzo [LA LEY 58221/2000], 755/2000, de 4 de mayo [LA LEY 7004/2000], 939/2000, de 1 de junio [LA LEY 9475/2000], 1284/2000, de 12 de julio, 1574/2000, de 9 de junio y 1437/2000, de 25 de septiembre [LA LEY 1822/2001]— (1012/2001, de 2 de junio [LA LEY 6686/2001], 977/2004, de 24 de julio [LA LEY 13857/2004], 28/2009, de 23 de enero [LA LEY 1185/2009], 107/2009, de 17 de febrero [LA LEY 7028/2009], 79/2009, de 10 de febrero [LA LEY 3339/2009]), **si bien no ha de bajarse en dos grados forzosamente** (280/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003]).

El art. 62 permite bajar uno o dos grados la pena prevista para el delito consumado y luego nos dice que para determinar la pena concreta en cada caso han de tenerse en cuenta, de modo preceptivo, dos criterios: 1.º) el peligro inherente al intento, 2.º) el grado de ejecución alcanzado (280/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003]), lo que puede, respectivamente, identificarse con el desvalor del resultado y el desvalor de la acción (1047/2004, de 30 de septiembre [LA LEY 1820122/2004]). La referencia legal al peligro inherente al intento ha de entenderse como un elemento determinador de la pena que completa, perfeccionándola, la operación individualizadora de la concreta pena que se imponga al reo (838/2004, de 1 de julio [LA LEY 13642/2004]). Los dos criterios que utiliza el art. 62, peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado, es algo evaluable en los delitos de resultado, pero no en los delitos de peligro abstracto, cuya punibilidad tiene origen en la situación de peligro eventual que nace de las conductas típicas (323/2006, de 22 de mayo [LA LEY 43924/2006]).

Tal art. 62 obliga al Tribunal o Juzgado que tiene que sancionar una tentativa de delito a tener en cuenta esos dos criterios y a razonar sobre su aplicación al caso en el capítulo de la Sentencia correspondiente a un aspecto de su motivación (art. 120.3 CE), el relativo a la individualización de la pena, A 481/2008, de 12 de junio [LA LEY 74405/2008]. La Sala Segunda ha declarado reiteradamente que **la rebaja en un grado es obligatoria**, partiendo del contenido del citado art. 62 (en este sentido, 401/1999, de 10 de marzo [LA LEY 3385/1999]), y **facultativa en dos grados**, si bien no es totalmente uniforme en la revisabilidad en casación de tal facultad de la Sala sentenciadora (2075/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1754/2003]); lo impide (421/1998, de 16 de marzo [LA LEY 3577/1998]), y lo permiten (959/1998, de 8 de octubre [LA LEY 10383/1998] y 118/1999, de 1 de febrero [LA LEY 2353/1999]). La jurisprudencia, finalmente —7 de febrero [LA LEY 69899-NS/0000], 11 de febrero de 1986 y 14 de diciembre de 1986, 14 de junio de 1988 [LA LEY 112571-JF/0000], 5 de diciembre de 1989 [LA LEY 2016-JF/0000], 20 de enero de 1991 y 5 de diciembre de 1991 [LA LEY 2507-JF/0000], 1924/2000, de 14 de diciembre [LA LEY 2679/2001], y 1863/2001, de 20 de octubre [LA LEY 1264/2002]—, ha entendido que **no es revisable en casación la determinación de la pena verificada por el Tribunal de instancia en ejercicio del arbitrio concedido por el legislador, siempre que se motive de forma suficiente o que las razones dadas no sean arbitrarias** (610/2002, de 28 de mayo [LA LEY 101739/2002], 520/2003, de 15 de septiembre [LA LEY 141084/2003] A 1428/2005, de 21 de julio [LA LEY 298076/2005], A 633/2004, de

22 de abril [LA LEY 295715/2004], A 1699/2003, de 16 de octubre [LA LEY 237614/2003]). La absoluta y total omisión de toda consideración a los motivos por los que se aplica la rebaja en un grado y no en dos, como la Ley permite, transforma la discrecionalidad del Juzgador en arbitrariedad, 79/2009, de 10 de febrero [LA LEY 3339/2009]. El silencio a este respecto daría lugar, en caso de recurso de casación, en principio, a la devolución de las actuaciones para que se corrigiera la grave irregularidad. Sin embargo, la doctrina de la Sala Segunda ha establecido que en estos supuestos, y con el fin de evitar las notables dilaciones que acarrearía, la falta de motivación puede ser subsanada en casación siempre que el recurso formule un motivo de fondo que permita el pronunciamiento sobre la corrección o incorrección de la resolución adoptada en la instancia (592/2002, de 27 de marzo). En caso de que la patente infracción de los arts. 120.3, 9.3 y 24.1 de la Constitución radique en una ausencia intensa de elementos motivadores sobre los que pudiera actuar la revisión casacional y la solución a que llegase el Tribunal pudiera ser agravadora para el acusado, quien perdería la posibilidad de impugnación, se hace preciso declarar la nulidad de la Sentencia y devolver el proceso a la Audiencia a fin de que, por los mismos Magistrados, se dicte nueva resolución que contenga motivación suficiente (STS 1047/2004, de 30 de septiembre [LA LEY 1820122/2004]). No se considera falta de motivación la rebaja en un solo grado que obedece a la valoración que la Sala hace del grado de ejecución del delito «conforme previene el art. 62 del Código Penal», al que expresamente se remite. Esta referencia es ya suficientemente expresiva de que se considera el desarrollo delictivo como tentativa acabada. El razonamiento de una Sentencia, que se exprese de esta forma, adolece de laconismo y excesiva brevedad pero no llega a vulnerar por ello el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto permite conocer el criterio seguido en la decisión tomada (1793/2001, de 9 de octubre [LA LEY 179152/2001]).

En el supuesto de descenso de la pena en dos grados, el Juzgado de instancia no quedará sujeto a las reglas sobre individualización en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, establecidas en el art. 66 del CP (610/2002, de 28 de mayo [LA LEY 101739/2002], 1296/2002, de 12 de julio [LA LEY 132443/2002] y 522/1998, de 23 de abril [LA LEY 5997/1998], SAP Madrid 603/2009, de 20 de mayo [LA LEY 95273/2009], SAP Pontevedra 43/2009, de 19 de febrero [LA LEY 28237/2009], SAP Barcelona 252/2008, de 20 de octubre [LA LEY 219307/2008]).

Sobre la polémica sobre el castigo o impunidad de la denominada tentativa inidónea y/o delito imposible ver comentario al art. 16.

Artículo 63.

A los cómplices de un delito consumado o intentado se les impondrá la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para los autores del mismo delito.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 15, 16, 27, 29, 61, 62, 64, 66, 70, 71, 638.

CPM: art. 23.

Artículo 64.

Las reglas anteriores no serán de aplicación en los casos en que la tentativa y la complicidad se hallen especialmente penadas por la Ley.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16, 28, 29, 30, 62, 63, 143, 192, 354, 400, 423, 451, 464, 485, 495, 518, 576, 638.

Artículo 65.

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Apartado 1 modificado y apartado 3 añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para agravar o atenuar la responsabilidad sólo de aquellos en quienes concurran.

2. Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito».

Apartados 1 y 2

La comunicabilidad de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal entre los distintos partícipes de una infracción —y lo mismo cabe predicar cuando se trate de subtipos agravados, tipos cualificados o de circunstancias de concreción—, que se haya recogido en este artículo, distingue entre circunstancias subjetivas —párrafo primero— que sólo afectan a los partícipes en quienes concurran, y circunstancias objetivas, esto es, las que consistieren en la ejecución material de hecho o en los medios empleados para realizarla, las cuales servirán, únicamente, para agravar o atenuar la responsabilidad de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito, 12 de julio de 1990 [LA LEY 83/1991] (referida al antiguo art. 60 CP 1973, de exacta redacción que la primitiva redacción del art. 65 CP).

La agravante de **precio** afecta tanto al que ejecuta el hecho delictivo movido por la merced recibida o prometida, como al que entregó el precio o lo prometió, al establecerse en este artículo que las agravantes y atenuantes se extienden a todos los partícipes, en quienes concurren, cuando consistiesen en una causa personal, y a los partícipes que hubiesen tenido conocimiento de ellas en el momento de su cooperación para el delito, cuando la agravante o la atenuante consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarlo (2190/2002, de 11 de marzo de 2003 [LA LEY 12091/2003]).

La agravante de **disfraz** tiene carácter «instrumental o modal» y es, por tanto, siempre comunicable o accesoria respecto de todos los partícipes que hayan tenido conocimiento de que el autor u otros partícipes ejecutaban el hecho encubriendo su identidad (12 de diciembre de 1991 [LA LEY 928/1992], 636/1992, de 16 de marzo [LA LEY 1687/1992], 2681/1993, de 24 de noviembre [LA LEY 2057/1994], 1221/1997, de 11 de octubre [LA LEY 10360/1997], entre muchas otras). Existen, sin embargo, en la jurisprudencia de la Sala Segunda una serie de precedentes que han flexibilizado la estricta accesoriadad o comunicabilidad del uso del disfraz, dependiendo la aplicación del primero o del segundo párrafo del art. 65 CP de las circunstancias concretas del delito. Si el disfraz es un elemento necesario para un engaño requerido por la comisión del delito (casos de estafa, de allanamiento de morada, descubrimientos de secretos, etc.), se referirá a la «ejecución material del hecho o a los medios empleados» para dicha ejecución y, por lo tanto, será comunicable a todos los partícipes que tuvieren conocimiento del disfraz. Por el contrario, cuando el enmascaramiento tenga una función de aprovechamiento individual, como ocurre, por regla general, en los casos de ocultamiento de la identidad en delitos violentos, especialmente en el robo, la agravación estará regida por el párrafo 1.º del art. 65 CP, pues se tratará de una «causa personal» de agravación (519/2000, de 31 de marzo [LA LEY 154612/2000]).

La circunstancia de **alevosía** no puede extenderse al cómplice, si no consta ni en el hecho probado ni por la actividad probatoria de la causa que tuviera conocimiento el recurrente de los hechos determinantes de la agravante (13 de octubre de 1992 [LA LEY 1974-5/1993]). Si consta la participación del cómplice en la preparación de las circunstancias que sitúan a la víctima en situación de indefensión, la alevosía se extenderá a su conducta (19 de diciembre de 1990 [LA LEY 1142/1991]).

La no constancia del conocimiento de la existencia del **arma**, hace que se haya de entender (*in dubio pro reo*) que no hubo dolo en cuanto a este elemento del delito y obliga a que no pueda aplicarse la agravación específica (916/1994, de 28 de abril [LA LEY 3175/1994]). Sin embargo, **el concierto previo para cometer el delito de robo con violencia o intimidación, que no excluya a priori todo riesgo para la vida o integridad física de las personas, responsabiliza a todos los partícipes** del posible resultado lesivo, y por tanto, de la propia acción coactiva que consiste en el empleo de armas, de tal forma que aunque ésta sea utilizada únicamente por uno de los sujetos activos, su mayor peligrosidad se comunica a todos los demás partícipes (25 de enero de 1990 [LA LEY 1159-2/1990], 12 de julio de 1990 [LA LEY 83/1991] y ATS 14 de enero de 1991). *Sensu contrario*, si fue absolutamente imprevisible, se veda la aplicación de la responsabilidad por dolo eventual prevista por la jurisprudencia de la Sala Segunda para los supuestos de coautoría sin acción directa (596/1996, de 28 de septiembre [LA LEY 9871/1996]).

Apartado 3

Señalaba la jurisprudencia anterior a la modificación operada con la introducción del apartado tercero que el **extraneus** partícipe en hecho ajeno, responderá como partícipe del delito especial,

debiendo mantenerse la unidad del título de imputación y aplicar el principio de accesoriadad (10 de febrero de 1992, 52/1993, de 18 de enero de 1994, 1312/1994, de 24 de junio [LA LEY 14002/1994]). El que presta, pues, colaboración indispensable a la realización de un delito especial, no puede ser coautor, porque falta la calidad indispensable para que el delito se produzca, pero responderá como inductor, cooperador necesario o cómplice, pues la estructura misma del delito, construido sobre la base de los principios de la parte general, conducen a castigar al cooperador necesario con la misma pena que el autor material, aunque puede utilizarse, por vía indirecta, el contenido del art. 65 como determinante cuando haya lugar a ello, de una atenuante analógica del art. 9.10, en la actualidad 21.6.º, del mismo texto legal, a fin de obtener una mayor individualización de la pena (1203/1999, de 12 de julio [LA LEY 11766/1999]).

Hemos de reconocer igualmente que, en la reforma del Código Penal llevada a cabo por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1.º de octubre de 2004, se faculta expresamente a los Jueces y Tribunales para imponer al culpable *extraneus* la pena inferior en grado a la señalada por la Ley, precepto sin duda favorable a la acusada y por tanto aplicable retroactivamente a la misma, como se solicita en este motivo (v. art. 2.2 CP), 782/2005, de 10 de junio [LA LEY 12989/2005]. Con la modificación operada se resuelve definitivamente el problema de la situación del *extraneus* partícipe de un delito especial propio con una facultativa atenuación de la pena, **STSJ de las Islas Canarias 1/2009, de 15 de abril**. Tal y como señala 350/2005, de 17 de marzo [LA LEY 63240/2005], el condenado es, pese a su condición de funcionario público, un *extraneus* al hecho, pues el obligado al deber de veracidad es el agente de la Guardia Urbana y no Augusto quien induce al agente a infringir el deber de veracidad propio. Consecuentemente, y de conformidad con antecedentes jurisprudenciales, procede aplicar el art. 65.3 del Código Penal y reducir en un grado la pena correspondiente a la falsedad en documento oficial.

Artículo 66.

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3.ª Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma na-

turalidad, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7.^a Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

8.^a Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

CONCORDANCIAS

CE: art. 120.3.

CP: arts. 21, 22, 23, 52, 62, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 376, 383, 485.3.º, 579, 605.1, 607, 638.

CPM: arts. 22, 35 y 36.

Modificado por la LO 11/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2003, siendo la antigua redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2003:

«En la aplicación de la pena, los Jueces o Tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1.^a *«Cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia.*

2.^a *«Cuando concorra sólo alguna circunstancia atenuante, los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.*

3.^a *«Cuando concurren una o varias circunstancias agravantes, los Jueces o Tribunales impondrán la pena en la mitad superior de la establecida por la ley.*

4.^a *«Cuando sean dos o más las circunstancias atenuantes o una sola muy cualificada, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, según la entidad y número de dichas circunstancias.»*

Cuestiones generales

El principio acusatorio no impide que la resolución judicial imponga **una pena superior a la solicitada por la acusación** haciendo uso de las facultades de individualización de la pena que le han sido conferidas por la ley —SSTC 17/1988, de 16 de febrero [LA LEY 100731-NS/0000] y 43/1997 de 10 de marzo [LA LEY 4771/1997]; 26 de febrero de 1985 [LA LEY 9733-JF/0000], 108/1999, de 27 de enero, entre otras— (1777/2000, de 15 de noviembre [LA LEY 339335/2000], A 1757/2003, de 23 de octubre [LA LEY 237642/2003], SAP Pontevedra 111/2006, de 25 de mayo [LA LEY 86591/2006]), ya que, como reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, el principio acusatorio no alcanza a la determinación de la pena, que se rige siempre por el principio de legalidad (SAP Madrid 44/2006, de 31 de enero [LA LEY 80590/2006]).

En el **supuesto de descenso de la pena en dos grados en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el art. 62 (tentativa), el Juzgado de Instancia no quedará sujeto a las reglas sobre individualización en función de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, establecidas en el art. 66 del CP** (610/2002, de 28 de mayo [LA LEY 101739/2002], 1296/2002, de 12 de julio [LA LEY 132443/2002] y 522/1998, de 23 de abril [LA LEY 5997/1998], SAP Madrid 603/2009, de 20 de mayo [LA LEY 95273/2009], SAP Pontevedra 43/2009, de 19 de febrero [LA LEY 28237/2009], SAP Barcelona 252/2008, de 20 de octubre [LA LEY 219307/2008]).

Cuando **concorre una circunstancia eximente incompleta con otra circunstancia agravante** la regla penológica aplicable es el **art. 68 CP**, degradándose obligatoriamente la pena señalada por la Ley en un grado y conservando el juzgador la facultad discrecional de ampliar la rebaja penológica en otro grado más, con la exigible motivación razonada de la decisión que se adopte y, sobre la pena resultante, tomar en consideración el resto de las circunstancias agravantes o atenuantes ordinarias concurrentes para individualizar definitivamente la sanción (1849/1999, de 23 de diciembre [LA LEY 4556/2000]).

Tratándose de **un concurso de delitos con circunstancias modificativas**, la dosimetría penológica debe partir de la sanción que determinen las reglas especiales para la aplicación de las penas de los arts. 73 y ss., aplicándose con posterioridad las reglas del art. 66 CP (1346/1999, de 24 de septiembre [LA LEY 60/2000]).

La individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación no sólo en cuanto se refiere a la determinación de los grados o mitades a la que se refiere especialmente el citado art. 66, sino también en cuanto afecta al empleo de criterios inadmisibles jurídico-constitucionalmente en la precisa determinación de la pena dentro de cada grado o de la mitad superior o inferior que proceda, (767/2009, de 16 de julio [LA LEY 125096/2009], 716/2009, de 2 de julio [LA LEY 119130/2009], 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009]).

Art. 66.1. Regla 1.ª: Cuando concorra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

En estos casos **no se permite al juzgador una total discrecionalidad dentro de la mitad inferior o de la mitad superior de la pena** legalmente imponible y obrar así con preterición y perjuicio para la finalidad individualizadora de la pena. Los parámetros que antes establecía el 66.1 y ahora establece el 66.1.6.ª para la individualización de la pena no son sólo aplicables en el caso que sea de aplicación esa regla 1.6.ª, sino que también es de aplicación, aunque no se diga

expresamente en el texto legal, en los casos previstos en las reglas 1.^a y 3.^a del mismo artículo. La redacción del art. 66 se ha de entender como expresiva de una regla general en su regla 6.^a (antes 1.^a), que se completa y matiza en los casos de especie que expresan los restantes números del artículo. Habrá de motivarse, por tanto, la individualización concreta de la pena impuesta, siendo posible revisar en casación la corrección del razonamiento efectuado e incluso la posibilidad de suplir y completar en casación la ausencia de razonamientos. Cuando no pueda saberse cómo hayan podido ser los criterios mantenidos por el Tribunal ni si habrá de mantenerlos o modificarlos será necesario devolver la causa al mismo con el fin de que complete su resolución (680/2002, de 13 de abril [LA LEY 5942/2002]). Tal doctrina ha sido elaborada en las distintas Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a pronunciamientos sobre esta materia, de la que son exponente las SSTC 116/1998 de 2 de junio [LA LEY 7339/1998], 2/1999 de 25 de enero [LA LEY 1724/1999], 25/2000 de 31 de enero [LA LEY 4148/2000] y 108/2001 de 23 de abril [LA LEY 4317/2001].

Art. 66.1. Regla 2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

Recoge esta nueva redacción (con respecto a la contenida en el antiguo 66, regla 4.^a) las tesis establecidas por la jurisprudencia relativas a los casos **de concurrencia de dos atenuantes en los que la rebaja de la pena en un grado era preceptiva, pero la rebaja en dos grados era discrecional** (Acuerdo de la Sala de 23 de marzo de 1998, 823/1997, de 10 de junio [LA LEY 7858/1997], 8/1998, de 15 de enero [LA LEY 2236/1998], 1663/1998, de 28 de diciembre [LA LEY 2544/1999], 2044/2002, de 3 de diciembre [LA LEY 1130/2003]).

Es aplicable plenamente la jurisprudencia relativa a la **fundamentación y motivación** de la decisión, si bien es cierto que en este caso lo que **resulta razonado motivar es la rebaja en dos grados, pero no en uno, al ser esto último consecuencia automática de la concurrencia de dos circunstancias atenuantes** (886/2002, de 17 de mayo [LA LEY 1176524/2002]). *Sensu contrario*, establece la Sentencia 80/2000, de 26 de enero [LA LEY 4090/2000] que es doctrina consolidada de esta Sala que los arts. 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, **obligan a razonar la imposición de la pena inferior en un solo grado, sin que se exija razonamiento alguno, si el juzgador optara por el descenso en dos grados, es decir el más favorable al reo** (80/2000, de 26 de enero [LA LEY 4090/2000]), luego parece que lo más razonable es exigir la motivación en cualquier caso.

Art. 66.1 CP. Regla 3.^a Cuando concorra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito.

En estos casos **no se permite al juzgador una total discrecionalidad dentro de la mitad inferior o de la mitad superior de la pena** legalmente imponible y obrar así con preterición y perjuicio para la finalidad individualizadora de la pena. Los parámetros que antes establecía el 66.1 y ahora establece el 66.1.6.^a para la individualización de la pena no son sólo aplicables en el caso que sea de aplicación esa regla 1.6.^a, sino que también es de aplicación, aunque no se diga expresamente en el texto legal, en los casos previstos en las reglas 1.^a y 3.^a del mismo artículo. La redacción del art. 66 se ha de entender como expresiva de una regla general en su regla 6.^a (antes 1.^a), que se completa y matiza en los casos de especie que expresan los restantes números

del artículo. Habrá de motivarse, por tanto, la individualización concreta de la pena impuesta, siendo posible revisar en casación la corrección del razonamiento efectuado e incluso la posibilidad de suplir y completar en casación la ausencia de razonamientos. Cuando no pueda saberse cómo hayan podido ser los criterios mantenidos por el Tribunal ni si habrá de mantenerlos o modificarlos será necesario devolver la causa al mismo con el fin de que complete su resolución (680/2002, de 13 de abril [LA LEY 5942/2002]). Tal doctrina ha sido elaborada en las distintas Sentencias del Tribunal Constitucional relativas a pronunciamientos sobre esta materia, de la que son exponente las SSTC 116/1998 de 2 de junio [LA LEY 7339/1998], 2/1999 de 25 de enero [LA LEY 1724/1999], 25/2000 de 31 de enero [LA LEY 4148/2000] y 108/2001 de 23 de abril [LA LEY 4317/2001].

Señala la SAP Las Palmas 122/2008, de 20 de octubre [LA LEY 233185/2008], que el Juez a quo la impone en su mitad superior, dos años y seis meses, cuando la pena prevista para el delito del art. 147.1 es de seis meses a tres años de prisión. En el caso presente no ha concurrido ninguna circunstancia agravante. La imposición de la pena en el grado máximo debe calificarse de desproporcionada, máxime si tenemos en cuenta que ello vaciaría de contenido la eventual apreciación de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal, y ello por aplicación del principio de especialidad, pues si bien la regla 6.ª del art. 66 del Código Penal establece que: «Cuando no concurren circunstancias atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho», la regla 3.ª del mismo precepto, reserva la mitad superior de la pena establecida por la Ley, a los supuestos en los que concurre una o dos circunstancias agravantes, por lo que en ausencia de éstas, y en aplicación del principio de legalidad y especialidad no puede rebasarse el máximo de la mitad inferior de la pena, y que en el caso de autos serían un año y nueve meses de prisión. En tal tesitura, valorando las circunstancias personales del acusado, así como la gravedad del hecho, y dado que fue un ataque especialmente violento, y carente de motivación alguna, a una víctima con la que no guardaba ninguna relación, ni había tenido ningún tipo de enfrentamiento, consideramos ajustada la pena señalada de un año y nueve meses de prisión, que viene a ser el máximo de la mitad inferior prevista para el delito de lesiones del art. 147.1 del Código Penal. En sentido análogo, SAP Las Palmas 111/2008 de 28 de julio [LA LEY 264127/2008], **SAP las Palmas 23/2008, de 24 de enero**, SAP Las Palmas 5/2008, de 24 de enero [LA LEY 20798/2008].

Art. 66.1 CP. Regla 4.ª Cuando concurren más de dos circunstancias agravantes y no concorra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la ley, en su mitad inferior.

Las acusaciones particulares interesaron la pena de 15 años de prisión para el acusado, a la vista del veredicto del Jurado, concretando que concurrían en la conducta de Hugo tres agravantes de la responsabilidad penal, abuso de confianza, abuso de superioridad y haber sido la víctima cónyuge del agresor. No hicieron solicitud de la aplicación del contenido del art. 66, núm. 1, regla 4.ª, que establece que cuando concurren más de dos circunstancias agravantes, y no concurre atenuante alguna, podrían los Tribunales aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior. En virtud de tal posibilidad, como quiera que en esta Sentencia hemos apreciado la concurrencia de las 3 agravantes indicadas por las acusaciones particulares, la pena que se hubiese podido imponer, de hacer uso de tal facultad este Tribunal, era la de 15 años a 17 años y 6 meses de prisión. Al no haber interesado esta pena las acusaciones particulares que mantenían la concurrencia de 3 agravantes, este Magistrado-Presidente no puede hacer uso de

la facultad que otorga la regla 4.^a del núm. 1 del art. 66 del C. Penal, al impedírsele el principio acusatorio. El Pleno del Tribunal Supremo Sala de lo Penal ha acordado que no puede imponerse pena superior a la más grave de las acusaciones. La regla 4.^a del núm. 1 del art. 66 del C. Penal es facultativa y no preceptiva, y al no haberse interesado, no puede ser de aplicación (SAP Valladolid 35/2008, de 3 de marzo [LA LEY 46126/2008]).

Art. 66.1 CP. Regla 5.^a Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

La regla 5.^a del art. 66 CP sólo será aplicable cuando no concurra ninguna circunstancia atenuante, (consulta FGE 2/2004, de 26 noviembre). Cuando la circunstancia agravante de reincidencia cualificada definida en la regla 5.^a del art. 66 CP concurra conjuntamente con una o varias circunstancias atenuantes, será de aplicación la regla 7.^a del art. 66 CP, que obliga a valorar y compensar racionalmente todas las circunstancias concurrentes (consulta FGE 2/2004, de 26 noviembre).

En el ámbito del Derecho penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 CE está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad —protección del autor frente a las penas sobrevinidas—, se produciría un perjuicio para el sujeto. Y este principio debe llevar necesariamente a la imposibilidad de aplicar retroactivamente la super agravante introducida en el art. 66.5 CP —precepto formalmente de aplicación de pena—, es decir, imposibilidad de apreciarla cuando los hechos que determinen su aplicación sean anteriores a su entrada en vigor, pues el acusado se vería sorprendido por una super agravante que contemplaría hechos anteriores a la entrada en vigor de la misma, lo que supondría una aplicación retroactiva de norma penal desfavorable, aplicación no posible, AAP Tarragona (Sección 2.^a) de 8 junio 2005 [LA LEY 129068/2005]. En este caso, la mencionada agravante la introduce el Fiscal por haber sido el imputado condenado por Sentencia de 9-8-1991, firme el 20-1-1992, por delitos de robo con intimidación, por Sentencia de 4-6-1992, firme ese día, por el mismo delito y por Sentencia de 4-2-1994, firme ese día, por el mismo delito, señalándose que el acusado está cumpliendo tales penas en virtud de refundición de las mismas, siendo los hechos de 7-12-2004. En tanto la LO 11/2003, de 29 de septiembre, entró en vigor el 1 de octubre de 2003, cuando el A reproducido exige que los hechos que determinen su aplicación sean posteriores a su entrada en vigor se está refiriendo no sólo a los hechos ventilados en el proceso, si no a su vez a las condenas anteriores.

Art. 66.1 CP. Regla 6.^a Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

La Ley Orgánica 11/2003 ha retocado este art. 66 convirtiendo la regla primera en la regla sexta, y suprimiendo el aserto «razonándolo en la sentencia», lo que no puede ser interpretado como ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 CE (1376/2003, de 24 de octubre

[LA LEY 10137/2004], 1297/2003, de 9 de octubre [LA LEY 117/2004], 1099/2004, de 7 de octubre, ATS 1352/2004, de 23 septiembre). Aquí el legislador permite al Juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando en base a dichas consideraciones subjetivas y objetivas, cual debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial —siempre que se sobrepase de modo significativo el mínimo de la prevista en la ley (2233/1994, de 23 de diciembre [LA LEY 1032696/1994], 134/1997, de 7 de febrero [LA LEY 3237/1997], 1408/1997, de 24 de noviembre [LA LEY 11760/1997], 612/1998, de 29 de abril [LA LEY 6044/1998], 1806/2001, de 9 de octubre [LA LEY 1226/2002]), y sin que baste para entenderlo cumplido la mera y genérica alusión a las circunstancias que la Ley dispone se tengan en cuenta (455/2002, de 13 de marzo [LA LEY 5530/2002])—, y controlable en casación, por la vía de la pura infracción de ley (art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer las razones que sirven de soporte a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. Por otra parte, la motivación ha de ser la suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso así como la propia naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, teniendo presente que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión no siendo necesario explicitar lo obvio. Lo anterior no sólo es aplicable a las resoluciones judiciales en su conjunto (art. 120.3 CE) sino también a las decisiones concretas integradas en la misma, como es la individualización de la pena, 547/2004, de 5 de mayo, transcrita por 852/2004, de 30 de junio.

Su inexistencia no determina la nulidad de la Sentencia con devolución para su explicación por el Tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la Sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, si quiera sea implícitamente (225/2003, de 11 de febrero [LA LEY 12080/2003], 767/2009, de 16 de julio [LA LEY 125096/2009], 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009]). Ello no significa, naturalmente, que se releve a los redactores de la Sentencias penales de dedicar uno o varios apartados a tal función, que tiene una suma importancia práctica, ya que la Sala sentenciadora, una vez que razonó sobre la existencia del delito y de su autor, debe acometer la importante misión de atribuir al hecho punible la sanción que el Código Penal prevé en la medida que considere justa, o sea, legalmente aplicable al caso concreto enjuiciado, haciendo uso razonado de tal discrecionalidad, 767/2009, de 16 de julio [LA LEY 125096/2009], 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009]. Así es preferible que la propia sede casacional o bien **se ofrezca la fundamentación omitida si existen datos en el *factum* que permitan suplir aquella omisión** (158/1999, de 2 de febrero [LA LEY 4856/1999], 741/1999, de 13 de mayo, 67/2000, de 27 de enero [LA LEY 3682/2000], 117/2000, de 28 de enero [LA LEY 4171/2000], 429/2000, de 17 de marzo [LA LEY 6293/2000], 574/2000, de 31 de marzo [LA LEY 6104/2000], entre otras), **o caso contrario rectificar la pena imponiendo el mínimo legal, que por ello exige de motivación** (533/1999, de 29 de marzo [LA LEY 3833/1999], 579/1999, de 19 de abril [LA LEY 5626/1999], 981/1999 de 11 de junio [LA LEY 8749/1999], 963/2000, de 2 de junio, 1212/2000, de 5 de julio [LA LEY 9496/2000], 1501/2000, de 2 de octubre [LA LEY 214737/2000], 1746/2000, de 8 de noviembre [LA LEY 3925/2001], 1661/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 1316/2001], 27/2001, de 22 de enero [LA LEY 2888/2001], 1064/2002, de 7 de junio [LA LEY 1212273/2002], 1674/2002, de

10 de octubre [LA LEY 1876/2003], 106/2004, de 29 de enero [LA LEY 11965/2004], 665/2009, de 24 de junio [LA LEY 125077/2009]), **remitiendo al Tribunal de instancia para que dicte nueva Sentencia en los casos en los que, sin que existan datos en la Sentencia que permitan una cabal y ponderada individualización, no se crea oportuno aplicar el mínimo legal** (906/1999, de 7 de junio [LA LEY 10044/1999], 1009/1999, de 21 de junio [LA LEY 11089/1999], 1362/2000, de 5 de septiembre [LA LEY 4676/2001], 1868/2001, de 22 de octubre [LA LEY 941477/2001], 1428/2002, de 19 de julio [LA LEY 10184/2003]).

Las consideraciones subjetivas y objetivas, de las que hemos hablado, se concretan en la gravedad del hecho y en las circunstancias personales, sin que se trate de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (son factores de distinta naturaleza de los que integran las circunstancias modificativas, 678/2000, de 17 de abril [LA LEY 6681/2000]), ya que, en tal caso, su integración penológica se produce no como consecuencia de esta regla primera del art. 66, sino de las restantes reglas (1376/2003, de 24 de octubre [LA LEY 10137/2004], 1099/2004, de 7 de octubre, 767/2009, de 16 de julio) [LA LEY 125096/2009].

La gravedad del hecho, a que se refiere este precepto, no es la gravedad del delito, toda vez que esta «gravedad» habrá sido ya contemplada por el legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer (1376/2003, de 24 de octubre [LA LEY 10137/2004], 1297/2003, de 9 de octubre [LA LEY 117/2004], 225/2003, de 11 de febrero [LA LEY 12080/2003], 1478/2001, de 20 de julio [LA LEY 7277/2001], 123/2001, de 5 de febrero [LA LEY 2402/2001], 1661/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 1316/2001], 1685/2000, de 31 de octubre [LA LEY 1792/2001], 1552/2000, de 10 de octubre [LA LEY 49/2001], 1099/2004, de 7 de octubre, ATS 1352/2004, de 23 septiembre, 767/2009, de 16 de julio [LA LEY 125096/2009]); la ausencia de empleo de violencia o intimidación, se relaciona con el concreto tipo delictivo que ha aplicado el Tribunal de instancia (225/2003, de 11 de febrero [LA LEY 12080/2003]); el portar menos de 40 gramos de cocaína pura sí afecta a la gravedad del hecho, no siendo de excesiva gravedad y procediendo a rebajar la extensión de la pena (2207/2002, de 3 de enero de 2003 [LA LEY 1316509/2002]), quedando fijada la cuantía para la apreciación del subtipo agravado por la especial gravedad en 750 gramos (Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 [LA LEY 1135218/2001]); también la cercanía o alejamiento de la cifra de heroína incautada de los trescientos gramos netos (cuantía fijada por el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 [LA LEY 1135218/2001] para aplicar el subtipo agravado) afecta a la gravedad del hecho (1948/2002, de 20 de noviembre [LA LEY 246/2003]); también la duración bastante prolongada en el caso de la detención o el que el término de la misma no fuera determinado por la voluntad de los que retenían a la víctima del hecho (2124/2001, de 15 de noviembre [LA LEY 988600/2001]); la superioridad numérica de los agresores, la modalidad de la violencia empleada, la edad y especial vulnerabilidad de la víctima (1075/2001, de 1 de junio [LA LEY 762519/2001]); la utilización de armas de fuego no sancionada expresamente por no haberse acreditado que las armas fuesen reales y no simuladas (1790/2000, de 22 de noviembre [LA LEY 104/2001]).

Las circunstancias personales del delincuente son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica (1376/2003, de 24 de octubre [LA LEY 10137/2004], 1297/2003, de 9 de octubre [LA LEY 117/2004], 225/2003, de 11 de febrero [LA LEY 12080/2003], 1478/2001, de 20 de julio

[LA LEY 7277/2001], 123/2001, de 5 de febrero [LA LEY 2402/2001], 1661/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 1316/2001], 1685/2000, de 31 de octubre [LA LEY 1792/2001], 1552/2000, de 10 de octubre [LA LEY 49/2001], 1099/2004, de 7 de octubre, 767/2009, de 16 de julio [LA LEY 125096/2009]). Es circunstancia personal la perversidad del procesado (1644/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 908654/2001]); la edad de la persona, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y sus posibilidades de integración en el cuerpo social (1661/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 1316/2001]) que son distintas de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, S Tribunal Superior de Justicia de Madrid 7/2004 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª), de 8 marzo; la «energía y diversidad criminal» puesta de manifiesto en un historial de más de veinte condenas firmes por delitos que sin configurarse específicamente como una circunstancia agravante de reincidencia ha de ser tenido como delimitador de las circunstancias personales (8/2000, de 21 de enero [LA LEY 3677/2000]). No son circunstancias personales en este sentido la carencia de antecedentes penales, que está conectada con la reincidencia delictiva como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal ni la confesión de los hechos, que se relaciona con la circunstancia atenuante cuarta del art. 21 del Código Penal (225/2003, de 11 de febrero [LA LEY 12080/2003]).

Art. 66.1 CP. Regla 7.ª Cuando concurren atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.

Para la antigua redacción del art. 66, mediante Acuerdo del Pleno de la Sala de lo Penal de 27 de marzo de 1998 se estimó que:

«La concurrencia de agravantes y atenuantes inicialmente obliga a la aplicación de la regla 1.ª, en la que unas y otras deben ser objeto de compensación y ponderación. A partir de ahí el resultado puede ser: que permanezca un fundamento cualificado de atenuación y entonces se aplicará seguidamente la regla 4.ª (reducción de uno o dos grados); o que subsista una atenuación ordinaria como fruto de la compensación, en cuyo caso se aplicará la regla del núm. 1. De donde se sigue que la regla 4.ª del art. 66, cuando concurren también circunstancias agravantes, no obliga pero sí faculta a la imposición de la pena inferior en uno o dos grados».

Cuando la circunstancia agravante de reincidencia cualificada definida en la regla 5.ª del art. 66 CP concorra conjuntamente con una o varias circunstancias atenuantes, será de aplicación la regla 7.ª del art. 66 CP, que obliga a valorar y compensar racionalmente todas las circunstancias concurrentes. Si, como fruto de la citada valoración y compensación racional de circunstancias, persisten motivos para estimar subsistente la agravante cualificada de reincidencia, procederá aplicar la pena prevista en su mitad superior, como dispone con carácter imperativo el inciso final de la mencionada regla 7.ª. En ningún caso será aplicable la pena superior en grado, Consulta FGE 2/2004, de 26 noviembre.

Art. 66.1 CP. Regla 8.ª Cuando los Jueces o Tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

El art. 68 CP, cuando remite al art. 66 CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8.ª. Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda adoptado en su reunión de 1 de marzo de 2005.

Art. 66.2 CP. En los delitos imprudentes, los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

La discrecionalidad reglada de la determinación de la pena observada lo largo del análisis de las reglas del art. 66.1 se acentúa en los delitos imprudentes, dado que el apartado 2 del art. 66, previene que en estos casos los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin ajustarse a las reglas prescritas en el apartado anterior, 716/2009, de 2 de julio [LA LEY 119130/2009].

Artículo 67.

Las reglas del artículo anterior no se aplicarán a las circunstancias agravantes o atenuantes que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 21, 22, 23, 24, 121, 139, 142, 148, 153, 167, 174, 175, 180, 181, 182, 184, 188, 192, 198, 204, 213, 220, 221, 222, 226, 227, 229, 233, 314, 320, 322, 329, 369, 390, 394, 398, 404 a 449, 461, 463, 466, 471, 478, 482, 483, 485, 499, 500, 501, 502, 506 a 512, 515, 529 a 542, 552, 588, 599 a 603, 607 y 638.

La denominada regla de inherencia que asume el art. 67 CP (antiguo art. 59), despliega la aplicación del principio *non bis in idem*, proscribiendo la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo base (560/2000, de 5 de abril [LA LEY 6616/2000], 2132/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 1383/2003]).

La acusación particular con respecto a dicho delito solicitó la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía del art. 22.1 del CP; sin embargo, tal pretensión es inviable, toda vez que la edad de la víctima —nacida en fecha 21 de enero de 2001 y por tanto de cinco años de edad en la fecha de los hechos— ya ha sido tenido en cuenta por la acusación particular en su calificación jurídica de los hechos como lesiones del art. 148. 3 del CP, por lo que su nueva toma en consideración a los efectos de aplicación de la mencionada circunstancia agravante queda proscribida a tenor de lo prevenido en el art. 67 (SAP Barcelona 26/2009, de 14 de enero).

No puede apreciarse la circunstancia agravante de parentesco del art. 23 del Código Penal en virtud de la relación conyugal del acusado con la víctima al constituir precisamente dicha relación uno de los elementos objetivos del tipo penal aplicado (art. 153 del Código Penal) que requiere que los actos de violencia se perpetren entre otros sujetos pasivos contra el cónyuge o persona ligada a él por análoga relación de afectividad (SAP Madrid 472/2007, de 14 de junio [LA LEY 164096/2007]).

En tanto las circunstancias definitorias de la agravante del art. 22.2.º ni se tienen en cuenta por la Ley al describir o sancionar los delitos de agresión sexual, ni son de tal manera

inherentes a dichos delitos que sin la concurrencia de ellas no podrían cometerse, el art. 67 no resulta de aplicación en estos casos (2047/2002, de 10 de diciembre [LA LEY 756/2003], 220/2001, de 19 de febrero [LA LEY 716340/2001], 1918/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 891/2001], 1139/2000, de 25 de julio [LA LEY 9269/2000], 803/1999, de 24 de mayo [LA LEY 5310/1999], 1592/1998, de 16 de febrero de 1999 [LA LEY 3438/1999], 1234/1998, de 22 de octubre [LA LEY 563/1999], 999/1998, de 22 de julio, entre otras), **salvo en el caso concreto la edad haya sido un elemento esencial, entre otros, que el Tribunal a quo ha tenido en cuenta para establecer la intimidación**, es preciso admitir que existe una vinculación tan estrecha entre el elemento típico y la circunstancia agravante que la situación es materialmente idéntica y una nueva consideración de la edad como circunstancia agravante, vulneraría el principio de la prohibición de doble valoración de las circunstancias (507/1998, de 28 de mayo [LA LEY 6593/1998], 560/2000, de 5 de abril [LA LEY 6616/2000], 70/2005, de 25 de enero, 2012/2002, de 2 de diciembre [LA LEY 1133/2003]).

El Tribunal de instancia ha fijado en diez años de prisión la pena a imponer a este acusado como autor de un delito de agresión sexual con penetración vaginal, de los arts. 178 y 179 CP, teniendo en cuenta: 1) la naturaleza violenta de la agresión sexual cometida; 2) las circunstancias del lugar (descampado y de noche); 3) el aprovechamiento de que la víctima estaba desvalida haciendo sus necesidades entre dos coches; 4) las lesiones sufridas, tanto físicas como psíquicas recogidas en los respectivos informes ya analizados; y, 5) la realización del acto sexual a sabiendas de que padecía sida. De modo indudable, el lugar apartado y la oscuridad suelen ser circunstancias que concurren ordinariamente en la comisión de este tipo de delitos, por su propia naturaleza, y, por ello, si la especial agravación de la pena impuesta al acusado en el presente caso estuviera fundada únicamente en dichas circunstancias, habría que reconocer el fundamento de la impugnación (infracción de ley por aplicación indebida del art. 67 CP); mas como quiera que entendemos que las razones fundamentales de la decisión del Tribunal han sido otras, tales como el desvalimiento momentáneo de la víctima, y sobre todo el hondo sufrimiento de la víctima al conocer que el agresor tenía el sida, por lo que hubo de someterse al correspondiente tratamiento preventivo, todo ello, junto con el padecimiento inherente a la depresión mayor sufrida, como secuela de la agresión de que fue objeto (859/2009, de 13 de julio [LA LEY 125303/2009]).

En el caso de autos concurre la circunstancia agravante de prevalerse del carácter público que tenga el culpable, por su condición de Policía Local, en relación con el delito continuado de agresión sexual y en el delito de abusos cometidos con los menores Francisco José B. O. y Vicente S. S. (menores de trece años cuando acontecieron los hechos). No puede apreciarse la mencionada circunstancia agravante en relación con los delitos contra la libertad sexual de Alejandro G. A. y José Luis C., al amparo de lo dispuesto en el art. 67 del Código Penal, atendiendo a que se ha tenido en cuenta que se aprovecha del carácter público de Policía Local para integrar el prevalimiento de una situación de superioridad contemplado en el tipo de los abusos deshonestos, esto es, en el art. 181.3 del Código Penal (SAP Alicante 614/2000, de 25 de septiembre).

En el delito de robo con violencia el tipo del art. 242 CP prevé el uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevara el delincuente, constituyendo una agravación específica, de forma que las mismas no pueden determinar la situación objetiva en que consiste el abuso de superioridad en la mayoría de los casos, como tampoco el número de los partícipes fuera de los casos taxativamente previstos en el número segundo del art. 22 CP, es decir, servirse del auxilio de otras personas, evidentemente fuera del círculo de los autores (335/2007, de 28 de marzo [LA LEY 17333/2007], SAP Madrid, 889/2007, de 3 de septiembre [LA LEY 163733/2007]).

La ingesta de sustancias estupefacientes es uno de los elementos imprescindibles y absolutamente necesarios para la comisión del delito previsto en el art. 379 del CP. La jurisprudencia también es clara en este sentido, y aunque citemos varias Sentencias que se refieren a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, dichas resoluciones son plenamente aplicables al presente supuesto. Y así por ejemplo, la STS de 27-11-1989 señala al respecto que «(...) la atenuante de embriaguez es inaplicable al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas —art. 340 bis.a) 1.º del Código Penal—, por cuanto el conducir embriagado constituye la sustancia del propio tipo penal —v. Sentencias de 2 de junio de 1969 y de 2 de marzo de 1971, entre otras—. La Sentencia de 20 de enero de 1972, por su parte, declaró también que la embriaguez no es apreciable como atenuante en los delitos imprudentes porque tal embriaguez constituye la culpa misma y por tratarse de un supuesto de *actio liberae in causa* (...)». En el mismo sentido, la SAP de Granada de 3-5-2000 señala la imposibilidad de aplicar la embriaguez como circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal en los delitos contra la seguridad del tráfico, cuando afirma que «(...) la situación de embriaguez en lo que se refiere al delito contra la seguridad del tráfico no puede apreciarse ni como eximente —aparte de que no se acreditan los requisitos que la configuran— ni tampoco como simple atenuante, en cuanto que integra un elemento del tipo, ya que es preciso que las facultades físico-psíquicas, estén disminuidas para la conducción que ejercía, como consecuencia de la ingesta de bebidas alcohólicas (...)». También la SAP de Jaén de 20-1-2000 se pronuncia en este sentido cuando reitera dicha incompatibilidad diciendo que «(...) No obstante lo anterior, a la vista de los propios hechos probados de la Sentencia de instancia, que estima acreditada la ingesta previa del alcohol, y que ésta impedía al acusado el adecuado control del vehículo haciendo zigzag y a gran velocidad, y de la prueba practicada al efecto, testifical que se examina en el fundamento de derecho primero de la Sentencia, procederá concluir que el acusado tenía sus facultades psíquicas y físicas alteradas, lo que si bien no puede ser apreciado en cuanto al delito contra la seguridad del tráfico por el que se le condena, pues es reiterada la Jurisprudencia que así lo establece al ser elemento constitutivo del propio tipo penal (...)». En igual sentido, la SAP de Lérida de 3-2-1998 cuando señala que «(...) Es objeto del recurso la petición del apelante de que le sean aplicadas, bien la eximente completa, bien la incompleta debido al alcoholismo que padece. Su petición deberá ser rechazada ya que, siendo la ingestión de alcohol elemento constitutivo del tipo del delito que fue objeto de acusación no podrá ser apreciado como circunstancia modificativa (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 noviembre 1989, siguiendo las de 2 junio 1969, 2 marzo 1971 y 20 enero 1972, entre otras) (...)» (SAP Madrid 360/2007 de 29 de mayo [LA LEY 159219/2007]).

El art. 617 párrafo tercero manifiesta que cuidando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios, o del cónyuge o conviviente, pupilos, o ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno o dos meses. El parentesco entre el agresor y la agraviada ya la tiene en cuenta el art. 617, párrafo tercero, del Código Penal para establecer la pena correspondiente a la falta de lesiones, siendo inaplicable, por tanto, la agravante de parentesco apreciada en la Sentencia de instancia en relación con la falta contra las personas, debiendo estimarse el recurso de apelación en este extremo (SAP Alicante 285/2001, de 28 de mayo [LA LEY 106798/2001]).

Artículo 68.

En los casos previstos en la circunstancia primera del art. 21, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, atendidos el número

y la entidad de los requisitos que falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del art. 66 del presente Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 104, 638.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«En los casos previstos en la circunstancia 1.ª del art. 21, los Jueces o Tribunales podrán imponer, razonándolo en la sentencia, la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley, aplicándola en la extensión que estimen pertinente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que falten o concurran, las circunstancias personales del autor y, en su caso, el resto de las circunstancias atenuantes o agravantes».

El cambio de redacción (podrán imponer por impondrán) ratifica lo que ya era doctrina consolidada del Tribunal Supremo en cuanto al carácter preceptivo de la rebaja en un grado y el facultativo de la rebaja en dos (*ad exemplum* 823/1997, de 10 de junio [LA LEY 7858/1997] o 1849/1999, de 23 de diciembre [LA LEY 4556/2000], 1489/2004, de 18 diciembre). **La interpretación judicial del art. 68 efectuada por la Sala Segunda en la Junta General** del día 23 de marzo de 1998, en su función de intérprete último de la legalidad ordinaria en materia penal es clara en el sentido de que el ámbito de la discrecionalidad se ciñe exclusivamente a rebajar la pena en uno o en dos grados, pero en todo caso, siempre será **preceptiva la rebaja en un grado al menos**, manteniéndose en esta materia la consolidada doctrina que ya existía en relación al art. 66 del anterior Código Penal (268/2001, de 19 de febrero [LA LEY 4364/2001]).

Una vez optan los Jueces *a quibus* por la **rebaja en dos grados**, en vez de uno solo, de la pena inicial, como consecuencia de la concurrencia de la eximente incompleta, **quedan relevados del cumplimiento de las previsiones referentes a la incidencia de otras circunstancias de atenuación**, pudiendo moverse, con libertad de criterio, dentro de toda la extensión de la pena doblemente reducida (347/2005, de 17 de marzo [LA LEY 63243/2005]). El art. 68 CP, cuando remite al art. 66 CP, no excluye ninguna de sus reglas, entre ellas la regla 8.ª, Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda, adoptado en su reunión de 1 de marzo de 2005.

Como señala la Sentencia 782/1998, de 5 de junio [LA LEY 7204/1998], la reducción en al menos un grado resulta obligatoria (10/1998, de 16 de enero [LA LEY 1839/1998]), y dentro de ese ámbito de lo necesario no se necesita ningún razonamiento justificativo de un arbitrio que verdaderamente en tal caso no se ejercita. Lo discrecional está en alcanzar un grado más en la reducción penológica y por ello es en ese otro ámbito donde la exigencia de razonamiento específico, que el art. 68 contiene, cobra sentido como modo de exteriorizar el criterio inspirador del uso de la discreción. Podría entenderse que debe razonarse tanto el rebajar la pena dos grados, en cuanto supone positiva opción por una posibilidad atribuida a la discreción, como el rebajarlo sólo uno, por cuanto en este caso la discreción se habría usado negativamente al abstenerse de rebajar en dos, que sería también decidir, aunque en sentido contrario, dentro de un ámbito de posibilidades. Ahora bien: si el razonamiento exigible en ambos casos ha de ser el imprescindible para conocer el criterio inspirador de la decisión, y si, por otra parte, esta decisión se vincula en

el art. 68 del Código Penal a determinados parámetros jurídicos como el número y entidad de los requisitos que falten o concurren en la eximente incompleta, parece claro que una valoración suficiente sobre estos factores y su alcance satisfará la existencia de razonamiento justificativo de la reducción de pena en un grado o dos grados, aunque no se explicita, por obvio, que la opción elegida deriva de aquella valoración (1208/2000, de 7 de julio, 1258/2000, de 13 de julio [LA LEY 11168/2000]).

Señala 698/2003, de 9 mayo, que son tres los criterios a los cuales tenemos que atender conforme se expresa el propio texto de tal art. 68 para determinar la pena a aplicar en los casos de eximente incompleta:

1.º El número y entidad de los requisitos que falten o concurren respecto de la correspondiente causa de exención de responsabilidad.

2.º Las circunstancias personales del autor.

3.º El resto de las circunstancias atenuantes o agravantes.

La aplicación del art. 68 queda circunscrita a las eximentes incompletas, en las cuales no concurren todos los requisitos necesarios para eximir totalmente de responsabilidad al penado en sus respectivos casos. Tal figura no ha sido la aplicada en la presente causa, puesto que el órgano a quo únicamente ha apreciado, por la vía analógica del art. 21.6.ª CP, la atenuante del art. 21.1.ª CP, en relación con la eximente prevista en el art. 20.1.º del Código Penal, al cual se remite para indicar que la atenuante aplicable al caso como analógica se encuentra referida a las anomalías o alteraciones psíquicas. En consecuencia, no estamos ante una eximente incompleta, sino ante una atenuante simple, como así lo entendió la Sala de instancia, 710/2007, de 12 de abril [LA LEY 13924/2007]

Artículo 69.

Al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga.

CONCORDANCIAS

LRRPM: arts 1.2 y 4 (§ 3.4).

CP: art. 638.

LOGP: art. 16.c).

Señala 105/2009, de 30 de enero [LA LEY 1924/2009] (en este sentido 483/2009, de 7 de mayo [LA LEY 84775/2009], 502/2007, de 4 de junio [LA LEY 51955/2007], AA 1497/2008, de 18 de diciembre [LA LEY 216280/2008], 1670/2007, de 18 de octubre [LA LEY 244514/2007]), que conforme la doctrina de la Sala Segunda (502/2007 de 4 de junio [LA LEY 51955/2007] y 508/2007 de 13 de junio [LA LEY 51961/2007]) el art. 69 CP, que entró en vigor el 26 de mayo de 1996, dispone que: «al mayor de dieciocho años y menor de veintiuno que cometa un hecho delictivo, podrán aplicársele las disposiciones de la ley que regule la responsabilidad penal del

menor en los casos y con los requisitos que ésta disponga». Y la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su art. 4, prescribía: «Régimen de los mayores de dieciocho años. 1. De conformidad con lo establecido en el art. 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, la presente Ley se aplicará a las personas mayores de dieciocho años y menores de veintiuno imputadas en la comisión de hechos delictivos, cuando el Juez de Instrucción competente, oídos el Ministerio Fiscal, el Letrado del imputado y el equipo técnico a que se refiere el art. 27 de esta Ley, así lo declare expresamente mediante auto». Pero también es cierto que la Disposición Transitoria Única de la LO 9/2002, de 22 de diciembre, sobre Medidas Urgentes para la Agilización de la Administración de Justicia, suspende la aplicación de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y los 21 años, por un plazo de dos años desde la entrada en vigor de la misma. Y, por su parte, la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del Código Penal y del Código Civil, sobre Sustracción de Menores, reitera la suspensión hasta el 1 de enero de 2007. Finalmente, el artículo Único, apartado tres, de la LO 8/2006, de 4 de diciembre, que entró en vigor el 5 de febrero de 2007, a los dos meses previstos desde su publicación en *BOE* 290/2006, de 5 de diciembre, derogó definitivamente el anterior texto del art. 4 de la citada LO. En nuestra anterior Sentencia, primeramente citada, la 502/2007, de 4 de junio, hacíamos referencia a la Exposición de Motivos de esta LO 8/2006, que señalaba lo siguiente: «en cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir. Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales». Y concluía que: «se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años». Por ello, ante esta voluntad manifiesta e inconfundible del legislador de suprimir la posibilidad de ser sometidos los comprendidos entre 18 y 21 años a la jurisdicción de menores, el hecho de haber estado en vigor el texto hoy derogado en el corto período que va del 1 de enero al 5 de febrero de 2007, en nada abona por la posibilidad de tal enjuiciamiento de unos hechos cometidos en octubre de 2005. Incide en esta interpretación la 508/2007 de 13 de junio, 105/2009, de 30 de enero [LA LEY 51961/2007].

Tal y como señala la 745/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008], incide en esta interpretación la 508/2007 de 13 de junio [LA LEY 51961/2007] al señalar: a) En primer lugar la entrada en vigor de dicho art. 4 LORPM fue suspendida por el propio legislador en dos ocasiones consecutivas. La primera por un plazo de dos años (Disposición Transitoria Única LO 9/2000, de 22 de diciembre), y la segunda hasta el 1.2.2007 (Disposición Transitoria Única LO 9/2002, de 10 de diciembre). b) En segundo lugar, la nueva LO 8/2006 deroga definitivamente la norma del art. 4 sustituyendo su redacción por otra distinta que nada tiene que ver con su anterior contenido, desapareciendo la posibilidad de aplicar dicha Ley a delitos o faltas cometidos por mayores de edad, y así se afirma en su Exposición de Motivos «se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre 18 y 21 años». c) En tercer lugar, tal como se argumenta por el Ministerio Fiscal, siguiendo la vía expositiva de la Instrucción núm. 5/2006 de Fiscalía General del Estado, «El mero cotejo de las fechas apuntadas pone de manifiesto la naturaleza del

conflicto interpretativo; mientras que la Ley Orgánica 8/2006 entra formalmente en vigor el 5.2, la moratoria de la vigencia del art. 4, en su anterior redacción otras veces suspendida, concluyó antes, el 1.1. Se trata, por tanto de determinar si durante el período que media entre ambas fechas —poco más de un mes— podría haber lugar a la aplicación efectiva, transitoria o incluso retroactiva, de la redacción original del citado artículo, y por tanto a la extensión de los efectos de la LORPM a delitos y faltas cometidos por jóvenes entre 18 y 21 años». En una primera aproximación, resulta cuando menos llamativo que un precepto legal que nunca ha llegado a entrar en vigor, siendo dos veces suspendida su aplicación por el Poder Legislativo, y cuya expulsión del ordenamiento jurídico ha sido decidida «definitivamente» por el propio legislador mediante LO sancionada y promulgada, pueda sin embargo por causa de un craso error material, producir efectos durante el período de *vacatio legis* de la propia Ley que lo deroga.

Las conclusiones que se redactan en la referida Instrucción precisan: 1.º La derogación del art. 4 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, mediante LO 8/2006, excluye su aplicación en todo caso, tanto a hechos anteriores como posteriores al 1 de enero de 2007, fecha en que concluye la suspensión de su entrada en vigor que dispuso la LO 9/2002. A tal efecto, dicha suspensión ha de entenderse tácitamente prorrogada hasta que gane vigencia formal la nueva norma. 2.º La definitiva inaplicación de la norma derogada no impide el adecuado tratamiento de las circunstancias personales, en particular la inmadurez, de los jóvenes afectados, en el marco del Derecho penal, la legislación penitenciaria y los instrumentos internacionales aplicables. 3.º Por el contrario, la aplicación aún ocasional, del derogado art. 4 LORPM, además de resultar contraria a la interpretación lógica, sistemática, histórica y teleológica de las normas jurídicas concernidas, produciría efectos no previstos ni deseados por el legislador, que, tras evitarlos en sucesivas ocasiones, ha dispuesto la definitiva exclusión de la norma de nuestro ordenamiento jurídico. En la medida en que tales efectos puedan afectar al correcto funcionamiento de la Justicia de menores, dificultando o demorando la atención a sus genuinos destinatarios, la citada aplicación de la norma resultaría contraria al principio del interés superior del menor.

Por último respecto a la cuestión de que se trata de una Ley penal más favorable, debe igualmente asumir el criterio del Ministerio Fiscal que rebate tal argumento: Primero, porque de conformidad con lo que se ha argumentado anteriormente no nos hallamos ante una sucesión de Leyes penales de sentido contrario o distinto, sino ante un mero error material en la sucesión cronológica de dos leyes penales que determinan, por voluntad del legislador, exactamente el mismo régimen jurídico para los potenciales afectados por su aplicación. Segundo, porque el derogado art. 4 LORPM contenía un mecanismo de aplicación facultativa, basado en una previa valoración técnica y judicial, que por lo tanto no es susceptible de generar expectativas jurídicas materialmente equiparables, en términos de certeza, y por tanto a efectos de protección, al derecho fundamental a obtener la aplicación de una norma penal efectivamente más favorable (art. 9.3 y 25.1 CE). Tercero, porque, al hilo de esta última apreciación, cabe añadir que el principio de protección del interés superior del menor, que podría traerse a colación para inclinar la postura hermenéutica hacia la aplicación temporal de la norma cuestionada tampoco resulta invocable, teniendo en cuenta que los destinatarios de la referida norma no son, en ningún caso, menores de edad, sino mayores, 745/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008].

En sentido contrario, recoge la SAP Madrid 8/2009, de 2 de enero [LA LEY 127903/2009], que la Junta de Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada el 12 de enero de 2007 acordó que la legislación de menores debe ser considerada más favorable que la de adultos para el mayor de 18 y menor de 21 años al tiempo de comisión de los hechos; así como

que el art. 4 de la LO 5/2000 estuvo vigente desde el 1 de enero de 2007 hasta la entrada en vigor de la LO 8/2006, y que el citado precepto no será de aplicación al mayor de 18 y menor de 21 años condenado por Sentencia firme con anterioridad al 1 de enero de 2007, pero sí para el que cometa un ilícito durante el período de su vigencia o anteriormente, incluso aunque haya recaído en primera instancia Sentencia pendiente de recurso, conclusiones por lo demás acordes con los principios de legalidad, seguridad jurídica y retroactividad de las normas sancionadoras más favorables plasmados en el art. 9.3 de la Constitución.

Artículo 70.

1. La pena superior e inferior en grado a la prevista por la ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1.ª La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo. El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2.ª La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo. El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2. A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

3. Cuando, en la aplicación de la regla 1.ª del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

2.º Si fuera de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 años.

3.º Si fuera de suspensión de empleo o cargo público, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de ocho años.

4.º Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 15 años.

5.º Tratándose de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

6.º Tratándose de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

7.º Tratándose de prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

8.º Tratándose de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 20 años.

9.º Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de 30 meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33, 36, 37, 40, 56, 57, 73, 75, 76, 638.

CPM: art. 40.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo su originaria redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. La pena superior o inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito tendrá la extensión resultante de la aplicación de las siguientes reglas:

1.ª La pena superior en grado se formará partiendo de la cifra máxima señalada por la Ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo.

2.ª La pena inferior en grado se formará partiendo de la cifra mínima señalada por la Ley para el delito de que se trate y deduciendo de ésta la mitad de su cuantía, constituyendo el resultado de tal deducción su límite mínimo.

2. Cuando, en la aplicación de la regla establecida en el subapartado 1.º del apartado 1 de este artículo, la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, se considerarán como inmediatamente superiores:

1.º Si la pena determinada fuera la de prisión, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años.

2.º Si fuera la de inhabilitación absoluta o especial, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de veinticinco años.

3.º Tratándose de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas, las mismas penas, con la cláusula de que su duración máxima será de quince años.

4.º Si fuera de multa, la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta meses.

5.º En el arresto de fin de semana, el mismo arresto, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta y seis fines de semana».

Artículo 71.

1. En la determinación de la pena inferior en grado, los Jueces o Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, sin que ello suponga la degradación a falta.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a tres meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2.ª del capítulo III de este título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 13, 33, 36, 40, 50, 52, 80 y ss., 88, 638.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, y que introduce en el apartado primero la referencia a que *«sin que ello suponga la degradación a falta»*, y la nueva referencia en el apartado segundo a los tres meses en vez de seis, siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. En la determinación de la pena inferior en grado, los Jueces o Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente.

2. No obstante, cuando por aplicación de las reglas anteriores proceda imponer una pena de prisión inferior a seis meses, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la Sección 2.ª del Capítulo III de este Título, sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos en que proceda».

La sustitución obligatoria o automática de la pena de prisión en virtud del art. 71.2 del Código Penal tiene como uno de sus presupuestos el que dicha pena haya sido determinada a consecuencia de una degradación penológica efectuada conforme a las reglas que se contemplan anteriormente. Es evidente que ésta era la voluntad del legislador, tanto en la redacción originaria del Código Penal de 1995 como en la actual otorgada por la LO 15/2003, según se desprende con claridad de una interpretación literal, sistemática y teleológica de dicho precepto. En efecto, en el mencionado tipo, después de establecer que en la determinación de la pena inferior en grado los Jueces o Tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente, dispone que cuando «por aplicación de las reglas anteriores» proceda imponer una pena de prisión inferior a ese límite fijado para la pena de prisión en el art. 33, ésta será en todo caso sustituida conforme a lo dispuesto en la sección 2 del capítulo 1 de este Título sin perjuicio de la suspensión de la ejecución de la pena en los casos que proceda.

Ha de tenerse en cuenta que en el C.P de 1995 sólo podía llegarse a una pena de prisión inferior a seis meses por la vía de degradación, pues la pena de prisión mínima era de seis meses. Y en la redacción dada por la LO 15/2003 la pena de prisión mínima es la de tres meses y sólo resulta posible una pena de prisión inferior por aplicación de la pena inferior en grado. Así pues, el art. 71.2 del Código Penal estaba previsto únicamente para los casos en que se obtuviera una pena de prisión en aplicación de esas normas de degradación. En el presente caso, la pena de tres meses de prisión establecida por la Juzgadora no es producto de ninguna degradación penológica sino de la aplicación de la pena básica directamente, con lo que no se da el requisito de su aplicación material al que hemos hecho referencia anteriormente. En este sentido ha de prosperar el recurso del Ministerio Fiscal respecto a la no aplicación de la sustitución de la pena de prisión impuesta (de tres meses) por la vía obligatoria del art. 71-2 CP SAP Valladolid 413/2004, de 30 de diciembre [LA LEY 274369/2004].

Artículo 72.

Los Jueces o Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 35 a 37, 39, 40, 52, 638.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la originaria redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«Cuando la pena señalada en la Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en cada caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores».

El derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE, en relación con el art. 120.3 CE, supone como obligación fundamental la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 147/1985, de 17 diciembre [LA LEY 489-TC/1986], 55/1987, de 13 mayo [LA LEY 780-TC/1987], 122/1991, de 3 junio [LA LEY 1748-TC/1991], 46/1996, de 25 marzo [LA LEY 4236/1996], 184/1998, de 28 septiembre [LA LEY 9889/1998] y 187/2000, de 10 julio [LA LEY 151768/2000]), cuya falta constituye un vicio especialmente relevante en aquellos casos en que el Tribunal llamado a revisar la resolución en grado de apelación desconoce los presupuestos fácticos en que la misma se apoya, así como la razonabilidad del juicio lógico llevado a cabo por el Juzgador, impidiendo de hecho el adecuado ejercicio de dicha facultad revisora. Por otro lado, el respeto a las garantías procesales amparadas en el art. 24 CE ha de observarse, no sólo en el conjunto del procedimiento, sino también en cada una de sus fases o instancias (SSTC 13/1981, de 22 de abril [LA LEY 6406-JF/0000], 53/1989, de 22 febrero [LA LEY 117251-NS/0000]). Esta exigencia constitucional de motivación se extiende también a la individualización judicial de la pena, según resulta de lo dispuesto en los arts. 66, reglas 1.^a y 4.^a, 68 y 74.2 del CP, entre otras normas sustantivas, y establece ahora con carácter general el art. 72 del CP, tras la reforma operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. El deber de razonar o justificar el grado y ex-

tensión de la pena impuesta en la Sentencia, mediante la correspondiente motivación, aparece también proclamado por una reiterada jurisprudencia (así, SSTC 92/2000, de 10 de abril [LA LEY 8940/2000]; y 2505/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 233772/2001], 586/2003, de 16 de abril [LA LEY 72763/2003]). De acuerdo con la jurisprudencia citada, la motivación de la Sentencia ha de ser, además de fáctica y jurídica, decisional, esto es, relativa a las consecuencias punitivas que conlleva la responsabilidad criminal, y concretamente de la individualización de la pena, teniendo en cuenta los principios de proporcionalidad y culpabilidad, de manera que la pena se ajuste a la gravedad intrínseca u objetiva del delito y el grado de culpabilidad del autor (1948/2002, de 20 de noviembre [LA LEY 246/2003]). La aplicación de las penas supone así el ejercicio de una discrecionalidad jurídicamente vinculada o reglada, sometida al control o revisión judicial de las instancias superiores (25 de febrero 1989 [LA LEY 1098-2/1989], **458/1994, de 7 de marzo**), en la que no puede prescindirse de la necesaria motivación, salvo que la pena se haya impuesto en la extensión mínima legalmente prevista (**1823/2001, de 14 de mayo** y 1028/2003, de 9 de julio [LA LEY 120202/2003]). Por otra parte, cuando la ausencia de motivación es total y no hay suficientes elementos fácticos o valorativos, contenidos en la Sentencia, de los que se pueda deducir la individualización omitida, siquiera implícitamente, no cabe subsanar en la instancia superior el defecto cometido y procede anular la Sentencia para que el Tribunal a quo dicte otra resolución motivada, con arreglo a derecho (1371/1998, de 16 de noviembre [LA LEY 916/1999] y 59/2003, de 22 de enero [LA LEY 15600/2003]), SAP Toledo 94/2004, de 15 de julio [LA LEY 168342/2004].

En los términos de la 593/2009, de 8 de junio [LA LEY 125278/2009], la Constitución no ampara una estrategia metódica en el ejercicio de la función decisoria que rinda culto al puro voluntarismo jurisdiccional, sustraído a toda forma de control. Pero también es cierto que las SSTC 170/2004, 18 de octubre [LA LEY 14168/2004], y 193/1996, de 26 de noviembre [LA LEY 204/1997], han declarado innecesario especificar las razones justificativas de la pena impuesta siempre que «éstas pudieran desprenderse con claridad del conjunto de la decisión» (FJ 6). Dicho en palabras de la 863/2006, 13 de septiembre [LA LEY 106023/2006], pueden tenerse en cuenta los aspectos del hecho que resultan de la misma Sentencia, de los cuales puede desprenderse con claridad la proporcionalidad de la pena a la culpabilidad por el hecho cometido, sin que sea precisa en estos casos una extensa motivación, pues no es preciso explicar lo que resulta obvio.

Señala 56/2009, de 3 de febrero [LA LEY 1168/2009], que aunque la necesidad de motivación del art. 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concreta impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se impone el mínimo legalmente previsto, necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen —y que no precisa justificación o motivación alguna, STC 57/2003 de 24.3 FJ 5— que en aquellos otros casos en los que el Tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la corriente infracción de Ley (1478/2001, de 20 de julio [LA LEY 7277/2001] y 24 de junio de 2002 [LA LEY 7364/2002]). Por ello, este deber de razonar en la Sentencia sobre la pena concreta que se impone adquiere especial relieve cuando el órgano judicial se aparta de modo notable del mínimo legalmente previsto, de modo que cuando tal se hace sin argumentación jurídica alguna al respecto o cuando la existente viola las reglas de la razonabilidad, o no existe explicación o justificación alguna sobre las razones que ha tenido en cuenta el Tribunal para imponer esa pena que supera la mínima que legalmente puede ser impuesta, y no hay datos en la Sentencia recurrida de los que pudiera deducirse esa elevación de penas, esto y cuando el Tribunal de casación no puede inferir de

los hechos probados, en relación con la normativa y jurisprudencia aplicable a ellos, que las penas impuestas no vulnera el principio de proporcionalidad, este Tribunal es quien tiene el deber de suplir este precepto procesal con sus propios razonamientos y ante aquella ausencia de datos la pena no deberá ser otra que la mínima dentro del mínimo legal (2.6.2004, 15.4.2004, 16.4.2001, 25.1.2001, 19.4.99). En definitiva la jurisprudencia ha declarado la posibilidad de subsanar la falta u omisión de motivación, resolviendo directamente la cuestión, cuando se trata de la individualización de la pena, presionando de esta forma el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, siempre y cuando las circunstancias a tener en cuenta están expresadas en la propia resolución de que se trate (31.3.2000, 21.1.2003, 30.6.2004, 10.7.2006), 56/2009, de 3 de febrero [LA LEY 1168/2009 (en este sentido 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]).

SECCIÓN 2.^a

Reglas especiales para la aplicación de las penas

Artículo 73.

Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8, 74, 75, 76, 77 y 78.

Delimitación conceptual del concurso real de delitos

El denominado concurso real de delitos engloba la norma penológica ordinaria, esto es, que por cada hecho delictivo se impondrá la pena correspondiente a la infracción de que se trate, 600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY 117982/2007].

Delimitación conceptual negativa frente al concurso de normas (art. 8 CP)

Citando a 580/2006, de 23 de mayo [LA LEY 62742/2006], señala 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008] que «sabida es la grave dificultad que hay, en general, para distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP). En estos casos, ha dicho y repetido la Sala Segunda (875/2004 de 29 de junio [LA LEY 1839/2004], 1706/2002 de 9 de octubre [LA LEY 10557/2003]), que de acuerdo con la doctrina, sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. La cuestión planteada está íntimamente relacionada con el principio *non bis in idem* que como señala la STC 221/1997 de 4 de diciembre [LA LEY 214/1998], si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC. 2/1981 [LA

LEY 7092-NS/0000], 154/1990 [LA LEY 55905-JF/0000] y 204/1996 [LA LEY 960/1997] entre otras). En lo que concierne a la esfera jurídico-penal el principio *non bis in idem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal». En este sentido, la 458/2003 de 31 de marzo reitera que «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3.^a que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume o otro más simple (...)». Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos, 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]. De entrada la redacción del nuevo art. 8, en que el recurso a los criterios de solución que se ofrecen, viene precedido por la reserva de que los hechos no estén comprendidos en los arts. 73 a 77, suscita la duda de si no se ha de resolver en primer lugar si los hechos han de incardinarse en las figuras de los concursos real e ideal de delito que los citados artículos regulan dejando el recurso al art. 8.º como solución subsidiaria, pero sólo cuando alguna parte relevante de los hechos quede huérfana de una adecuada valoración penal habrá que recurrir a estimar infracciones separadas que violan dos distintas normas penales. Y si con la aplicación de las reglas del art. 8 se puede dar solución punitiva a todos los aspectos desvalorativos relevantes del hecho se puede afirmar la existencia de un solo delito, permitiéndose así el respeto del principio constitucional *non bis in idem*, 1385/1998, de 17 de noviembre [LA LEY 493/1999].

La regla fundamental para conocer si estamos ante **un concurso de normas a resolver, conforme al art. 8 CP, o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77)**, ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos (372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003], 48/2003, de 23 de enero [LA LEY 1388/2003], 1706/2002, de 9 de octubre [LA LEY 10557/2003], 1400/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 122/2006]).

En el caso del concurso de normas, el bien jurídico afectado por el delito es el mismo, aun cuando aparentemente existan dos normas aplicables para su sanción penal. Como ejemplo, ninguna coincidencia de bien jurídico existe entre los delitos de asesinato y de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468. La vida en el primero y, en el segundo, la eficacia de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas (221/1999, de 15 de febrero [LA LEY 3267/1999]), 223/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1330/2005].

Delimitación conceptual negativa frente al delito continuado (art. 74 CP)

Tal y como señala 779/2009, de 29 de junio [LA LEY 125260/2009], el delito continuado es una especialidad del concurso real. Recoge la 600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY

117982/2007], que la norma penológica ordinaria es que por cada hecho delictivo se impondrá la pena correspondiente a la infracción de que se trate (art. 69 CP-73); pero esta norma quiebra cuando se trata del llamado delito continuado, de origen jurisprudencial, introducido en nuestro Código Penal en la reforma de 1983 y mantenido en el art. 74 del Código Penal de 1995, actualmente vigente, dado que ante una pluralidad de hechos delictivos la respuesta penal es única. De las tres teorías acuñadas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de esta figura [a) teoría de la ficción; b) teoría realista; y, c) teoría de la realidad jurídica], la primera parece la más adecuada para los ordenamientos jurídicos en que esta figura no está recogida expresamente en los textos legales y únicamente tiene reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, y la última para aquellos ordenamientos jurídicos —como el nuestro— que sí la han recogido en el articulado del Código Penal. Admitida la figura del delito continuado en nuestro Código Penal, y antes de referirnos a los requisitos precisos para su existencia legal, parece oportuno decir que, para su aplicación, no se requiere que concurra ninguna dificultad probatoria de los distintos hechos delictivos que lo integren, ni su aplicación viene justificada —*pietatis causa*— por la gravedad de la respuesta penológica inherente a la posible estimación del concurso real de delitos, al que la propia Ley señala un máximo de cumplimiento (art. 70 CP-73). Debemos destacar también que la correspondiente norma penológica distingue las infracciones patrimoniales —como es el caso— y las restantes infracciones en las que cabe apreciar esta figura jurídica. El delito continuado, por lo demás, viene configurado por un conjunto de requisitos que doctrinalmente cabe calificar de fundamentales, unos, y de secundarios, otros. Entre los primeros, se encuentran, desde el punto de vista objetivo, la pluralidad de hechos delictivos y la unidad de precepto penal violado; y, desde el punto de vista subjetivo, la unidad de propósito (dolo unitario o de conjunto); y, entre los segundos, la unidad o identidad de ocasión y la conexión espacio-temporal. Requisitos que la jurisprudencia viene destacando reiteradamente (v., por todas, 17 de octubre de 1988 [LA LEY 556-2/1988] y de 25 de septiembre de 2006 [LA LEY 106027/2006]), si bien, en esta última, se pone de relieve que no aparece en el texto legal el requisito de la proximidad temporal, si bien se reconoce que «un excesivo lapso de tiempo puede romper la posibilidad de un delito continuado si impide que concurra el elemento subjetivo expresamente exigido» en el texto legal.

Como apunta 781/2009, de 7 de julio [LA LEY 125263/2009], la identidad del tipo penal cometido en ambos casos y la del sujeto activo en los dos delitos no significa continuidad delictiva, porque delito continuado no significa reiteración en el comportamiento criminal ni repetición del mismo tipo penal por el sujeto sino la realización de una pluralidad de acciones delictivas que ofenden a uno o varios sujetos e infringen el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, cuando su realización lo sea en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión (art. 74 del Código Penal). Esta exigencia que, entre otras, es la básica del delito continuado y la que le da entidad como figura jurídica confiere a la pluralidad de delitos una unidad interna característica, pues cada infracción aislada no es sino ejecución parcial de una única ideación y ejecución (19 abril 2005 [LA LEY 12553/2005]) de suerte que la pluralidad de acciones comisivas pierde sustantividad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los hechos (367/2006 de 22 de marzo [LA LEY 23449/2006]), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordenadas espacio-temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (19 de abril de 2005 [LA LEY 12553/2005]).

Delimitación conceptual negativa frente al concurso ideal y/o medial (art. 77 CP)

La dogmática penal nos enseña que mientras en el **concurso real** existen varios hechos y varias infracciones, el denominado **ideal o formal** supone una unidad de hecho y una pluralidad

de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002], 326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998]).

Así, la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. **Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real** (15 de marzo de 1988 [LA LEY 10453-R/1998], transcrita por 357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]). La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]). En cualquier caso, partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, **no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos depende de los resultados producidos** (23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000], caso Colza). **La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones.** El punto de vista contrario, defendido ocasionalmente en el siglo XIX, antes de 1880, bajo el influjo acentuado del principio de causalidad, se fundamentaba en la concepción del delito como causalidad: la acción, se decía aisladamente, es causalidad, varios resultados requieren plurales causalidades, por lo tanto, existen varias acciones cuando se dan varios resultados. Tal criterio no mereció aprobación de parte de la teoría (326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998]), si bien, según 187/1998, de 11 de febrero [LA LEY 4402/1998], **si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto**, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, **tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba.** Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado —previsto, pero no directamente perseguido—, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual», estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso (187/1998, de 11 de febrero [LA LEY 4402/1998] y 861/1997, de 11 de junio [LA LEY 7347/1997], y en este sentido 788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003], 1672/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 2320/2000]). **En realidad, cuando se trata de delitos dolosos de resultado el tipo no sólo describe conductas, sino también resultados** (1837/2001, de 19 de octubre [LA LEY 965/2002]), de manera que lo relevante para el derecho a los efectos del art. 77, que se refiere a hechos, no es sólo la acción que conduce al resultado, sino también éste, cuando el resultado es directamente querido por el autor, de manera que existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos (788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003]). **Cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción.** Quien persigue una pluralidad

de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados. De ahí que el término «hecho» que refiere el art. 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término «hecho» incorpora tanto el desvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. art. 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción (1672/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 2320/2000]). La necesidad del delito medio sólo resulta relevante cuando sea empíricamente demostrable. De otra manera no se justificaría el beneficio atenuante previsto en dicho artículo, pues la exclusión de las reglas del concurso real carecería de fundamento. Por el contrario, cuando la conexión medio a fin de los hechos sólo tiene lugar en el plan del autor, la pluralidad de acciones cometidas requiere una respuesta penal individualizada para cada uno de ellos (1290/2005, de 17 de noviembre).

Supuestos prácticos y criterios de diferenciación:

a) Concurso real, medial o ideal de delitos entre el robo con violencia o intimidación y las consecuencias del acto violento o intimidatorio ejecutado:

Señala la 201/2009, de 28 de febrero [LA LEY 8802/2009] que el delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.1 del Código Penal es pluriofensivo porque afecta principalmente a la propiedad como bien jurídico, pero también a la integridad física o salud, y a la libertad en cuanto el tipo exige, además de apoderamiento, la realización de actos intimidantes o violentos, como medio comisivo para la consecución de aquél. De este modo en principio el desvalor abarcado por el tipo de robo con violencia comprende ya la parte correspondiente a la acción violenta instrumental, por lo que no es posible, sin incurrir en un prohibido *bis in idem*, apreciar dos delitos: el tipo de robo con violencia, y el que el acto violento ejecutado constituya en una consideración aislada del mismo, fuera de la estructura del tipo de robo. Ahora bien: No toda violencia cometida en el apoderamiento de lo ajeno ha de quedar necesariamente subsumida en su medio comisivo: La violencia propia del robo es el acometimiento físico de carácter agresivo que constituya ejercicio de fuerza, en cuanto resulta precisa para el desapoderamiento. Ha de estar respecto a éste en relación funcional o instrumental como violencia necesaria para vencer la voluntad contraria de la víctima. Pero como en la violencia física caben intensidades diferentes en posible graduación progresiva de la lesividad para la integridad física o para la vida, la violencia que excede de lo necesario para el logro del desapoderamiento o la ejercida en acción distinta o sin relación con éste, queda fuera del desvalor del robo del art. 242.1, y debe ser calificado con arreglo al tipo penal en que se subsuma. A ello se refiere el art. 242.1, cuando dispone que el culpable de robo con violencia o intimidación será castigado «sin perjuicio de lo que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase». La cuestión a resolver es determinar si el concurso a que el precepto da lugar es real, medial o ideal: a) La pluriofensividad misma del tipo penal del robo mediante violencia ya entraña lo propio de un concurso ideal, que está integrado en la estructura del tipo y, por lo mismo abarcado en su desvalor. De modo que será el exceso de la violencia que desborda la ya comprendida en el tipo lo que requiere tratamiento autónomo. b) El mecanismo del concurso medial o instrumental, apreciado en la Sentencia recurrida por una parte parece resolver este problema ya que presupone una diferenciación de hechos, que se da en la hipótesis que contemplamos en cuanto se diversifican resultados diferentes —apoderamiento violento y

además lesiones— lo que permite hablar de hechos también distintos, dado que para la individualización de los hechos se ha de atender a la acción y también al resultado. Pero por otra parte esta solución del concurso medial presenta el inconveniente de que esa instrumentalización de un hecho respecto al otro, propia de este concurso, casa mal con la idea de la innecesariedad funcional o instrumental del exceso lesivo respecto al apoderamiento que ha de cometerse mediante la violencia necesaria. En efecto, la inclusión de toda la violencia en el plan del sujeto no basta para otorgarle carácter medial. La medialidad precisa una relación de necesidad instrumental objetiva, como ya señalara esta Sala en su Sentencia de 22 de mayo de 1993, cuya doctrina ha sido reiterada en Sentencia de 3 de febrero de 2003, y repetimos ahora: «no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron». En el caso del robo violento, las lesiones causadas por violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento, se sitúan fuera de la estructura del tipo de robo violento que no exige la causación de tales resultados. Por consiguiente no es predicable de ese exceso lesivo una instrumentalidad medial que sólo concurre objetivamente en la violencia que sea necesaria para el logro del ataque a la propiedad. c) Por ello se postula la solución del concurso real. A su favor, un sector doctrinal argumenta: la dicción literal del precepto («sin perjuicio»); el que la consumación del acto violento y el apoderamiento recorran caminos separados, lo cual se ajusta más a la técnica del concurso real que del ideal; el que no todos los casos en los que concurre violencia o intimidación son medios necesarios para el apoderamiento; y por último las distorsiones penológicas que se producirían en caso de ocasionar varios resultados lesivos, pues la regla del concurso ideal no permite tenerlos a todos en cuenta. La Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2005 también señaló la dificultad que plantea un posible concurso ideal ya que exige que un solo hecho constituya dos o más infracciones, y es por ello inaplicable cuando se trata de dos hechos diferentes, aunque relacionados temporal y espacialmente, uno configurado por el ataque a la persona y el otro por el apoderamiento de sus bienes, constituyendo cada uno de ellos una realidad jurídica y además también una realidad física o natural independiente. El concurso medial se rechazó también en la citada Sentencia por no considerar la acción lesiva como medio necesario para el apoderamiento.

b) Concurso de normas, concurso real, medial o ideal de delitos entre el robo con intimidación y la detención ilegal

Señala la 670/2009, de 19 de junio [LA LEY 119138/2009], que la eventual relación de los delitos de robo con intimidación y de detención ilegal podría ser tratada como concurso de normas en los casos de mínima extensión temporal en los que la afectación a la libertad deambulatoria se produjera en el curso de la propia actividad de apoderamiento y de manera que resultase limitada al tiempo estrictamente necesario para llevarla a cabo. En tales supuestos la detención ilegal quedaría absorbida por el robo, dada la evidente total superposición de las acciones y de las infracciones y que, como dice 12/2005, de 20 de enero [LA LEY 10991/2005], la privación de libertad habría sido un instrumento necesario y proporcionado para obtener el apoderamiento de la cosa. Habrá, en cambio, concurso ideal-medial de delitos (art. 77 CP) cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la ejecución de éste, si la privación de libertad por sí misma tiene una relevancia tal que rompe la estricta relación de funcionalidad, afectando de manera autónoma al bien jurídico tutelado por el delito de detención ilegal, que, por

ello, resultaría desprotegido con la sola aplicación del delito contra la propiedad (178/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], entre muchas). Por último, el concurso sería real cuando la privación de libertad tenga lugar después de cometido el robo o se prolongue de manera gratuita, desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el fin perseguido por éste, para el que, por ello, en el exceso o la prolongación, ya no sería medio (STS 273/2003, de 28 de febrero, también entre muchas otras).

e) Concurso de normas y concurso real de delitos entre la realización arbitraria del propio derecho y el homicidio

Señala 166/2009, de 23 de febrero [LA LEY 4688/2009], que la Audiencia tuvo por probado el hecho constitutivo de la referida infracción, toda vez que se produjo un empleo de violencia por parte del acusado al intentar arrebatar el monedero a su víctima para cobrarse la deuda que le reclamaba, lo que integra los elementos de la descripción típica del meritado art. 455.1, pero considera que el mismo ha de quedar absorbido, desde el punto de vista sancionador, por el homicidio, como delito más grave cometido sin solución de continuidad dentro de lo que se considera como una «progresión delictiva de menos a más», en la que la intención de hacerse cobro constituye el móvil del atentado contra la vida, concluyendo por tanto en la absolución de aquel ilícito al considerar de aplicación el concurso de normas a que se refiere el art. 8.3 del Código Penal, que establece para esta clase de supuestos la regla de la «consunción por absorción». Pero, frente a tales argumentos, hemos de afirmar que le asiste plenamente la razón al Ministerio Público, en esta ocasión, cuando afirma que, en realidad, nos hallamos ante dos acciones distintas, desde el punto de vista objetivo y desde el subjetivo, por lo que el error de la recurrida estribaría en la aplicación de criterios para la resolución de un conflicto de leyes a lo que en realidad es un concurso real de delitos, entre los que no existe una verdadera progresión natural desde la exigencia de cobro de lo debido al intento de quitar la vida al deudor. Una es la acción dirigida por medios ilícitos a obtener el cobro y otra bien distinta la del intento homicida, aunque seguidas en el tiempo claramente diferenciadas entre sí, sin relación instrumental entre ambas, y respecto de las que el desvalor del conjunto de la conducta no puede quedar cubierto con la exclusiva condena por el homicidio, ya que, además, «La descripción legal de los elementos del tipo objetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho, incluye la intimidación o la violencia, pero no necesariamente la causación de lesiones a la víctima. Éstas constituyen un elemento antijurídico añadido, no cubierto por dicha descripción típica, por lo que deben ser sancionados de modo independiente», como se dice, para un supuesto análogo al que aquí nos ocupa, en 654/2006, de 16 de junio [LA LEY 70078/2006].

d) Concurso de normas y concurso real de delitos entre la extorsión y el delito de detención ilegal

En modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de extorsión del art. 243 puede ser absorbido por el delito de detención ilegal o secuestro, art. 164 y 164, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra, y si se admitiera la aplicación del principio de consunción no se produciría la íntegra desvalorización del hecho, si se penara sólo el secuestro y

no la extorsión, quedaría impune una parte injusta del hecho, 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008].

e) Concurso de normas y concurso real de delitos entre tráfico de drogas y blanqueo de capitales

En un pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, celebrado el día 18 de julio de 2006, se abordó el tema del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante y se alcanzó el acuerdo de que el art. 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en Sentencias como es exponente 1260/2006, de 1 de diciembre [LA LEY 181080/2006], en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos —tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se habían pronunciado Sentencias de la Sala Segunda anteriores a dicho acuerdo como sucedió con 1293/2001, de 28 de julio [LA LEY 8631/2001], en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del CP tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción (...)» Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal (960/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008]).

Señala 959/2007, de 23 de noviembre [LA LEY 193620/2007], que ya sabemos cómo el delito de blanqueo de dinero de tal art. 301.1 CP tiene como presupuesto la existencia de otro delito anterior que origina unos bienes, de modo que los actos de adquisición, conversión, transmisión, ocultación y demás especificados en esta norma penal (art. 301.1) han de recaer sobre esos bienes adquiridos de forma delictiva. Cuando en la misma persona concurren los dos comportamientos, el de adquisición de esos bienes (o participación en el delito del que esos bienes proceden), y asimismo el de blanqueo de capitales, puede ocurrir que exista un concurso de normas, consecuencia de la absorción del segundo por el primero (art. 8.3.º CP) o un concurso real de delitos. El criterio para resolver en qué caso nos encontramos ha de ser el habitual en esta clase de cuestiones: si una de las normas a aplicar no abarca la total antijuridicidad del hecho nos hallaremos en presencia de un concurso real, al ser necesario aplicar las dos normas penales en juego para cubrir esa total significación antijurídica de lo acaecido. En caso contrario habrá concurso de normas. Vamos a referirnos ahora al supuesto de blanqueo de dinero o ganancias procedentes de los delitos contra la salud pública relativos al tráfico de drogas, que es el único previsto en aquella Ley que introdujo esta infracción penal en nuestro código, la LO 8/1992 de 23 de diciembre, luego ampliado en el CP 95 a los delitos graves, y finalmente a toda clase de delitos por LO 15/2003 que entró en vigor el 1.10.2004. Este delito de blanqueo de bienes procedentes del tráfico de drogas es el que ha generado la doctrina de la Sala Segunda en esta materia, representada, entre otras, en 1637/1999 de 10 de enero de 2000 [LA LEY 5106/2000], 1234/2002 de 28 de junio [LA LEY 10136/2003], 198/2003 de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003], 1071/2005 de 30 de septiembre [LA LEY 13904/2005], 449/2006 de 17 de abril [LA LEY 43923/2006] y 550/2006 de 24 de mayo [LA LEY 114897/2006]. Así, en esta última resolución podemos leer que «no es posible la penaliza-

ción autónoma de los efectos del delito (blanqueo) a quien a su vez ha sido castigado como autor del delito base (tráfico de drogas), si bien para ello es necesario que exista una completa identidad entre la autoría del delito base y la del blanqueo procedente de éste». Si tal identidad existe, la total ilicitud del comportamiento correspondiente queda cubierta con la sola aplicación del delito relativo al tráfico de drogas (*non bis in idem*). Y si no hay esa identidad, no basta sancionar con la aplicación del art. 368 y siguientes del CP, sino que en la conducta del autor del hecho hay un plus que hace preciso acudir a la otra norma penal, la del blanqueo (art. 301.1), para cubrir esa total ilicitud, 959/2007, de 23 de noviembre [LA LEY 193620/2007].

f) Concurso de normas, concurso real, medial o ideal de delitos entre agresión sexual y allanamiento de morada

La jurisprudencia ha extendido el supuesto concursal a la agresión sexual y allanamiento de morada en Sentencias 18 de mayo de 1990 [LA LEY 2098-2/1990] y **7 de febrero de 1987**, precisando esta última que «cuando un solo comportamiento, es susceptible de incardinación o subsunción en distintos preceptos penales que se excluyen entre sí caso de ser compatibles su aplicación, se produciría una hipótesis de concurso ideal de delitos, en su modalidad pluriofensiva, se produce un concurso de leyes o conflicto aparente de las mismas, el cual se resuelve o dirime, bien por el criterio de la especialidad —*lex specialis derogat legi generali*—, bien por el de la gravedad o subsidiariedad —*lex primaria derogat lex subsidiaria*—, del cual hay manifestaciones múltiples a lo largo del CP y una plasmación general en el art. 68 de dicho cuerpo legal, (actual art. 8, bien por el de la absorción o consunción —*lex consumens derogat legi compsumtae*—, bien, finalmente, por el de la alternatividad; pero si se trata de dos conductas distintas y no de una sola, puede ocurrir que, las mismas, no se hallen interrelacionadas sino que hayan nacido autónomamente o con independencia, en cuyo caso, se aplicarán las normas reguladoras del concurso real de delitos contenidas en los arts. 69 y 70 del Código Penal, (actuales arts. 73 y 75), o que exista una relación de medio a fin, entre una y otra, en cuyo supuesto habrá un concurso ideal de delitos en su modalidad medial, instrumental o teleológica, prevista en el art. 71 del referido Código Penal (actual art. 77), la cual determinará la punición de la infracción de mayor gravedad en su grado máximo y hasta el límite que el dicho precepto establece, y si, ello, perjudica al reo o reos, se punirán, las infracciones, con independencia» (667/2008 de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]).

g) Concurso de normas, concurso real, ideal o medial de delitos entre la estafa y la falsificación de documentos públicos, oficiales o de mercantiles y documentos privados

Es doctrina consolidada de esta Sala, de la que es exponente la Sentencia 640/2007, de 6 de julio [LA LEY 79309/2007], que la estafa realizada a través de un documento público, oficial o de comercio, utilizado como medio necesario para su comisión, no consume la falsedad, sino que los dos tipos son compatibles, produciéndose un concurso real de delitos sin perjuicio de que en orden a su punición sea aplicable lo dispuesto en el art. 77 del CP; pero cuando se trata de documentos privados, como el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo (ahora «para perjudicar a otro») viene incluido en el art. 306 CP (ahora 395 CP), no procede estimar el mentado concurso, pero sí el de normas (art. 8 CP), al ser el hecho subsumible en las reguladoras del delito de falsedad y estafa simultáneamente, solapándose un tipo con otro, y como bien se razona por el Tribunal de instancia, en el supuesto que examinamos, el delito de falsedad en documento privado queda absorbido por el delito de estafa, ya que ésta se encuentra castigada con pena de prisión de seis meses a tres años, en tanto que el delito de falsedad en documento privado —art. 395— lleva

aparejada pena situada entre seis meses y dos años de prisión, al ser de aplicar lo dispuesto en el apartado 4.º del art. 8 del Código Penal, en el que se dispone que el precepto penal más grave excluirá los que castiguen el hecho con pena menor, 459/2008, de 7 de julio.

h) Concurso de normas, concurso real, ideal o medial de delitos entre la determinación a al prostitución y el tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas

Entiende el recurrente que no cabe la aplicación conjunta de ambos preceptos, pues se penaría doblemente por un mismo hecho la explotación sexual a través de la prostitución, de modo que el destino de explotación sexual absorbe y consume el hecho mismo de la explotación, o bien se aplica el tipo básico del art. 318 bis, en concurso ideal con los delitos del art. 188.1 CP. La primera de las figuras penal aplicadas por el Tribunal de instancia castiga en su apartado 1, al que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España, precisando en el apartado 2 que si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual la pena será la de cinco a diez años de prisión. Por su parte, la segunda describe conductas consistentes en determinar, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella. Pues bien, al respecto 1465/05, de 22 de noviembre [LA LEY 109/2006], frente a la Sentencia de instancia que subsumió en aquel caso los hechos en el tipo penal del art. 188.1 CP, condenando a cada uno de los acusados por dos delitos de determinación al ejercicio de la prostitución, mediante el empleo de violencia, intimidación o daño, y que rechazó la calificación —también sostenida por la acusación pública— concluyó que «la efectiva explotación sexual cometida no absorbe por progresión delictiva el tipo penal del art. 318 bis 2, dando lugar para el acusado (...) a un concurso entre el delito abstracto cuestionado y el castigo penal de cada concreto acto de explotación sexual, por el que ha sido condenado al amparo del art. 188.1 CP». Así, 380/2007, de 10 de mayo [LA LEY 23128/2007], optó decididamente por la existencia de un concurso real. Por su parte, el acuerdo del **Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 22 de abril de 2007**, descartando la existencia del concurso de normas resolvió que «la concurrencia de comportamientos tipificables como constitutivos del delito del art. 188.1 y del previsto en el art. 318 bis.2 CP, debe estimarse concurso de delitos». La 380/2007, de 10 de mayo [LA LEY 23128/2007], igualmente considera que en la concurrencia entre el núm. 1 del art. 318 bis y el 188.1.º CP, se producirá concurso real de delitos. Finalmente, el Pleno de la Sala Segunda en su reunión de 26 de febrero de 2008 —como complemento a su *decisio omnibus* de 22-4-07— vino a acordar que, en un caso como el que nos ocupa, en el que se atribuye a los mismos sujetos agentes las dos figuras delictivas, habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de «la intención de explotación sexual». Y ello porque en el art. 318 bis 2 CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello, la solución ha de consistir, no en aplicar el art. 188.1 CP junto con el art. 318 bis.2 del mismo texto penal, sino en aplicar el art. 188.1 CP junto con la figura básica, no agravada, del art. 318 bis.1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura (152/2008, de 8 de abril [LA LEY 20922/2008]).

i) Concurso de normas, concurso real, ideal o medial de delitos entre la determinación a al prostitución y la explotación laboral

Lo que es objeto es si la determinación coactiva de la prostitución de las víctimas (bien mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de nece-

sidad o vulnerabilidad de la víctima), que en el caso enjuiciado es palpable y evidente, entra en concurso con el delito de emplear a ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, en condiciones de explotación laboral (o sea, en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual), también patente, que desborde, como es natural, el derecho administrativo sancionador en esta materia. Las tesis concurrentes son con el concurso delictivo o con el concurso aparente de normas, que se resolvería por los dictados del art. 8.º del Código Penal, y dentro de él, a la regla tercera, que enuncia el principio de consunción, de modo que el precepto más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél. Es difícil pronunciarse por esta absorción por complejidad del tipo relativo a la determinación coactiva a la prostitución, dados los diversos bienes jurídicos protegidos, y sobre todo, debiendo interpretar los delitos contra los derechos de los trabajadores no exclusivamente en clave de relación laboral clasificable como tal, so pena de que, bajo esa interpretación, el delito no pueda cometerse cuando la relación laboral no es convencionalmente diseñada como tal (así, una muy conocida Sentencia de esta Sala, encontró delito laboral al empleo de un tercero —ciudadano extranjero— bajo los parámetros de un «contrato de esclavitud»). Y multitud de Sentencias, también de esta Sala, han considerado que un delito contra los derechos de los trabajadores puede consistir en actividades relacionadas con la prostitución, aunque ésta no esté formalmente regulada como actividad laboral lícita, pues en caso contrario, se favorecería al infractor, sin ningún fundamento, careciendo de sentido que quien contrata y explota (laboral y penalmente) a un tercero en una actividad reglada socialmente pueda ser imputado en un delito de los comprendidos dentro del Título XV del Libro II del Código Penal, y no pueda ser imputado quien, bajo el pretexto de explotar, en las mismas condiciones, a otro, por el hecho de que la conducta determinante de la relación laboral que sea la contratada (en sus variadas formas de arrendamiento de servicios), no haya sido jurídicamente regulada, o incluso no lo pueda ser, en atención a sus contornos fácticos (atentatorios contra la dignidad, el honor, etc.). El Pleno celebrado el día 30 de mayo de 2006, consideró que dados los bienes jurídicos tutelados en cada caso, no era posible el concurso aparente de normas, sino que nos encontraríamos ante un concurso delictivo, que por otro lado, ha sido resuelto por la jurisprudencia de esta Sala como de concurso real de delitos. Así, 372/2005, de 17 de marzo [LA LEY 11839/2005], ya se declaró que «es probable que ambas conductas vaya ordinariamente aparejadas, pero nada impide que se puedan deslindar fácticamente ambas situaciones: la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad». Además de este argumento, debemos tener en consideración otro, relativo a la estructura del tipo. En efecto, el delito de explotación sexual (determinación coactiva a la prostitución ajena) es de contenido activo (se consuma mediante actos positivos), mientras que el tipo relativo a la explotación laboral es de estructura omisiva (no reconocer los derechos de los trabajadores en las condiciones que dispone la norma extrapenal). Siendo ello así, es claro que entre un tipo activo y otro omisivo no puede construirse un concurso ideal pluriofensivo (una misma acción es constitutiva de dos o más delitos), sino real. Por las razones indicadas, el Pleno indicado acordó que «cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2, segundo inciso, se producirá, ordinariamente, un concurso real de delitos» (651/2006, de 5 de junio [LA LEY 70062/2006]).

j) Único delito, concurso real de delitos y delito continuado en las agresiones sexuales

Cuando el art 74.3 CP incorpora la expresión «que afecten al mismo sujeto pasivo» nos está indicando que cuando afecte a varios no procederá la continuidad delictiva, dado el carácter personal

de la ofensa. Como mínimo cada sujeto pasivo originará un delito diferente. Ahora bien, cuando se refieren al mismo sujeto existirá o no continuidad, dependiendo de los factores que la norma refiere. En la doctrina de la Sala Segunda, de acuerdo con el tenor del precepto, que introduce un elemento normativo, obliga a los Tribunales a pronunciarse sobre la apreciación conjunta o autónoma de las diversas infracciones. Dentro de la casuística el criterio determinante será la caracterización autónoma o no del acto o actos delictivos, según el contexto en que la iteración se desarrolle. En términos generales podemos distinguir tres situaciones diferenciadas, sin perjuicio de otras que la realidad sociológica nos puede deparar: a) cuando no existe solución de continuidad entre uno y otro acceso, produciéndose una iteración inmediata, bien por insatisfacción íntima del deseo sexual del sujeto activo o porque el episodio criminal responde a una misma manifestación o eclosión erótica prolongada, aunque se produzcan varias penetraciones por la misma o diferente vía (vaginal, anal o bucal) nos hallaremos ante un sólo delito y la reiteración podrá tener repercusión en la individualización de la pena; b) cuando los actos de agresión o abuso sexual se lleven a cabo lógicamente entre idénticos protagonistas y la repetición de actos individuales se prolonga durante tiempo, pero tienen lugar bajo una misma situación violenta o intimidatoria, nos hallaremos ante un supuesto de continuidad delictiva; c) finalmente, cuando la iteración de los actos sexuales (normalmente agresivos), son diferenciables en el tiempo y consecuencia de distintas agresiones o amenazas para doblegar en cada caso concreto la voluntad del sujeto pasivo, nos hallaremos ante un concurso real de delitos (463/2006, de 27 de abril [LA LEY 39707/2006]).

k) Unidad de acción y concurso real de delitos entre a tenencia de armas y la tenencia de explosivos

La Sala Segunda ya se ha pronunciado sobre la compatibilidad, por concurso real de delitos, entre tenencia ilícita de armas y tenencia de explosivos —1235/2004, de 25 de octubre [LA LEY 90/2005]— atendiendo no sólo a la distinta finalidad con que se tipifican esas diferentes conductas sino también la diversidad del objeto típico. Como se señala en 1346/2001, de 28 de junio [LA LEY 1159/2002], se trata de tipos autónomos de concurso real de delitos, 220/2006, de 22 de febrero [LA LEY 19381/2006].

Regla penológica

Nuestro Derecho penal vigente instaura un **sistema de determinación de la pena bajo el concurso real de delitos** que se fundamenta en *tres ideas*: 1) la acumulación aritmética de las penas de la misma especie (art. 69 CP y art. 73 CP); 2) la ejecución sucesiva de las mismas por el orden de su gravedad (art. 70.1.ª CP 1973; art. 75 CP 1995); 3) la limitación del tiempo de ejecución (art. 70.2.ª CP 1973; art. 76 CP 1995), 197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006].

Con respecto al cumplimiento simultáneo de las penas impuestas, en absoluto es posible tal simultaneidad en el cumplimiento cuando todas las penas impuestas lo han sido privativas de libertad, como ocurre en el caso que nos ocupa, ya que el art. 73 permite tal cumplimiento cuando se trata de situaciones en las que concurren penas de prisión con penas privativas de derechos, o con penas de multa, mas no cuando se trata en todos los casos únicamente de penas de prisión (A de 21 de noviembre de 2002 —cfr. Sentencia de 27 de diciembre de 2001—).

Otras cuestiones

La condena en concurso real de delitos cuando la acusación lo era en concurso ideal vulnera el principio acusatorio (232/2004, de 27 de febrero [LA LEY 1099/2004]).

Artículo 74.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 70, 73, 178 a 194, 205 a 216 y 234 a 304.

CPM: art. 5.

LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando: art. 2.

Apartados 1 y 3 modificados por la Ley Orgánica 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 introduciendo en el apartado primero *«pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado»*, y en el tercero la referencia a la indemnidad a *«que afecten al mismo sujeto pasivo»*, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior; el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva».

Delimitación conceptual del delito o falta continuados (art. 74.1 CP)

Tal y como señala 779/2009, de 29 de junio [LA LEY 125260/2009], el delito continuado es una especialidad del concurso real. Recoge la 600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY

117982/2007], que la norma penológica ordinaria es que por cada hecho delictivo se impondrá la pena correspondiente a la infracción de que se trate (art. 69 CP-73); pero esta norma quiebra cuando se trata del llamado delito continuado, de origen jurisprudencial, introducido en nuestro Código Penal en la reforma de 1983 y mantenido en el art. 74 del Código Penal de 1995, actualmente vigente, dado que ante una pluralidad de hechos delictivos la respuesta penal es única. De las tres teorías acuñadas por la doctrina para explicar la naturaleza jurídica de esta figura [a) teoría de la ficción; b) teoría realista; y c) teoría de la realidad jurídica], la primera parece la más adecuada para los ordenamientos jurídicos en que esta figura no está recogida expresamente en los textos legales y únicamente tiene reconocimiento doctrinal y jurisprudencial, y la última para aquellos ordenamientos jurídicos —como el nuestro— que sí la han recogido en el articulado del Código Penal. Admitida la figura del delito continuado en nuestro Código Penal, y antes de referirnos a los requisitos precisos para su existencia legal, parece oportuno decir que, para su aplicación, no se requiere que concurra ninguna dificultad probatoria de los distintos hechos delictivos que lo integren, ni su aplicación viene justificada —*pietatis causa*— por la gravedad de la respuesta penológica inherente a la posible estimación del concurso real de delitos, al que la propia Ley señala un máximo de cumplimiento (art. 70 CP-73). Debemos destacar también que la correspondiente norma penológica distingue las infracciones patrimoniales —como es el caso— y las restantes infracciones en las que cabe apreciar esta figura jurídica. El delito continuado, por lo demás, viene configurado por un conjunto de requisitos que doctrinalmente cabe calificar de fundamentales, unos, y de secundarios, otros. Entre los primeros, se encuentran, desde el punto de vista objetivo, la pluralidad de hechos delictivos y la unidad de precepto penal violado; y, desde el punto de vista subjetivo, la unidad de propósito (dolo unitario o de conjunto); y, entre los segundos, la unidad o identidad de ocasión y la conexión espacio-temporal. Requisitos que la jurisprudencia viene destacando reiteradamente (v., por todas, 17 de octubre de 1988 [LA LEY 556-2/1988] y de 25 de septiembre de 2006 [LA LEY 106027/2006]), si bien, en esta última, se pone de relieve que no aparece en el texto legal el requisito de la proximidad temporal, si bien se reconoce que «un excesivo lapso de tiempo puede romper la posibilidad de un delito continuado si impide que concurra el elemento subjetivo expresamente exigido» en el texto legal.

Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva (para evitar la pena de muerte por el tercer hurto, 347/2009, de 10 de marzo [LA LEY 30371/2009]), hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (STC 89/1983, de 2 de noviembre, y reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda, por todas 21 de octubre de 1991). En los términos de la 732/2009, de 7 de julio [LA LEY 119120/2009], a estas alturas de la evolución doctrinal y jurisprudencial el delito continuado no es concebido como una mera ficción jurídica destinada a resolver, en beneficio del reo, los problemas de aplicación de penas que plantea el concurso de delitos, sino como una verdadera «realidad jurídica», que permite construir un proceso unitario sobre una pluralidad de acciones que presentan una determinada unidad objetiva y subjetiva (918/2007 de 20 de noviembre [LA LEY 180044/2007]).

El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado de los arts. 69 bis CP 1973 y 74 CP, 1079/2005, de 29 de septiembre [LA LEY 13906/2005]. De acuerdo con la Sentencia 2018/2001, de 3 de abril de 2002 [LA LEY 5502/2002] (en este sentido, 1091/2005, de 22 de septiembre [LA LEY 13839/2005], 1043/2005, de 20 de septiembre [LA LEY 13841/2005], 1305/2004, de 3 de diciembre [LA LEY 398/2005], 1962/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 1893/2001], A 1934/2005, de 6 de octubre [LA LEY

298708/2005], **la continuidad delictiva**, de modo resumido y según reiterada doctrina de la Sala Segunda —4 de julio de 1991 [LA LEY 23009-JF/0000], 434/1998, de 20 de marzo [LA LEY 4423/1998] y 1649/1998, de 22 de diciembre [LA LEY 2275/1999], 461/2006, de 17 de abril [LA LEY 48434/2006], 998/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 216879/2007], 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]— **se integra por:**

a) Pluralidad de hechos diferenciables entre sí que se enjuician en un mismo proceso (2018/2001, de 3 de abril de 2002 [LA LEY 5502/2002]). **La división en diversos procesos impide la aplicación del art. 69 bis CP 1973 (actual 74 CP).** Ello es correcto, si se tiene en consideración que respecto de las penas recaídas en Sentencias dictadas en diversos procesos el art. 988 LECrim. establece un procedimiento especial de refundición de condenas que se rige, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente de esta Sala, por las reglas del concurso de delito. Ello significa que el Tribunal que dictó la última Sentencia es el que debe determinar el tiempo de cumplimiento de acuerdo con la forma específica de concurso que se aprecie entre unos y otros hechos. Por lo tanto, es claro que la continuación delictiva sólo puede ser apreciada respecto de los hechos que han sido objeto de cada proceso (934/1999, de 8 de junio [LA LEY 8127/1999]). Mas, tal doctrina debemos entenderla en el sentido de imposibilidad formal de apreciarla en un proceso en el que no se contemplan parte de los hechos; pero desde el punto de vista material, en una consideración *ex post*, se infringiría el principio de legalidad, tipicidad, prohibición de arbitrariedad, *non bis in idem*, etc., si no se hiciera, en trance de individualizar la pena, una consideración conjunta de todo el complejo continuado, 1074/2004, de 18 de octubre [LA LEY 2041/2004].

b) Dolo único que implica una única intención y, por tanto, unidad de resolución y de propósito en la doble modalidad de trama preparada con carácter previo que se ejecuta fraccionadamente dando lugar al dolo conjunto, que prevé *ex ante* la totalidad de actos a ejecutar, o bien surja la intención criminal siempre que se dé la ocasión propicia, dando lugar al dolo continuado *stricto sensu*. Ambas legalmente previstas en el art. 69 bis del anterior Código Penal y en el art. 74 del vigente en la expresión «plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión». Esta exigencia que, entre otras, es la básica del delito continuado y la que le da entidad como figura jurídica, confiere a la pluralidad de delitos una unidad interna característica, pues cada infracción aislada no es sino ejecución parcial de una única ideación y ejecución (19 de abril 2005 [LA LEY 1447/2005]) de suerte que la pluralidad de acciones comisivas pierde sustantividad para aparecer como una ejecución parcial y fragmentada de una sola y única programación de los hechos (367/2006 de 22 de marzo [LA LEY 23449/2006]), realizados con cierta conexidad temporal, es decir en unas coordenadas espacio-temporales próximas indicativas de su falta de autonomía (19 de abril de 2005 [LA LEY 1447/2005]), 781/2009, de 7 de julio [LA LEY 125263/2009]. En los términos de la 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008], un planteamiento único en la acción que implica la unidad de resolución y propósito criminal. Se trata de un dolo global o de conjunto como consecuencia de culpabilidad homogénea, una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos, aunque puedan dejarse los detalles concretos de su realización para precisarlos después, conforme surja la oportunidad de ejecutarla, siempre, sin embargo, con la existencia de elementos comunes que pongan de manifiesto la realidad de esa ideación global. Es, en suma, el elemento básico y fundamental del delito del art. 74, que puede ser igualmente un dolo continuado cuando la conducta responde al aprovechamiento de idéntica ocasión.

c) Unidad de precepto penal violado, o preceptos semejantes, lo que exterioriza la unidad en el bien jurídico atacado.

d) Homogeneidad en el *modus operandi*, por la idéntica o parecida utilización de métodos, instrumentos o técnicas de actuaciones afines (1103/2001 [LA LEY 1163/2002], 1749/2002 [LA LEY 1240/2002], 523/2004 [LA LEY 1602/2004], 1253/2004 [LA LEY 296373/2004]), 732/2009, de 7 de julio [LA LEY 119120/2009].

e) Identidad en el sujeto infractor (2018/2001, de 3 de abril de 2002 [LA LEY 5502/2002], en este sentido 1235/2004, de 25 de octubre) y de sujeto pasivo, aunque es justo reconocer que esta unidad de sujeto pasivo no se encuentra exigida en el art. 74, 374/2009, de 10 de marzo [LA LEY 40411/2009]. De hecho, la misma Sentencia recoge que en relación a la unidad de sujeto pasivo, no es un requisito absolutamente exigible.

La jurisprudencia ha exigido a su vez una cierta conexidad temporal, de forma que pueda apreciarse un proceso unitario y no distintas acciones no relacionadas entre sí, completamente desconectadas las unas de las otras (1316/2002, de 10 de julio [LA LEY 1212309/2002], 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]). A su vez es necesario que exista una separación temporal o espacio-temporal entre las distintas acciones consideradas que permita afirmar la independencia ontológica de unas respecto de las otras, las cuales son también producto de distintos impulsos o actitudes psicológicas o motivacionales y que todas ellas, aisladamente consideradas, reúnan los requisitos del tipo (760/2003, de 23 de mayo [LA LEY 1418361/2003], 885/2003, de 13 de junio [LA LEY 12838/2003]). **Si esa separación entre unas y otras acciones no es posible, estaremos ante un supuesto de unidad de acción**, que dará lugar a un solo delito y que concurre cuando los mismos movimientos corporales típicos se reiteran en un mismo espacio y de manera temporalmente próxima (varios puñetazos seguidos configuran un único delito de lesiones y varias penetraciones seguidas un único delito de violación —también penetraciones anal, vaginal y bucal en un lapso de tiempo ininterrumpido— 1855/2000, de 4 de diciembre [LA LEY 889/2001], se pronuncia en el mismo sentido, y recogiendo amplia jurisprudencia, 1091/2005, de 22 de septiembre), e inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente o de modo inmediato (885/2003, de 13 de junio [LA LEY 12838/2003], 1937/2001, de 26 de octubre [LA LEY 8366/2001], 670/2001, de 19 de abril [LA LEY 4237/2001]), de manera que para un observador imparcial el hecho puede ser considerado como una misma acción natural, careciendo de sentido alguno descomponerlo en varios actos delictivos (885/2003, de 13 de junio [LA LEY 12838/2003], 760/2003, de 23 de mayo [LA LEY 1418361/2003], 867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002], 1937/2001, de 26 de octubre [LA LEY 8366/2001], 670/2001, de 19 de abril [LA LEY 4237/2001], en este sentido, 175/1997, de 15 de febrero [LA LEY 2476/1997], 705/1999, de 7 de mayo [LA LEY 5747/1999], 991/1999, de 19 de junio [LA LEY 10560/1999], 1160/1999, de 14 de julio [LA LEY 11733/1999], 553/2000, de 4 de abril [LA LEY 6984/2000], 1342/2000, de 18 de julio [LA LEY 11185/2000]).

En el caso del art. 368 (tráfico de drogas) nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina «tipos que incluyen conceptos globales», es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituyen, no un delito continuado, sino una sola infracción penal (519/2002, de 22 de marzo, en este sentido 1914/2000, de 12 de diciembre [LA LEY 743/2001], 467/1999, de 18 de marzo [LA LEY 4457/1999], 1018/1999, de 30 de septiembre [LA LEY 1624/2000], 1387/2000, de 14 de septiembre [LA LEY 11559/2000], 65/2000, de 31 de enero [LA LEY 4534/2000]), de tal forma que ha de entenderse que la pluralidad de actos realizados por el mismo

sujeto no configura una pluralidad de delitos y que adquiriere relevancia solamente como factor de individualización punitiva (1018/1999, de 30 de septiembre [LA LEY 1624/2000]). **Sensu contrario**, y para el caso de diversas ventas sin que entre unas y otras transcurriera un lapso temporal excesivo, se considera **la existencia de delito continuado** en 1527/1998, de 9 de diciembre [LA LEY 1431/1999] y, para el mismo supuesto, no se considera en 1660/2000, de 26 de octubre [LA LEY 7059/2001], ni en 601/2001, de 4 de abril [LA LEY 736879/2001], ya que la consumación se produce con la mera detención de la sustancia y la posterior partición en unidades de tráfico y la realización de actos de disposición se realiza sobre un delito ya consumado, en el que las distintas acciones de tráfico no son sino ejecuciones parciales y fragmentarias de un plan preconcebido que se desarrolla en distintas ocasiones (601/2001, de 4 de abril [LA LEY 736879/2001] y 1660/2000, de 26 de octubre [LA LEY 7059/2001]). Y 1478/2000, de 30 de septiembre [LA LEY 214684/2000], considera la existencia de **concurso real** por haberse incautado en tres ocasiones sucesivas, en el mismo domicilio y en el seno de unas investigaciones, sustancias estupefacientes, lo que constituyen tres figuras delictivas perfectamente consumadas y acabadas.

La STC 306/2000 entendió en un supuesto en que la contaminación ambiental se produjo mediante vertidos que se repetían en el tiempo, que esa plural actividad encajaba en el concepto vertidos que se utiliza en **el art. 347 bis del CP de 1973 y en el 325 del CP vigente de 1995**: Hubo un delito único porque el tipo utiliza en plural una de las expresiones que lo configuran, por lo que **no sería de aplicación el delito continuado al tratarse de un tipo que incluye conceptos globales** (1664/2002, de 28 de marzo de 2003 [LA LEY 1406625/2002], 833/2002, de 2 de junio de 2003 [LA LEY 10869/2004] y 2176/2001, de 23 de noviembre para **el término «vertidos» del actual art. 329 y del anterior 347 bis**, si bien 215/2003, de 11 de febrero [LA LEY 11258/2003] no niega la aplicación del delito continuado del 347.bis al ser conductas que se prolongan en el tiempo durante 15 años).

En este sentido también el término «moneda» de los arts. 386 y 387, o el de «sellos de correos o efectos timbrados» del art. 389, en el capítulo I del título relativo a las falsedades (1914/2000, de 12 de diciembre [LA LEY 743/2001]).

Como establecen, entre otras, las Sentencias de la Sala Segunda de 3 de febrero de 1983 [LA LEY 32392-NS/0000] y 910/1994, de 28 de abril [LA LEY 3178/1994], cuando sean **varias infracciones homogéneas, una en grado de tentativa y otra de consumación, aquélla es absorbida por ésta y se integra en la unidad tipológica del delito continuado**, cuando concurren los presupuestos del art. 74 (1002/2001, de 30 de mayo [LA LEY 7100/2001]), y ello es así porque en el caso de disgregar las distintas acciones en razón del diferente grado de ejecución, se haría de peor condición al reo de la pluralidad de esos delitos de desigual grado de ejecución que al que habiendo logrado consumir todas sus actividades criminales se le imputara, como continuado, un solo delito (1962/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 1893/2001], en este sentido 1136/1999, de 9 de julio [LA LEY 9394/1999], 10 de junio de 1991 [LA LEY 10618/1991], entre otras).

Cuando en una serie de delitos abarcados por un nexo de continuidad, en alguno de ellos concurre una circunstancia agravante, ésta se debe aplicar a todo el hecho continuado, pues de lo contrario se beneficiaría sin fundamento razonable alguno al que, cometiendo un hecho agravado por la ley, comete además otros. A ello se debe añadir que aceptada conceptualmente la unidad de acción por continuidad, al haber un único hecho es indudable que, cuando concurre, en algún momento del mismo, una circunstancia agravante, ésta afecta al hecho en general (24

de noviembre de 1990 [LA LEY 13435-R/1991], y en este sentido, 1236/2002, de 27 de junio, 1217/2004, de 2 de noviembre).

En caso de apreciarse su concurrencia, la **prescripción** debe operar a partir de la consumación del último hecho constitutivo, por sí mismo, de delito (2018/2001, de 3 de abril de 2002 [LA LEY 5502/2002]), entendiéndose que **el delito continuado se consume cuando se ejecuta la última acción que configura el complejo delictivo que se constituye en un único ilícito penal por la conjunción de las distintas acciones que lo integran**. Consumado el delito continuado objeto de enjuiciamiento bajo la vigencia del nuevo Código serán las disposiciones de éste las aplicables a tal efecto y en ningún caso y en ninguna circunstancia podrá extenderse en el tiempo la vigencia de un Código después de la fecha de su derogación (677/2002, de 5 de abril [LA LEY 5914/2002], en este sentido, 1092/1998, de 2 de octubre [LA LEY 10888/1998], 1594/2001, de 11 de septiembre [LA LEY 3664/2002]). La pena que ha de tenerse en cuenta, para determinar el plazo de prescripción del correspondiente delito, es la legalmente establecida como máxima posible para el delito de que se trate, teniendo en cuenta, por tanto, la que pueda imponerse por razón de la continuidad delictiva (por todas, 71/2004, de 2 de febrero [LA LEY 461/2004]), 600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY 117982/2007]).

Delito o falta continuados en infracciones patrimoniales (art. 74.2 inciso primero CP): Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado.

Son tres las posibles consecuencias jurídicas al delito continuado patrimonial:

a) En primer lugar, la consideración del conjunto del perjuicio causado, que permitirá, en su caso, declarar delito las acciones, en principio, constitutivas de falta de estafa y declarar de especial gravedad aquellos resultados que analizados individualmente no alcanzan esa agravación (136/2002, de 6 de febrero [LA LEY 1043625/2002], 482/2000, de 21 de marzo [LA LEY 6296/2000]). **Si el tener en cuenta el perjuicio total causado supone una variación de la calificación jurídica por razón de la cuantía (de faltas a delito o de delitos —básico— a tipo agravado), la especial gravedad de la misma no podrá ser de nuevo tenida en cuenta para posteriores agravaciones de la pena** como la contenida en la segunda parte del 74.2 (155/2003, de 7 de febrero [LA LEY 12155/2003]). Y existen dos razones esenciales para excluir esa aplicación y que son: «a) porque constituiría una infracción del principio *non bis in idem* valorar dos veces en perjuicio del acusado la suma de las cantidades defraudadas, primero para convertir en delito continuado una pluralidad de faltas y luego para agravar la pena con el único fundamento de que, mediante la apreciación de la continuidad delictiva, se ha producido dicha conversión; y b) porque podría ser vulnerado el principio de proporcionalidad, ya que un delito contra el patrimonio perpetrado en una sola acción, de cuantía muy superior a la representada por la suma de varias infracciones menores, podría ser castigado con pena menos grave de la que fuese forzoso imponer al delito continuado por acumulación de faltas», 1254/2004, de 5 de noviembre. Cuando se da esta situación la Sala Segunda considera que se está ante un supuesto de concurso de normas que impide aplicar acumuladamente la penalidad del delito continuado y la del subtipo agravado del art. 250.1.6.º del C. Penal. En esta tesitura la jurisprudencia venía resolviendo generalmente el concurso de normas aplicando sólo el subtipo agravado del art. 250.1.6.º, con arreglo al principio de especialidad o sin que se cite siquiera argumento alguno (1017/1999, de 16 de junio [LA LEY 9611/1999]; 232/2005, de 24 de febrero [LA LEY 44414/2005]; 1280/2006, de 28 de diciembre [LA LEY 175871/2006]; y 123/2007, de 20 de febrero [LA LEY 3294/2007]). Si bien en algunos

casos se aplicaba el tipo básico del delito continuado y quedaba desplazado el subtipo agravado del art. 250.1.6.º del C. Penal (276/2005, 2 de marzo [LA LEY 1331/2005]; 356/2005, de 21 de marzo [LA LEY 11835/2005]; y 1155/2006, de 20 de noviembre [LA LEY 175853/2006]), 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009]. A partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007 se adoptó el siguiente Acuerdo: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74-1.º sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración». Y así, en la nueva jurisprudencia se establece que cuando las distintas cuantías apropiadas fuesen individualmente insuficientes para la calificación del art. 250.1-6.º, pero sí globalmente consideradas, el reciente Pleno de esta Sala Segunda de fecha 30 de octubre 2007 tomó el acuerdo de que en los delitos patrimoniales la pena básica no se determinará en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado, acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1-6.º, dado que los delitos, aún inferiores en su consideración individual a 36.000euros, en conjunto superan esa cifra, si bien no se aplicará el art. 74.1 sino el apartado 2 del referido precepto, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena mediante la aplicación de la del subtipo agravado del art. 250.1.7.º y no la del art. 249 del C. Penal (919/2007, de 20 de noviembre [LA LEY 180044/2007]; 8/2008, de 24 de enero [LA LEY 471/2008]; 199/2008, de 25 de abril [LA LEY 61778/2008]; 563/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 132394/2008]; y 662/2008, de 14 de octubre [LA LEY 169553/2008]), 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009].

b) En segundo lugar, cuando las acciones que se integran en el delito continuado, por sí mismas, ya suponen la aplicación de la agravación de especial gravedad, será de aplicación la regla del primer párrafo de los arts. 69 bis (CP/1973) y 74 (CP/1995) (136/2002, de 6 de febrero [LA LEY 1043625/2002], 482/2000, de 21 de marzo [LA LEY 6296/2000]). La Sala Segunda ha venido afirmando la compatibilidad de la aplicación de la figura del delito continuado con la del subtipo agravado por la especial cuantía de la defraudación (art. 250.1.6.º CP), cuando uno de los hechos individuales que configuran la continuidad delictiva alcanza una cuantía de 36.000 euros (el origen de los 36.060,73 euros se encuentra en el párrafo 7.º del art. 529 del CP 1973 que se refería a la especial gravedad que para su estimación como muy cualificada a la que se refería el art. 528 CP, inicialmente se fijó en cantidades superiores a los 2.000.000 de ptas. y posteriormente a los 6.000.000 de ptas., lo que se mantuvo en relación al actual 250.1.6.º del vigente CP pero traducido a euros, si bien ya sin el valor de muy cualificada porque esta hiper-agravación no se recogió en el actual Código, 662/2008, de 14 de octubre [LA LEY 169553/2008]), aunque en los otros episodios fácticos el valor sea inferior, sin que se infrinja en estos casos el principio *non bis in idem*. La razón es clara: el delito continuado es más grave que el delito único, pues se compone de una continuidad de varios hechos. Consiguientemente, si cada uno de los actos de la continuidad por sí mismos son ya más graves que los del tipo básico, es lógico que la agravación por la continuidad no pueda quedar sin contenido. Además, se trata de una mayor represión de una pluralidad de hechos unificados por circunstancias especiales que dan lugar a una unidad jurídica específica (doctrina establecida en 2036/2001, de 6 de noviembre [LA LEY 1647/2002], que ha sido ratificada después en 1236/2002, de 27 de junio [LA LEY 7375/2002]; 155/2003, de 7 de febrero [LA LEY 12155/2003]; 1111/2003, de 22 de julio [LA LEY 128848/2003]; 605/2005, de 11 de mayo [LA LEY 1688/2005]; 700/2006, de 27 de junio [LA LEY 70344/2006]; y 416/2007, de 23 de mayo [LA LEY 26759/2007], entre otras), 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009]. A partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de octubre de 2007 se adoptó el siguiente

Acuerdo: «El delito continuado siempre se sanciona con la mitad superior de la pena. Cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. La regla primera del art. 74.1.º sólo queda sin efecto cuando su aplicación fuera contraria a la prohibición de doble valoración». Tras este Acuerdo, la Sala de Casación, según se subraya en 662/2008, de 14 de octubre [LA LEY 169553/2008], como último intérprete de la legalidad ordinaria penal ha establecido que en relación a la compatibilidad del subtipo agravado del 250.1.6.º y la continuidad delictiva procede la aplicación del subtipo de especial gravedad siempre que la totalidad de las diversas defraudaciones superen la cantidad de 36.000 euros, siendo además aplicable, dada la continuidad delictiva del art. 74, pero sólo en su párrafo 2.º (ya no se exige el requisito de que alguna de las partidas defraudadas, por sí sola excediera de dicha cantidad), 835/2009, de 14 de julio [LA LEY 125285/2009]. Aclara la 784/2009, de 14 de julio [LA LEY 125266/2009] que en 63/2009, de 2 de febrero [LA LEY 2645/2009], se recogen las consecuencias del acuerdo plenario de esta Sala antes citado y, aunque en el caso la penal del subtipo agravado se justificaba por el empleo de cheque, se acude al argumento de no dejar sin sanción el exceso de desvalor derivado de algunas de las acciones típicas cometidas cuando ya las anteriores por sí solas justifican la aplicación de dicho subtipo agravado. Dijimos en dicha Sentencia: En efecto la pena básica del delito de estafa en lo que respecta a la privación de libertad es de prisión de seis meses a tres años. Pena que se eleva a prisión de uno a seis años en el subtipo agravado del art. 250.1.3.º, por el uso en las estafas de cheques falsificados. Esta calificación es la que corresponde a cada una de las estafas cometidas individualmente consideradas. Pero se trata de cuatro estafas sucesivas cometidas como delito continuado. La desvaloración que la continuidad delictiva merece en el Código Penal, que se traduce en un incremento punitivo, que en general es según el art. 74.1 imponer en su mitad superior la pena de la infracción más grave, quedaría sin virtualidad si esa continuidad se resolviera, según el núm. 2 del art. 74 sólo con atender al perjuicio total causado. Esto no supondría una pena distinta de la que ya sería imponible por la realización del engaño mediante cheque, es decir, prisión de uno a seis años. Con lo cual, siendo ésta la pena de cada una de las estafas individuales la punición con igual pena del conjunto de todas ellas en continuidad delictiva convertiría a la continuidad en algo intrascendente, en contra del desvalor que refleja el art. 74. Por ello, la continuidad delictiva en estos casos se ha de resolver con arreglo al art. 74.1, es decir, aplicando la pena de la infracción más grave —en este caso cualquiera de las cuatro estafas agravadas— que es de un año a seis años en su mitad superior, es decir, prisión de tres años y seis meses a seis años. En efecto, cuando una de las infracciones a considerar unitariamente, satisface las exigencias típicas del subtipo agravado, y, además, concurren otras infracciones que, bien en su conjunto, bien en alguna de las demás, también llega a cumplir los presupuestos del subtipo agravado, debe estimarse éste y sancionarse con arreglo a la pauta del apartado 1 del art. 74 del Código Penal pues, en tal caso, no existe reiteración alguna de un mismo criterio para tipificar y graduar la pena. Y eso era lo decidido en el acuerdo plenario citado, 784/2009, de 14 de julio [LA LEY 125266/2009].

c) Por último, los mencionados artículos previenen una especial disposición para el denominado delito masa (136/2002, de 6 de febrero [LA LEY 1043625/2002], 482/2000, de 21 de marzo [LA LEY 6296/2000]). Éste, el delito masa, guarda una relación de especialidad con el delito continuado y así lo considera el Código vigente, al diferenciar, como ya se ha dicho, el concepto genérico del delito continuado (art. 74.1) aplicable a cualquier género de delito (salvo los que afecten a bienes eminentemente personales), del delito masa que se materializa y especifica cuando las reiteradas infracciones delictivas de carácter patrimonial afectan a una generalidad de personas (144/1998, de 17 de marzo). **Si el tener en cuenta el perjuicio total causado supone una**

variación de la calificación jurídica por razón de la cuantía (de faltas a delito o de delitos —básico— a tipo agravado), la especial gravedad de la misma no podrá ser de nuevo tenida en cuenta para posteriores agravaciones de la pena como la contenida en la segunda parte del 74.2 (155/2003, de 7 de febrero [LA LEY 12155/2003]).

La dimensión patrimonial propiamente dicha de la **malversación** ha llevado a la Sala Segunda a someter la continuidad delictiva de esta infracción a las reglas penológicas de los delitos contra el patrimonio (687/1998, de 10 de mayo de 1999 [LA LEY 6977/1999]).

Aunque **el delito fiscal** —y concretamente, el de elusión del pago de tributos— tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado en caso de concurso real, la definición legal del tipo que nos ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imponderables diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios diversos, le dan al delito fiscal **una estructura específica difícilmente compatible con la continuidad delictiva, nunca apreciada por la Sala Segunda** que, en Sentencias como 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000] y 20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001] ha castigado por separado los múltiples delitos fiscales cometidos en cada caso sin plantearse siquiera la posibilidad de unificarlos en un delito continuado (2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003], 2115/2002, de 3 de enero de 2003 [LA LEY 11566/2003], 325/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1076/2004]).

Delito masa (art. 74.2, inciso segundo, CP): En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Señala 439/2009, de 14 de abril, que el delito masa es una modalidad agravada del delito continuado, pero que tiene características propias que le dotan de una autonomía y sustantividad propias, de suerte que queda justificado el tratamiento punitivo diferenciado que prevé el art. 74-2.º último inciso. En definitiva es una respuesta diferente a una realidad distinta. Podrá discutirse la oportunidad del legislador de haberlo regulado conjuntamente con el delito continuado, con el que comparte tangencialmente elementos comunes, tales como su naturaleza patrimonial y su exasperación penal o la conveniencia de una regulación propia y más detallada. En todo caso puede estimarse el delito con sujeto pasivo masa es un aliud frente al delito continuado patrimonial. Como elementos vertebradores del delito masa, la doctrina científica ha señalado dos:

a) Así como en el delito continuado puede darse una doble modalidad de dolo: el dolo preconcebido de quien diseña *ex ante* toda la operación, o el dolo ocasional exteriorizador del que aprovecha idéntica ocasión (teoría de la tentación), en el delito con sujeto pasivo masa, sólo será posible el dolo preconcebido.

b) El delito con sujeto pasivo masa se integra por dos elementos propios: notoria gravedad y múltiples perjudicados. Lo notorio según el diccionario RAE es «lo público y sabido de todos» o, dicho de otro modo, lo que es conocido públicamente, lo que es evidente y no ofrece dudas —Diccionario del Español Actual—. Lo notorio unido al sustantivo gravedad, en clave económica, nos lleva a una gravedad económica fuera de toda discusión, y claramente diferente a la nota de especial gravedad del art. 250.1.6.º CP, no es una gravedad reforzada sino algo distinto. El segundo elemento definidor es la existencia de «una generalidad de personas». Hay que re-

cordar que la misma expresión se encuentra en el art. 65 LOPJ, apartado 1.c), al asignar a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional las defraudaciones «(...) que produzcan o puedan producir (...) perjuicio patrimonial en una generalidad de personas (...)». El concepto «generalidad de personas» hace referencia a un grupo numeroso de personas, incluso indeterminado que no tiene porqué tener un vínculo común, salvo el de ser destinatarios de la actividad ilícita del autor.

Ambos elementos han de ir unidos, es decir debe existir un número significativo de personas que han tenido un perjuicio concreto porque dado el número de víctimas la suma de todos los perjuicios hace que pueda hablarse de notoria gravedad. En definitiva, el delito masa o con sujeto pasivo masa, es aquel en el que el plan preconcebido contempla ya desde el inicio el dirigir la acción contra una pluralidad indeterminada de personas, sin ningún lazo o vínculo entre ellas, y de cuyo perjuicio individual pretenden obtener los sujetos activos, por acumulación, un beneficio económico muy superior.

En definitiva, los elementos de este delito masa son tres: —Un elemento normativo constituido por tratarse de un delito contra el patrimonio. —Un elemento objetivo porque ha de revestir notoria gravedad y —Un elemento subjetivo porque los sujetos pasivos han de constituir una generalidad de personas, lo que enlaza esta figura delictiva con los fraudes colectivos y los delitos de cuello blanco.

La Sentencia de 12 de diciembre de 1981 apreció el delito masa en la acción de quien aparentando ser directivo de una entidad benéfica en apoyo de enfermos subnormales, hizo suyas las cantidades que voluntariamente le entregaron una gran cantidad de personas, para atender a aquel fin y ello por importe de millones de pesetas. El auto de 18 de noviembre de 1989 calificó como generalidad de personas a una mayoría de personas o muchedumbre, lo que se reitera en la STS 1111/2003, de 22 de julio, para rechazar —en ese caso— su aplicación porque en el caso enjuiciado los perjudicados fueron nueve personas y el perjuicio diecisiete millones de pesetas. De igual manera, rechazan su aplicación 218/2006 de 2 de marzo y 270/2007 de 29 de marzo, por falta de la nota de generalidad de persona —se trataba, respectivamente de ocho y diez personas—, y lo mismo se acuerda en 129/2005 de 11 de febrero con un perjuicio de once millones de pesetas y 45 personas.

Excepciones matizadas (art. 74.3 CP): Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.

Han sido razones de justicia material, de política criminal y de técnica jurídica las que han impulsado primero la creación doctrinal y jurisprudencial de la figura y luego su consagración en los textos legales, desde la reforma de 1983. Las mismas razones antes mencionadas conducen al legislador a excluir con carácter general del delito continuado las ofensas a bienes eminentemente personales, aunque excepcional de esa anterior excepción los supuestos de ataques al honor o a la libertad sexual (la reforma de 2003 añadió un obstáculo para permitir al vuelta a la regla de la continuidad: que el sujeto pasivo fuera el mismo, 802/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 189436/2008]), en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para apreciar o no la continuidad delictiva (art. 74.3 CP), 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]. Consiguientemente, además de los requisitos generales previstos en el apartado

primero, cuando se trate de esta clase de infracciones es preciso que las distintas acciones u omisiones afecten al mismo sujeto pasivo. Sin embargo, tales previsiones no significan que, en todo caso, concurriendo los requisitos generales y el específico al que se acaba de hacer referencia, deba apreciarse el delito continuado cuando la acción delictiva sea plural, pues incluso en estos supuestos, la Ley prevé que deba atenderse a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. Por lo tanto, debe procederse a un examen de la naturaleza del hecho y del precepto para establecer la posibilidad de aplicar la continuidad delictiva, 998/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 216879/2007].

Cuando nos encontramos ante bienes íntima e intrínsecamente ligados a la persona, como la vida y la integridad corporal, cualquier ataque a los mismos impide su consideración unitaria. Como se ha dicho por la jurisprudencia, no cabe construir una unidad jurídica, cuando las diversas ofensas inciden sobre valores o intereses vitales para la persona humana, (367/2001, de 22 de marzo [LA LEY 3268/2001]). Constante doctrina jurisprudencial de la Sala segunda —21 de diciembre de 1982, 9 de febrero de 1984 [LA LEY 8539-JF/0000], 22 de enero de 1985 [LA LEY 56311-NS/0000], 8 de julio de 1991, 383/1992, de 21 de febrero [LA LEY 1473/1992], 1840/1993, de 15 de julio [LA LEY 4085-5/1993], 884/1995, de 17 de julio [LA LEY 1000865/1995]— viene señalando que se producen **tantos delitos de corrupción de menores cuantos sean los sujetos afectados por la acción corruptora** (320/1997, de 15 de marzo [LA LEY 4593/1997]). La prostitución coactiva afecta a bienes eminentemente personales (409/2009, de 17 de abril).

a) Infracciones contra el honor que afecten al mismo sujeto pasivo

Tan sólo resulta apreciable la **continuidad en las expresiones injuriosas** cuando claramente se muestren guiadas por una unidad de acción y desenvueltas en idéntica situación temporo-espacial, en cuyo caso no puede hablarse de varias infracciones del mismo precepto, sino de una infracción continuada, y resulta factible graduar la pena en más o en menos según la gravedad objetiva del hecho, dentro de las facultades que el legislador confiere al Juzgado o Tribunal. En segundo lugar, no existirá tal continuidad delictiva, sino una única infracción, cuando, por tratarse de infracciones instantáneas que quedan consumadas y agotadas en el momento de ser realizados los actos que las integran, exista un único dolo o propósito de atentar contra el honor. Por último, como tercera posibilidad, no podrá hablarse de un único *animus iniuriandi* cuando estemos ante infracciones distintas y claramente diferenciadas, supuesto en el que se entenderán renovados los diversos dolos, motivando por lo tanto que se consideren diferentes hechos perseguibles (504/2004 y 12 de junio de 1995) 49/2006, de 24 de enero.

En el caso de autos, la Juez a quo analiza y expone cuáles son las circunstancias del caso que desaconsejan la aplicación de la continuidad delictiva, así que se trata de tres publicaciones diferentes, que están distanciadas en el tiempo, y que pueden llegar a diferentes lectores produciendo con cada una de ellas una lesión distinta en el honor y la imagen de la perjudicada, y no cabe duda de que la diferenciación temporal entre cada publicación con el añadido inherente de que sus destinatarios puedan ser diferentes permite otorgar una individualización y autonomía a cada conducta que justifica la calificación efectuada por la Juez sentenciadora, que se debe así mantener (SAP Madrid, 384/2007 de 20 de septiembre).

Simplemente recordar que con arreglo a cuanto previene el número 3 del art. 74 del Código Penal, salvo que los hechos constitutivos de infracciones contra el honor afecten a un mismo

sujeto pasivo —circunstancia que no es el caso, pues que como se ha repetido a lo largo de la presente resolución, las personas afectadas por la actuación atentatoria a su dignidad personal, cometida por el acusado, tal y como se declara con absoluta razonabilidad probado en la Sentencia recurrida, son tres personas físicas y una persona jurídica—, no puede aplicarse el régimen en definitiva privilegiado desde la perspectiva penológica de la «continuidad delictual» (SAP Navarra 232/2005, de 29 de diciembre [LA LEY 249705/2005]).

b) Infracciones contra la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo.

Señala 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008], que con toda evidencia, la libertad sexual es un bien eminentemente personal, lo que hace que la excepción a la excepción deba interpretarse de modo restrictivo, por lo cual no es fácil apreciar en todo caso la existencia de delito continuado en aquellos supuestos en que se acredite una pluralidad de infracciones contra la libertad sexual ejecutadas por un solo delincuente. Así lo ha entendido la Sala Segunda que, con carácter general, ha rechazado la existencia de continuidad delictiva en los delitos contra la libertad sexual, declarando que cada vez que se comete un acto atentatorio contra esa libertad, aunque sea con el mismo sujeto pasivo, hay un delito diferente y se renueva en cada acción concreta ante la incapacidad del sujeto pasivo de consentirla (1695/2000, de 7 de noviembre [LA LEY 894/2001]), de forma que **existiendo pluralidad de acciones** (existirá unidad de acción y no una pluralidad de acciones, entendida ambas en el sentido de relevancia penal, cuando la pluralidad de actuaciones sean percibidas por un tercero no interviniente como una unidad por su realización conforme a una única resolución delictiva y se encuentren vinculadas en el tiempo y en el espacio, 820/2005, de 23 de junio) **sólo es posible el delito continuado en agresiones contra la libertad e indemnidad sexual cuando se trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco único de una relación sexual, de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo** —678/1996, de 11 de octubre [LA LEY 9899/1996], 1083/1996, de 26 de diciembre [LA LEY 1432/1997], 246/1996, de 15 de marzo [LA LEY 4315/1996], 1003/1997, de 8 de julio [LA LEY 8220/1997], 2/1998, de 12 de enero, 190/1998, de 16 de febrero, 548/1998, de 22 de abril, 1153/1998, de 6 de octubre [LA LEY 29/1999], 1031/2000, de 9 de junio [LA LEY 8673/2000], 1002/2001, de 30 de mayo [LA LEY 7100/2001]—, **situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo** (1316/2002, de 10 de julio [LA LEY 1212309/2002], 812/2003, de 3 de junio [LA LEY 1432047/2003]).

También se ha referido la Sala segunda a la necesidad de aplicar restrictivamente esta excepcional posibilidad e individualizar la calificación jurídica cuando los actos tengan una estructura y alcance claramente discernibles (1695/2000, de 7 de noviembre [LA LEY 894/2001]), lo que ocurrirá cuando se trata de agresiones sexuales, es decir, en aquellos casos en que el sujeto activo haya empleado violencia o intimidación para vencer la resistencia de la víctima en cada ocasión en que haya atacado a su libertad sexual, de modo que sea posible una mínima individualización de cada una de las conductas constitutivas de agresión sexual, resultando, por el contrario, más improbable cuando los hechos se repitan aprovechando un estado o situación permanente de prevalimiento por cualquier causa o de falta de consentimiento. Así, aunque los hechos afecten al mismo sujeto pasivo y se produzcan en el marco de una relación familiar, si son hechos en los que el acusado empleó violencia e intimidación y resultan suficientemente individualizados como para poder afirmar que en cada caso fue preciso renovar la acción de intimidación para conse-

guir doblar la voluntad de la víctima y atentar así contra su libertad e indemnidad sexual, nos encontramos ante agresiones sexuales variadas y diferenciadas en concurso real (1316/2002, de 10 de julio [LA LEY 1212309/2002]). Así, debe negarse la continuidad delictiva cuando pueda apreciarse una individualización manifiesta de cada uno de los actos por responder a impulsos eróticos diferenciados, porque cada brote sexual haya aparecido de forma intermitente, con acaceres o lapsus temporales intermedios que vienen a aislar y a dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales (48/2009, de 30 de enero [LA LEY 1169/2009]).

Resumiendo, establece 1132/2004, de 13 de octubre [LA LEY 2186/2004], que se trata de una excepción de la excepción que viene siendo atendida por esta Sala, si de una sola víctima se trata, con carácter siempre excepcional (2235/1992, de 22 de octubre, y 127/1998, de 2 de febrero, por ejemplo) tan sólo en dos supuestos: a) cuando puede afirmarse una unidad natural de la acción, dada la inmediata proximidad de los ataques a la libertad sexual, producidos en unidad de acto y con una secuencia prácticamente ininterrumpida, aunque integren de por sí sucesivos atentados a la libertad sexual de la víctima (1855/2000, de 4 de diciembre y 134/2001, de 6 de febrero, entre otras); y b) más excepcionalmente, en aquellos casos en los que aunque esos ataques de contenido sexual se hubieren llevado a cabo en diversas ocasiones a lo largo del tiempo, concurre una carencia probatoria para poder precisar con concreción suficiente su número y circunstancias individuales, conformando un verdadero estado permanente de sometimiento a los deseos libidinosos del autor, se presentan como un verdadero *continuum* en la configuración del comportamiento infractor, como manifestación de un dolo unitario (95/1999, de 26 de enero, o 1049/1999, de 28 de junio). Pero **cuando se encuentran perfectamente individualizados cada acto atentatorio al bien jurídico personal, separados por un lapso considerable de tiempo, buscando cada ocasión propicia para ello y ejerciendo la presión intimidatoria de forma independiente, hallándonos, en definitiva, ante un dolo renovado para la comisión de cada uno de los delitos, no cabe, en modo alguno, la apreciación de la continuidad delictiva** que, de otra parte, de aceptarse aquí impediría absolutamente la posibilidad de aplicar el criterio general de exclusión de la misma cuando de ataques a bienes personales se trata, como explícitamente prevé el precepto de referencia, 1132/2004, de 13 de octubre [LA LEY 2186/2004].

Artículo 75.

Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33 y ss., 70, 73 y 77.

En el cumplimiento sucesivo de las penas, cuando todas ellas no puedan extinguirse simultáneamente (art. 69 CP 1973), en cuya imposición (equivalente en este caso, a ejecución), se seguirá el orden de su respectiva gravedad, para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible (posibilidad que se relaciona con las limitaciones penológicas que se determinan en la regla segunda de tal precepto), y que han de ejecutarse mediante la siguiente fórmula: a) primeramente, por el orden de su respectiva gravedad, conforme a una escala que el propio precepto diseña, en

atención a las diversas clases de penas privativas de libertad que se configuraban en el Código Penal derogado (esto es, desde la pena de reclusión mayor hasta la pena de arresto mayor, y desde el extrañamiento hasta el destierro), algo que hoy se predica exclusivamente en función de la gravedad de las penas (art. 75 CP), que ha de traducirse en que será más grave aquella pena privativa de libertad que tenga mayor duración con respecto a las restantes; b) la segunda fórmula determina que tal sucesión en el cumplimiento de las penas lo ha de ser respecto a las ya cumplidas, de modo que acabada de extinguir una, ha seguirse con el cumplimiento de la siguiente, con el precitado orden de gravedad; c) finalmente, solamente se altera tal orden de cumplimiento sucesivo, «por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas», continuando, en tal caso, con las restantes, todo ello como resulta con absoluta claridad del contenido de la regla primera del art. 70 del Código Penal, Texto Refundido de 1973. Ahora bien, bajo estas consideraciones, y puesto que nuestra legislación no cuenta en su catálogo de penas con la de reclusión perpetua, el legislador diseña un sistema de limitaciones temporales para el cumplimiento de las diversas penas que hayan sido impuestas al mismo culpable, cuando todas ellas no puedan ser cumplidas simultáneamente. Tales limitaciones no son fruto de los más recientes Códigos, sino que fueron ya proclamadas por el Código Penal de 1870. Estas limitaciones son de dos tipos: una, impuesta por discutibles razones de política criminal, limita el cumplimiento total de la condena del culpable, al tripló del tiempo por el que se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas (esto es, cumplidas sucesivamente), cubrieren el máximo de tiempo predicho —art. 76.1 CP 1995—; otra limitación, esta vez fundada en razones humanitarias y de proscricción de tratos o penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), previene una duración máxima de treinta años de prisión, mediante el cumplimiento de las sucesivas penas impuestas en un mismo proceso, o tras la verificación de una operación de acumulación jurídica —art. 76.2 CP 1995—. Sin embargo, el Código Penal vigente (de 1995) contiene otros tipos de limitaciones escalonadas (una básica de 20 años, pero otras superiores, que se sitúan en 25, 30 o 40 años de prisión, tras su modificación por LO 7/2003) —art. 76.1 CP 1995—, 197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006].

En el presente caso, el problema que se plantea en definitiva es la posible prescripción de la pena de arresto de fin de semana, por existir una imposibilidad material de su cumplimiento por parte de la acusada, ya que ésta está pendiente del cumplimiento de otras diecisiete condenas anteriores. La respuesta, como señala el Ministerio Fiscal en su recurso, ha de venir de una interpretación adecuada y racional del art. 75 del C. Penal, especialmente poniéndolo en relación con el art. 73. Dicho precepto establece que al responsable de dos o más delitos o faltas se les impondrá todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas, precepto éste que regula el denominado concurso real de delitos, respecto del cual la doctrina comenta que con arreglo al sistema penológico establecido en el vigente C. Penal y a la clasificación de las penas que prevé el art. 32 no cabe el cumplimiento simultáneo de dos penas privativas de libertad, razón por la que habrá de acudirse a lo dispuesto en el art. 75, según el cual cuando las penas correspondientes a las diversas infracciones no puedan cumplirse simultáneamente por el condenado, como es el presente caso, se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo, en cuanto sea posible. En este caso no ha existido por parte del estado ningún abandono o dejación en cuanto al cumplimiento efectivo de la pena, sino, como decíamos anteriormente, una imposibilidad de cumplimiento simultáneo de las penas, cumplimiento que habrá de ajustarse entonces a las reglas que prevén los artículos citados, incluso la posibilidad, si es que concurrieran los requisitos para ello, de la refundición de condenas, pues de seguirse la tesis del Juzgado de lo Penal, no ya en el caso de varias condenas impuestas en varias Sentencias, sino en el caso de varias penas privati-

vas de libertad impuestas en una misma Sentencia, se podría llegar al absurdo de que las penas privativas que tuvieran el plazo de prescripción más corto siempre quedarían prescritas, pues su plazo no se empezaría a cumplir hasta que hubiera terminado de cumplirse la pena más larga, y por el contrario, una pena de distinta naturaleza, aunque fuera leve (por ejemplo, la pena de multa), nunca prescribiría porque se podría cumplir de forma simultánea. En definitiva, como señala 543/2001, de 29 de marzo, «(...) Una cosa es el plazo de prescripción de la pena (la propia de un delito, o de diversos delitos, individualmente considerados) y otra el límite al cumplimiento sucesivo de las penas (...)», cuestión ésta que afecta propia y decisivamente a lo que es el modo y la forma de cumplimiento efectivo de la pena y no a lo que es el plazo de prescripción de la misma (SAP Madrid 791/2003, de 22 de octubre [LA LEY 134494/2003]).

Artículo 76.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de 20 años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De 25 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión de hasta 20 años.

b) De 30 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

c) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y, al menos, dos de ellos estén castigados por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

d) De 40 años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código y alguno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión superior a 20 años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno sólo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 77 y 78.

LECrim.: arts. 17, 18, 142, 300 y 988.

Modificado por la LO 7/2003, en vigor desde 2 de julio de 2003, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el máximo de cumplimiento efectivo de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido, declarando extinguidas las que procedan desde que las

ya impuestas cubran dicho máximo, que no podrá exceder de veinte años. Excepcionalmente, este límite máximo será:

a) De veinticinco años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión de hasta veinte años.

b) De treinta años, cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos y alguno de ellos esté castigado por la Ley con pena de prisión superior a veinte años.

2. La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

Trascendencia constitucional

El procedimiento que establece el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de ser contemplado desde una perspectiva constitucional (1462/1998, de 24 de noviembre [LA LEY 879/1999] y STC 130/1996, de 9 de julio [LA LEY 7246/1996]) y lo mismo puede afirmarse, en concreto, de la limitación de las penas del art. 70 CP/1973 —hoy 76 CP vigente— (SSTC 11/1987, de 30 de enero [LA LEY 711-TC/1987] y 147/1988, de 14 de julio [LA LEY 1075-TC/1988]), porque puede afectar a derechos fundamentales. Su trascendencia explica que el legislador previera la posibilidad de recurso de casación en estos casos (1958/2002, de 20 de noviembre [LA LEY 10700/2003]), si bien en los recursos de casación referentes a expedientes de acumulación jurídica de penas no será aplicable el art. 76 del vigente Código Penal, salvo que las condenas cuya acumulación se interese se hayan dictado conforme al nuevo Código Penal, bien en origen, o bien tras la revisión efectuada por el Tribunal sentenciador (Acuerdo en JG de 12 de febrero de 1999).

Regla penológica del concurso real de delitos: triple del tiempo por el que se le imponga la más grave de las penas en que haya incurrido (art. 76.1 CP)

Esta limitación obedece a discutibles razones de política criminal, porque rompe con el principio constitucional de cumplimiento de las penas, que resulta del contenido del art. 118 de la Constitución española [«es obligado cumplir las sentencias (...) firmes de los Jueces y Tribunales (...)»], y establece un cierto principio de impunidad, por el que resulta que el autor de más de tres delitos de la misma gravedad, no cumplirá sanción alguna por todos los restantes, sin fundamento alguno, cualquiera que sea su número, y que origina situaciones de trato discriminatorio respecto de otro sujeto que cometiendo idénticas infracciones tenga ya alguna Sentencia condenatoria que rompa con la posibilidad de tal acumulación. No es éste, sin embargo, el objeto de nuestra resolución judicial. Para aplicar tales limitaciones en el cumplimiento sucesivo de las penas, y que dará lugar a la condena total resultante (que es un concepto diferente de la suma de las penas impuestas y que se han de cumplir sucesivamente de la manera ya expresada —art. 75 CP—), se ha de operar con un criterio de conexidad. El apartado segundo de la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973 (76.2 CP 1995), dispone que «la limitación se aplicará aunque las penas se hubieran impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo» (párrafo éste adicionado por la Ley 3/1967, de 8 de abril, 197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006]).

Con relación a la aplicación del límite máximo establecido en el art. 76.1 CP (triple pena más grave, que no podrá exceder de 20 años), el mismo opera naturalmente sólo respecto a las penas ya acumuladas de forma que las posteriores que no han podido ser objeto de acumulación por

lo señalado anteriormente estarán sujetas a un nuevo límite conforme al precepto señalado, pues de lo contrario existiría lo que esta Sala ha denominado «patrimonio punitivo» a favor del condenado, de forma que las nuevas penas impuestas serían incluidas automáticamente en el límite señalado con anterioridad disponiendo del correspondiente margen hasta alcanzarlo, lo cual no es posible (468/2007 de 23 de mayo [LA LEY 26748/2007], 91/2008, de 18 de febrero [LA LEY 39048/2008]).

Criterios sobre los límites máximos de cumplimiento efectivo de condena (art. 76.1 CP)

El argumento de la Sala para aplicar el límite máximo de treinta años, pasa por considerar que las penas que se contemplan en el art. 76, son las penas en abstracto. Nada tenemos que objetar a esta valoración, pero no se puede aplicar este criterio tomando siempre, como referencia, el delito consumado. Si el delito es consumado la pena será la máxima que marque el tipo penal correspondiente. Si el delito es intentado, la pena será la del grado inferior en toda su extensión, es decir, la pena abstracta es toda la que permite la aplicación de la pena inferior considerada en toda su extensión. Luego barajando todas las opciones de bajada en uno o dos grados, la pena abstracta puede ir desde cinco años hasta veinte años pero nunca puede llegarse a una pena superior a los veinte años.

Debe señalarse la irretroactividad del art. 76 en su apartado 1.d) actual, solamente aplicable a partir de la vigencia de la reforma introducida por LO de 2003, 815/2009, de 22 de julio.

El delito intentado es una categoría propia y distinta del consumado, por lo que tiene límites penológicos autónomos (302/2004, de 11 de marzo).

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2.^a del art. 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triplo de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10 años. $20 + 10 = 30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años (**197/2006, de 28 de febrero** [LA LEY 338/2006]).

Criterios sobre la acumulación de condenas (art. 76.2 CP): La limitación se aplicará aunque las penas se hayan impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión o el momento de su comisión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.

La referencia que hace el art. 76.2 CP a la conexión de los hechos, puede ser de diversas clases: la llamada conexión procesal, que obliga a interpretar la misma de conformidad con la regla 5.^a del art. 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, fundada en la analogía o relación entre los diversos delitos que se imputen a una persona que no hubieren sido hasta entonces sentenciados; la denominada conexión material, que responde a exclusivos criterios de acumulación de delitos, a modo de concurso real, sin fijarse en la índole o entidad de tales infracciones; y finalmente, la conexidad temporal, que considera la agrupación por épocas delictivas. Respec-

to a esta última, hace tiempo que la jurisprudencia mantiene que carece de todo fundamento legal (SSTS 15.4.1994 y 27.4.1994), decantándose por un sentido hermenéutico de la llamada «acumulación de condenas», que responda a las reglas del concurso real, y es por ello, por lo que la jurisprudencia ha interpretado con mucha amplitud y flexibilidad el mencionado requisito de la conexidad, de modo que todos los delitos que sean imputados a una persona, pueden ser (o podrían haber sido), objeto de enjuiciamiento conjunto (en su solo proceso), abriendo la vía de la acumulación jurídica, con el efecto de la aplicación de tales limitaciones. Únicamente se excluyen aquellos hechos delictivos que pretendan acumularse a otros que ya hayan sido objeto de enjuiciamiento, existiendo, por consiguiente, una previa Sentencia firme. Este criterio cronológico es, por el contrario, firme y rigurosamente exigido por la jurisprudencia, de modo que los hechos posteriores cometidos tras una Sentencia condenatoria no pueden ser, de modo alguno, objeto de acumulación a otros ya enjuiciados. Se fundamenta tan estricto criterio en razones legales (pues procesalmente nunca podrían haber sido juzgados en un proceso anterior, cerrado por la previa constitución de una relación litigiosa, que ha devenido en el dictado de una Sentencia), y en razones de política criminal, pues en otro caso se crearía una verdadera patente de impunidad. Dicho criterio cronológico ha sido incorporado recientemente al texto de la Ley, y así, el art. 76.2 del vigente CP, tras la modificación operada por LO 7/2003, condiciona la acumulación de las diversas infracciones del penado al momento de su comisión, en clara referencia al expresado criterio cronológico (197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006]).

Como resume la Sentencia 572/2003, de 21 de abril [LA LEY 1391383/2003] (en términos análogos, 770/1998, de 30 de mayo, 292/1999, de 17 de febrero [LA LEY 2789/1999], 272/1999, de 17 de febrero [LA LEY 3179/1999], 471/1999, de 17 de marzo [LA LEY 3952/1999], 688/1999, de 18 de mayo [LA LEY 6402/1999], 1140/1999, de 27 de julio [LA LEY 11354/1999], 473/2000, de 23 de marzo [LA LEY 6157/2000], 980/2000, de 31 de mayo [LA LEY 8999/2000], 1353/2000, de 24 de julio [LA LEY 11201/2000], 1623/2000, de 23 de octubre [LA LEY 1782/2001], 1670/2000, de 2 de noviembre [LA LEY 7067/2001], 1691/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 6114/2001], 1714/2000, de 8 de noviembre [LA LEY 6113/2001], 1564/2000, de 16 de octubre [LA LEY 826/2001], 1596/2000, de 16 de octubre [LA LEY 823/2001], 1588/2000, de 18 de octubre [LA LEY 835/2001], 2042/2000, de 4 de enero de 2001 [LA LEY 400487/2000], 627/2001, de 11 de abril, 668/2001, de 18 de abril [LA LEY 7840/2001], 1058/2001, de 6 de mayo [LA LEY 6153/2001], 943/2001, de 25 de mayo [LA LEY 6149/2001], 350/2001, de 30 de octubre [LA LEY 941467/2001], 1074/2000, de 8 de junio de 2001 [LA LEY 1164/2002], 734/2001, de 30 de abril [LA LEY 762502/2001], 1188/2002, de 26 de junio [LA LEY 7365/2002], 1684/2000, de 17 de octubre de 2002 [LA LEY 11545/2003], 143/2003, de 7 de febrero [LA LEY 12145/2003] y ATS 2371/2001, de 31 de octubre [LA LEY 1274109/2001]) desde parámetros meramente procedimentales, una jurisprudencia recientemente consolidada, interpretativa de la regla 2.ª del art. 70 del CP/1973, y del art. 76 del CP/1995 —1325/1992, de 30 de mayo, 2370/1992, de 6 de noviembre, 1744/1993, de 7 de julio [LA LEY 13353/1993], 1058/1994, de 23 de mayo [LA LEY 3345/1994], 842/1995, de 3 de julio [LA LEY 2653/1995], 151/1996, de 15 de febrero [LA LEY 3050/1996], 557/1996, de 18 de julio [LA LEY 8541/1996], 690/1997 de 19 de mayo [LA LEY 8882/1997], 1249/1997 de 17 de octubre, 1599/1997 de 22 de diciembre [LA LEY 1070/1998], 11/1998 de 16 de enero [LA LEY 1607/1998], 275/1998 de 27 de febrero, 303/1998 de 16 de abril— se basa en los principios y orientaciones que a continuación se exponen:

a) Las reglas sobre acumulación deben interpretarse en relación a las normas constitucionales prohibitivas de penas inhumanas y degradantes (art. 15 de la CE), y que fijan como fines de las

penas la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la CE), y en general, atendiendo el principio de favorecimiento al reo.

b) La conexidad exigida en los arts. 70 del CP y 988 de la LECrim., es, más que la objetiva basada en la analogía y relación esencial entre los hechos delictivos a que se refiere la regla 5.ª del art. 17 de la Ley Procesal Penal, la conexidad temporal (nada tienen que ver con el dato de la conexión procesal establece, 1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001]), entendiéndose que sólo podrán acumularse las penas por hechos delictivos que hubiesen podido ser enjuiciados en un mismo proceso. Cabrá, por tanto, la refundición de las condenas por delitos que no estuviesen sentenciados en el momento de la comisión del hecho que ha dado lugar a la última condena, debiendo tenerse en cuenta que **a efectos de acumulación ha de atenderse a la fecha de la Sentencia condenatoria y no a la de la firmeza de ésta, pues es claro que una vez sentenciada una causa, ya no podrán enjuiciarse en ella hechos distintos, por más que aquélla no devenga firme hasta fecha posterior a su dictado** (1307/2000, de 17 de julio [LA LEY 11179/2000], 558/2000, de 28 de marzo [LA LEY 6019/2000], 684/2000, de 14 de abril [LA LEY 6677/2000], entre otras). No podrán acumularse las penas impuestas con anterioridad a la perpetración de los hechos delictivos originadores de la última condena (por todas, 572/2003, de 21 de abril [LA LEY 1391383/2003]). Así, **la clase concreta de delito cometido no ha de ser obstáculo que pudiera impedir su aplicación** (la clase o naturaleza del delito no influye en absoluto para que tenga efectividad la refundición —1261/2002, de 2 de julio [LA LEY 7370/2002], 848/2002, de 14 de mayo [LA LEY 10102/2003], 757/2002, de 22 de abril [LA LEY 6657/2002], 1565/2001, de 5 de septiembre [LA LEY 8887/2001], 1184/2001, de 13 de junio [LA LEY 8279/2001], 839/2001, de 8 de mayo [LA LEY 5902/2001], y, en este sentido, 1249/1997, de 17 de octubre, 11/1998, de 16 de enero [LA LEY 1607/1998], 328/1998, de 10 de marzo [LA LEY 3591/1998], 880/1999 de 3 de junio [LA LEY 8738/1999] y 894/1999, de 3 de junio [LA LEY 6570/1999], 1304/1999, de 27 de septiembre [LA LEY 11359/1999], 1790/1999, de 20 de diciembre [LA LEY 3111/2000], 1824/1999, de 23 de diciembre [LA LEY 3172/2000], etc.—). Este criterio amplio en beneficio del reo **permite la acumulación de todas las condenas que, por la época en que ocurrieron los hechos delictivos podrían haber sido objeto de un único procedimiento, aplicándose este criterio con la máxima amplitud en cuanto a la interpretación de la conexión expresamente exigida en nuestras normas penales** (819/1999, de 25 de mayo [LA LEY 6426/1999]), sin que se exija analogía o relación entre los diversos delitos cometidos (182/2003, de 7 de febrero [LA LEY 1325770/2003], 509/2001, de 21 de marzo [LA LEY 716433/2001]) **y las reglas contenidas en los arts. 70 CP/1973 y 76 CP pueden en principio ser aplicadas tanto a Sentencias nacionales como extranjeras** (1129/2000, de 27 de junio [LA LEY 10643/2000]).

c) El órgano judicial que ha de resolver sobre la refundición de las penas, es el que dictó la última condena, según expresamente establece el art. 988 de la LECrim. en el caso de que no procediera acumular las penas de la última Sentencia a las otras, podrá acordar la refundición de las penas impuestas por los otros Tribunales o Juzgados, si en ellas concurrieron las condiciones legalmente exigidas.

d) No procederá la aplicación de los topes máximos penológicos del triple de la pena mayor o de los treinta o los veinte años de prisión, cuando tales límites supongan una penalidad superior a la que resulte de la suma de todas las penas impuestas.

e) Deben constar en la resolución los siguientes datos: fecha de la Sentencia condenatoria, (antes fecha de la firmeza de la misma pero no es ya necesaria la firmeza de las mismas por Acuer-

do de Sala General de 29/11/2005 que resolvió que no es necesaria la firmeza para el límite de acumulación, 885/2009, de 14 de julio), fecha de ocurrencia de los hechos probados, síntesis de los mismos, delito o delitos cometidos, condena que se ha impuesto, y en caso de multa, el arresto personal sustitutorio por su impago —y si efectivamente se ha satisfecho, o no, tal multa— (por todas, 572/2003, de 21 de abril [LA LEY 1391383/2003]).

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la existencia de refundiciones o acumulaciones anteriores no impiden un nuevo examen de la situación cuando se conozcan nuevas condenas que pudieran ser susceptibles asimismo de acumulación, 472/2009, de 7 de mayo [LA LEY 84792/2009].

De lo que se trata es de que a todos los supuestos de concurso real de delitos se les dé siempre y, en todo caso, el mismo tratamiento penológico, al margen de aspectos adjetivos referentes a la forma en que hayan sido enjuiciados los diferentes delitos en concurso (436/1995, de 21 de marzo [LA LEY 16771-R/1995], transcrita por 557/1996, de 18 de julio [LA LEY 8541/1996]), de tal forma que **únicamente se deben excluir de la refundición aquellas condenas cuyos hechos ocurrieron con posterioridad a la firmeza de las Sentencias anteriores, ya que ello impide que pudiera seguirse en una misma causa** (472/2009, de 7 de mayo [LA LEY 84792/2009], 105/2004, de 30 de enero [LA LEY 1542846/2004], 1600/2003, de 24 de noviembre [LA LEY 1532095/2003], 729/2003, de 16 de mayo [LA LEY 10443/2004], 687/2003, de 8 de mayo [LA LEY 1391408/2003], 651/1998, de 13 de mayo, entre otras), es decir, **las penas impuestas por Sentencia firme no pueden acumularse a otras derivadas de hechos posteriores a tal firmeza** (1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001], 722/2000, de 25 de abril [LA LEY 8440/2000], 1067/1998, de 28 de septiembre [LA LEY 11058/1998], 367/1998, de 31 de marzo [LA LEY 5077/1998], 557/1996, de 18 de julio [LA LEY 8541/1996] —con respecto a la firmeza de las resoluciones, como dijimos, 1307/2000, de 17 de julio [LA LEY 11179/2000], 558/2000, de 28 de marzo [LA LEY 6019/2000], 684/2000, de 14 de abril [LA LEY 6677/2000], entre otras, consideran que **ha de atenderse a la fecha de la Sentencia condenatoria y no a la de la firmeza de ésta, pues es claro que una vez sentenciada una causa, ya no podrán enjuiciarse en ella hechos distintos**—). Tal y como señala 197/2006, de 28 de febrero, hemos acordado recientemente (Pleno no Jurisdiccional, de 29 de noviembre de 2005) que la fecha a tener en cuenta para cerrar ese ciclo cronológico no es la fecha de la Sentencia firme, sino la fecha de la Sentencia condenatoria definitiva, y hemos mantenido también que, por no poderse juzgar en un mismo proceso, no es posible materialmente la acumulación de ciertos delitos (como el quebrantamiento de condena, respecto a la Sentencia en ejecución), o los delitos cometidos en el seno de la propia institución penitenciaria, cuyo ingreso quedó determinado por la condena previa, 197/2006, de 28 de febrero.

Sólo cabe acumular entre sí aquellas condenas penales relativas a hechos de una misma época, entendiendo épocas diferentes aquellas que se encuentran separadas por la existencia de alguna Sentencia condenatoria (826/2009, de 1 de julio [LA LEY 125269/2009], 1206/2003, de 17 de septiembre [LA LEY 10650/2004], 85/2003, de 27 de enero [LA LEY 1318628/2003], 1898/2001, de 22 de octubre [LA LEY 990973/2001], 734/2001, de 30 de abril [LA LEY 762502/2001], 1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001], 513/2001, de 30 de marzo [LA LEY 716430/2001], 377/2001, de 9 de marzo [LA LEY 562389/2001], 1596/2000, de 16 de octubre [LA LEY 823/2001], 1399/2000, de 15 de septiembre [LA LEY 11604/2000], 1353/2000, de 24 de julio [LA LEY 11201/2000], 1045/2000, de 29 de junio [LA LEY 9379/2000], 722/2000, de 25 de abril [LA LEY 8440/2000], 980/2000, de 31 de mayo [LA LEY 8999/2000], 473/2000, de 23

de marzo [LA LEY 6157/2000], 109/2000, de 4 de febrero [LA LEY 4349/2000], 1851/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 3120/2000], 1656/1999, de 25 de noviembre [LA LEY 1251/2000], 896/1999, de 5 de noviembre [LA LEY 1236/2000], 1469/1999, de 21 de octubre [LA LEY 676/2000], 1308/1999, de 24 de septiembre [LA LEY 61/2000] y 819/1999, de 25 de mayo [LA LEY 6426/1999]). **Sólo serían acumulables todas las condenas por delitos que no estuviesen ya sentenciados en el momento de la comisión del hecho que da lugar a la última resolución, con independencia de que tuviesen analogía o relación entre sí, pues todos ellos podrían haber sido enjuiciados en un solo proceso** (1580/2003, de 24 de noviembre [LA LEY 1532071/2003], 1958/2002, de 20 de noviembre [LA LEY 10700/2003], 1567/2002, de 14 de octubre [LA LEY 11519/2003], 507/2002, de 19 de marzo [LA LEY 6662/2002], 341/2002, de 27 de febrero [LA LEY 5909/2002], 25/2002, de 18 de enero, 2329/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 988601/2001], 2378/2001, de 13 de diciembre, 1202/2001, de 15 de junio [LA LEY 1176/2002], 1820/2001, de 9 de octubre [LA LEY 915803/2001], 1375/2001, de 2 de julio [LA LEY 1178/2002], 1539/2001, de 24 de julio [LA LEY 1208/2002], 496/2001, de 22 de marzo [LA LEY 7503/2001], 410/2001, de 12 de marzo [LA LEY 7502/2001], 230/2001, de 15 de febrero [LA LEY 716402/2001], 700/2001, de 18 de abril, 96/2001, de 26 de enero [LA LEY 716404/2001], 1542/2000, de 6 de octubre [LA LEY 7062/2001], 1420/2000, de 19 de septiembre [LA LEY 215437/2000], 1284/2000, de 12 de julio [LA LEY 11164/2000], 1016/2000, de 5 de junio [LA LEY 9346/2000] y 785/2000, de 28 de abril [LA LEY 7484/2000] —es decir, serán acumulables todas las penas impuestas mediante Sentencia recaída en el período entre la última de las Sentencias y el hecho que la origina—). Dentro de dicho límite temporal, las penas objeto de la potencial acumulación, serán todas aquellas que se encuentren pendientes de cumplimiento (1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001], 722/2000, de 25 de abril [LA LEY 8440/2000], en este sentido, 609/1998, de 5 de mayo [LA LEY 6051/1998]) y si aparecieran nuevas condenas por delitos no contemplados en la anterior resolución sobre acumulación dictada conforme al art. 988 de la LECrim., habrá de dictarse un nuevo auto para hacer un cómputo que abarque la totalidad de las condenas (557/1996, de 18 de julio [LA LEY 8541/1996]), debiendo ser consideradas a su vez las condenas ya cumplidas (1971/2000, de 25 de enero de 2001 [LA LEY 400714/2000]).

Por otra parte, si ya se ha producido una acumulación y en la fecha en que el penado estando en dicho período de cumplimiento acumulativo comete nuevos delitos, resulta inviable una nueva acumulación, so pena de propiciar la emisión de una inaceptable «carta de impunidad indefinida» o «salvoconducto delictivo *de facto*», en tanto que ello implicaría la concesión de un licencia penológica vetada legal y jurisprudencialmente por amparar refundiciones sucesivas sobre penas que ya fueron objeto de expedientes acumulativos anteriores y que alcanzarían a otras derivadas de hechos posteriores a la firmeza de condenas precedentes (1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001]). Cabe hablar de bloques penológicos obtenidos en acumulaciones autónomas, mas no de acumulaciones sobredimensionadas, sucesivas e indiferenciadas con los que abarcar —a base de postulaciones reiteradas y, en parte, redundantes— todas las posibilidades de sanción de las actuaciones que ofrece una vida delictiva (1005/2001, de 31 de mayo [LA LEY 762484/2001], 722/2000, de 25 de abril [LA LEY 8440/2000]). Con relación a la aplicación del límite máximo establecido en el art. 76.1 CP. (triple pena más grave, que no podrá exceder de 20 años), el mismo opera naturalmente sólo respecto a las penas ya acumuladas de forma que las posteriores que no han podido ser objeto de acumulación por lo señalado anteriormente estarán sujetas a un nuevo límite conforme al precepto señalado, pues de lo contrario existiría lo que esta Sala ha denominado «patrimonio punitivo» a favor del condenado, de forma que las nuevas penas

impuestas serían incluidas automáticamente en el límite señalado con anterioridad disponiendo del correspondiente margen hasta alcanzarlo, lo cual no es posible (468/2007 de 23 de mayo [LA LEY 26748/2007]), 91/2008, de 18 de febrero [LA LEY 39048/2008].

Nos encontramos con dos quebrantamientos de condena (ejecutorias 343/1999 y 285/00), delitos que hemos declarado reiteradamente que ya no es que no guarden analogía alguna con el resto del historial delictivo del delincuente (particularmente, delitos contra el patrimonio), sino que son de difícil acumulabilidad, pues no parece procedente acumular la pena del ingreso en prisión y a su vez, el quebrantamiento de la misma, porque no pueden tolerar ser enjuiciadas en un mismo proceso, por lo que no procede su refundición (595/2006, de 8 de mayo [LA LEY 62750/2006], 988/2005 [LA LEY 163703/2005]).

El expediente histórico-penal del recluso en el que se recojan las acumulaciones de condenas y cuantas vicisitudes puedan afectar a la liquidación en su día practicada, ha de considerarse «vivo» en tanto no recaiga Auto de licenciamiento definitivo y éste adquiera firmeza, lo que evidencia su importancia y, por otro lado, la existencia de un trámite procesal con intervención del Ministerio Fiscal que, en su caso, podrá impugnar la resolución. Con esta última afirmación se pone de manifiesto que la resolución recurrida carece de razón cuando sostiene que después de practicada la liquidación de condena ya no existe ningún trámite legal que permita la modificación de dicha liquidación. El trámite legal es el Auto de licenciamiento, que no es en absoluto baladí, automático o meramente ritual, sino que tiene la importante función de verificar la forma en que se cumplen las penas acumuladas, el cómputo de éstas y la manera de efectuarse ese cómputo. Buena prueba de ello, es que se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informara, 734/2008, de noviembre [LA LEY 169465/2008].

«Doctrina Parot»: 197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006].

Ahora bien, una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, nos lleva a considerar que **el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario.** Las razones que nos llevan a esta interpretación son las siguientes: a) una primera aproximación gramatical nos conduce a tener presente que, en modo alguno, el Código Penal considera la limitación de treinta años como una nueva pena, y que sobre ella se aplican las redenciones de que pueda beneficiarse el reo, sencillamente porque no dice eso; b) todo lo contrario: pena y condena resultante son dos módulos diferentes; la terminología del Código Penal se refiere a la limitación resultante con el término de «condena», de modo que construye los diversos máximos de cumplimiento de tal condena con respecto a las respectivas «penas» impuestas, tratándose de dos módulos distintos de computación, que se traducen, conforme a la regla primera, en el cumplimiento sucesivo de las diversas penas por el orden de su gravedad, hasta llegar a los dos tipos de máximos que diseña el sistema (el triple del tiempo de la más grave de las penas que se le impusieron o, en todo caso, el aludido de treinta años); c) esta interpretación resulta también de la forma con que el Código se expresa, pues tras el referido cumplimiento sucesivo de penas, el penado dejará «de extinguir [es decir, de cumplir] las que procedan [esto es, las siguientes en el orden citado] desde que la ya impuestas [cumplidas] cubrieren el máximum de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años»; d) que los referidos treinta años no se convierten en una nueva pena distinta de las anteriores impuestas al reo, se demuestra también porque la condena total resultante se encuentra englobada

bajo los parámetros de un concurso real, resultado de la aplicación del art. 69 del Código Penal estudiado (al culpable de dos o más delitos se le imponen todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, o sucesivo, por las reglas del art. 70), sin embargo en nuestro sistema jurídico solamente resulta una nueva pena distinta de las diversas infracciones cometidas, como consecuencia de la aplicación de un delito continuado (*ex art. 69 bis, hoy 74*), o de un concurso ideal (medial o pluriofensivo, *ex art. 71, hoy 77*), cuya construcción dogmática en la moderna doctrina permite afirmar que resulta una nueva pena distinta y diversa de las correspondientes a las infracciones cometidas; e) teleológicamente, porque carecería de cualquier sentido que por el expresado camino de la acumulación se convirtiera en una nueva pena única de treinta años un amplio historial delictivo, igualando injustificadamente al autor de un solo delito con el condenado a una multitud de ellos, como es el caso enjuiciado. En efecto, carecería de cualquier lógica que por tal regla significase punitivamente lo mismo, cometer un asesinato que doscientos; f) si se solicitase la gracia de indulto, no podría ser sobre la condena total resultante, sino de una, varias o todas las penas impuestas, en cuyo caso informaría, como órgano sentenciador, el que la hubiere impuesto, y no el órgano judicial llamado a aplicar la limitación (el último de ellos), lo que evidencia que las penas son diferentes, y por si fuera poco, la regla primera del art. 70 del Código Penal de 1973, determina cómo se verifica en ese caso el cumplimiento sucesivo «por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas»; g) y, para terminar con el razonamiento, procesalmente es lo que determina con toda claridad el art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues con esta operación lo que se hace es fijar el límite del cumplimiento de las penas impuestas (dicho así en plural por la Ley), «determinando el máximo de cumplimiento de las mismas» (expresado de igual forma así de claro).

Es, por ello, que el término a veces empleado, llamando a esta operación una «refundición de condenas», sea enormemente equívoco e inapropiado. Aquí nada se refunde para compendiar todo en uno, sino para limitar el cumplimiento de varias penas hasta un máximo resultante de tal operación jurídica. **Consiguientemente, las varias penas se irán cumpliendo por el reo con los avatares que le correspondan, y con todos los beneficios a los que tenga derecho. Por tanto, en la extinción de las penas que sucesivamente cumpla aquél, se podrán aplicar los beneficios de la redención de penas por el trabajo conforme al art. 100 del Código Penal.**

De tal modo, que la forma de cumplimiento de la condena total, será de la manera siguiente: se principiará por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 del Código Penal de 1973. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante.

Por ejemplo, consideremos a un condenado a 3 penas, 1 de 30 años, otra de 15 años y otra de 10 años. La regla 2.^a del art. 70 del Código Penal de 1973, que sería el aplicable en el ejemplo, determina que el tope de cumplimiento efectivo es el límite que represente o bien el triple de la más grave, o el máximo de treinta años. En el ejemplo, sería el máximo de 30 años de cumplimiento efectivo. El cumplimiento sucesivo de las penas (de la condena total) comienza con la primera, que es la pena más grave (la de 30 años de prisión). Si hubiera redimido (por los conceptos que sean), 10 años, tendría cumplida la pena a los 20 años de estancia en prisión, declarándosele extinguida; a continuación, pasaría a cumplir la siguiente pena por el orden de su respectiva gravedad (esto es, la de 15 años), si de ésta redime 5 años, la tendría cumplida en 10

años. $20 + 10 = 30$. Ya no podría cumplir más penas, dejando de extinguir las que procedan, como literalmente dice el Código Penal aplicado, desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho que no podrá exceder de treinta años.

A la vista de estos parámetros interpretativos, la resolución judicial dictada por la Audiencia Nacional, no puede mantenerse. En efecto, se basa dicha resolución para formar dos bloques distintos de cumplimiento sucesivo en una desconexión temporal que carece de cualquier fundamento, y que ni tiene anclaje en la Ley (art. 70.2.^a CP 1973), ni en la jurisprudencia de esta Sala Casacional que la interpreta.

En efecto, primeramente descarta la acumulación total de las condenas bajo el argumento de que el período delictivo que comprenden todas ellas es «tan largo que no puede admitirse que exista una mínima conexión cronológica entre ambas infracciones», que cifra en prácticamente doce años, de donde extrae la consecuencia (que no puede ser otra, dicen los Jueces *a quibus*), que «negar que entre estos dos delitos exista la conexidad que hubiese podido permitir su enjuiciamiento en un único proceso». Olvida la Audiencia Nacional que el segundo párrafo de la regla segunda del art. 70 del Código Penal, edición de 1973, no condiciona a temporalidad alguna la aplicación de las limitaciones que proclama. Su propia interpretación es incoherente, al disponer dos bloques acumulables de nada menos que de seis años cada uno, olvidando que el único criterio que justifica la unidad de enjuiciamiento no es una vinculación temporal, sino un criterio de conexidad. Y la propia Sala de instancia no desconoce que tal criterio ha sido muy favorable al reo en la interpretación de mencionada conexidad, como expresamente dejan constancia y llevan los aludidos Jueces a la resolución judicial impugnada, con cita de jurisprudencia de esta Sala.

En segundo lugar, procede a practicar la resolución combatida una desconexión temporal en dos bloques distintos de condenas que acumula, bajo el argumento de que la actividad delictiva se interrumpe desde el día 16 de abril de 1982 y no se reanuda hasta el 21 de noviembre de 1984 (es decir, más de dos años después) y en el seno de otro comando distinto. Pues, bien, aparte de lo indiferente que resulta a los efectos de poder ser enjuiciado en un solo proceso, la pertenencia a uno o más comandos (sin más datos que justifiquen esta decisión), es lo cierto que lo equivocado de esta interpretación resulta de que si H.P.N. hubiera seguido cometiendo atentados interrumpidamente, tal actuación delictiva le hubiera sido paradójicamente más favorable, pues, en ese caso, se le podría aplicar, en tesis de la recurrida, una acumulación total de las penas impuestas, de modo que permitiera una limitación de treinta años de prisión para el cumplimiento sucesivo de sus diversas infracciones criminales. Lo desacertado de tal interpretación resulta, por tanto, patente.

En conclusión, siendo los hechos que han sido aisladamente enjuiciados, susceptibles de ser considerados conexos, en los términos que ya hemos analizado con anterioridad, que en este caso es palpable, pues como ha señalado la propia Sala de instancia, todos los delitos por los que ha sido condenado H.P.N., «se encuentran relacionados con su actividad dentro de la banda terrorista ETA», ha de operarse una única acumulación de penas para todos ellos, con el límite legal de treinta años de cumplimiento sucesivo. Y ello porque, habiéndose impuesto las penas en distintos procesos, y no pudiendo aplicar criterio cronológico corrector alguno (en tanto que todos los hechos cometidos son anteriores a la primera condena impuesta), se está en el caso de aplicar la regla segunda del art. 70 del Código Penal, Texto Refundido de 1973, y en su consecuencia, estimando el motivo, apoyado por el Ministerio fiscal, declarar la limitación del cumplimiento de las penas relacionadas en los antecedentes de esta resolución judicial en la suma referida de treinta años de prisión, que se cumplirán sucesivamente, en los términos anteriormente razonados.

La Sala debe subrayar que esta interpretación ratifica una línea interpretativa seguida en diversos precedentes respecto del entendimiento de las normas de acumulación jurídica posterior de las penas correspondientes al concurso real. En especial reiteramos aquí la significación que la jurisprudencia viene dando al requisito que establece que, si las penas se han impuesto en distintos procesos, la llamada acumulación de condenas estará condicionada por la posibilidad de que «por su conexión, [los hechos] pudieran haberse enjuiciado en uno solo».

Ejemplo de tal línea jurisprudencial son las Sentencias 1817/1999, de 24 de diciembre, y 1223/2005, de 14 de octubre. En la primera de ellas se sostuvo, con fuerte crítica del criterio contrario, que «la pena constituye la medida de la culpabilidad para cada uno de los delitos aisladamente considerados, por lo que su valoración, a efectos de una posterior acumulación, también tiene que hacerse individualmente, sin tener en cuenta, como nueva pena, el límite del triple de la pena mayor de las impuestas en los supuestos de concurso real». En la segunda se decidió que «para obtener el conjunto triple ha de tenerse en cuenta la pena concreta impuesta a cada delito y no la condena total establecida en Sentencia cuando sean juzgados varios delitos». No existe ninguna razón que permita afirmar que el criterio de consideración individual de las penas sólo sería de aplicación en el caso del límite determinado por el triple de la pena más grave, pero que no lo sería en el caso del límite derivado del máximo de cumplimiento. En ambos casos se trata de lo mismo: el límite de cumplimiento efectivo.

Es de subrayar, de cualquier manera, que el problema específico presentado por este caso es el de la interpretación del art. 100 CP 1973 en relación al 70.1 del mismo. Sobre esta problemática no existen pronunciamientos reiterados de esta Sala, en el sentido del art. 1.6 Código Civil, que contradigan la interpretación establecida en nuestras anteriores consideraciones.

Las Sentencias de 29-9-1992 y la de 24-6-1994, y otras similares, no han interpretado que el límite de cumplimiento constituya una pena total que reemplaza a las individualmente impuestas en los casos de concurso real, sino que se han referido a un problema distinto, el de la unidad penitenciaria de ejecución de las penas sucesivas, cuestión que se relaciona a las necesidades del tratamiento penitenciario, que en nada afecta a la consecuencia jurídica del concurso real.

La STS de 8.3.1994, sin embargo, interpretó que el límite de ejecución del art. 70.2.^a CP 1973 «opera ya como una pena nueva resultante y autónoma», basándose para ello en el art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Sin embargo, esta Sentencia no podría ser invocada como un precedente vinculante, dado que su fallo no ha sido luego reiterado en la forma prevista por el art. 1.6 del Código Civil. La circunstancia de que un precedente no haya tenido durante doce años aplicación reiterada, pone de manifiesto, en todo caso, que esa Sentencia mantuvo un punto de vista que no ha sido incorporado a la jurisprudencia. La Sala entiende, por otra parte, que la interpretación allí brevemente expuesta, además, no es ajustada a la finalidad de los preceptos aplicables al caso. Fundamentalmente se estima que la decisión de dicha Sentencia, al apoyarse en un precepto meramente reglamentario (el citado art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente), referido a la libertad condicional y no a la acumulación de penas, no podría, dada la menor jerarquía de la norma que le sirve de fundamento, determinar el sentido del art. 70 del Código Penal de 1973. Tal razonamiento infringiría el principio de jerarquía normativa impuesto en el art. 9.3 CE. Si se pensara, sin tener en consideración el art. 1.6 del Código Civil, que esta resolución introduce una modificación vinculante de la interpretación jurisprudencial o de la que se ha venido haciendo en la práctica penitenciaria sobre las reglas primera y segunda del art. 70 del Código Penal de 1973 y que ello afectaría la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) del recurrente, debemos señalar,

en primer lugar, que el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los cambios jurisprudenciales motivados suficientemente no infringen el derecho a la igualdad del art. 14 CE (SSTC 42/1993 y 71/1998). En segundo lugar, sería pertinente recordar que la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia jurisprudencia (*ad exemplum*, STS 1101/1998) no consideran aplicable a la jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias. Por todo ello, teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años, que se extenderá hasta el año 2020 (197/2006, de 28 de febrero [LA LEY 338/2006]).

El Auto de licenciamiento definitivo dictado por el Tribunal de Instancia, de 21 de septiembre de 2007, al concretar y fijar definitivamente al término de la ejecución el máximo de cumplimiento respecto de las penas que se habían acumulado, manteniendo antiguos criterios y liquidaciones, afectó sustancialmente, modificándolo, el límite de cumplimiento efectivo de 20 años que de forma apriorística fue fijado en el Auto de 30 de noviembre de 1998, pues, al hacer aquella concreción definitiva, comprobando la forma de cumplimiento, debió aplicar y no lo hizo la norma penal vigente —arts. 75 y 76.1 del Código Penal de 1995, equivalentes a los arts. 69 y 70 del anterior Código— interpretada conforme a doctrina jurisprudencial vigente en el momento en que se dictó, sin que desde luego ello suponga ningún tipo de retroactividad penal infractora del art. 25 CE. Por todo lo expuesto, el motivo casacional debe ser estimado, casada y anulada la resolución recurrida y devolviéndose las actuaciones al Tribunal remitente a fin de que, previos los trámites y diligencias pertinentes, se practique nueva liquidación de condena al penado José Francisco de las penas que le fueron acumuladas en su día, de manera que, manteniéndose el límite máximo en veinte años de privación de libertad, el cumplimiento de la condena total se efectuará principiando por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 76 del Código Penal. Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante, 734/2008, de 14 de noviembre [LA LEY 169465/2008].

La Jurisprudencia en torno a la interpretación de los arts. 76.1 y 2 CP ya había sido declarada en el Pleno Jurisdiccional de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2.006, reiterándose y consolidándose después en diversas resoluciones de esta misma Sala. Lo que aquí ha habido es una norma legal, no nueva, sino preexistente cuya actual interpretación, repetida y reiterada desde el Pleno de la Sala Segunda antes mencionado y aplicada en las Sentencias resolutorias de diferentes recursos de casación, justifica sobradamente la modificación de la anterior liquidación de condena practicada conforme a unos criterios que en la actualidad son considerados contrarios a derecho (STS 14-11-08). Dice el recurrente en su conclusión del motivo que la resolución recurrida con base en la interpretación de la STS 197/06 «modifican de manera grave, contraria a derecho y al reo, la aplicación de normas de carácter sustantivo, rompiendo con los criterios doctrinales y jurisprudenciales establecidos hasta el momento» cuya consecuencia es que al condenado no se le concede un derecho establecido por la ley y que no ha sido modificado sin motivo para dicho cambio de actitud, produciéndose una vulneración del principio de legalidad establecido en los arts. 25.1 y 2. Pero lo cierto es que la resolución recurrida se limita a establecer la aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 28-2-06 y co-

mo dicha resolución indica expresamente «la doctrina ampliamente mayoritaria y nuestra propia Jurisprudencia (*ad exemplum*, STS 1101/1998) no consideran aplicable a la Jurisprudencia la prohibición de irretroactividad, que el texto del art. 25. 1 CE reserva a la legislación y el del art. 9.3 a disposiciones legales o reglamentarias» sin que suponga infracción constitucional alguna el hecho de que el condenado deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente, con un máximo de ejecución de treinta años. Está claro que la pretensión del recurrente de que no se practique la liquidación de su condena de forma acorde a la recogida en la Sentencia de esta Sala de 28-2-06 es impropio, A 1529/2009, de 25 de junio.

Artículo 77.

1. Lo dispuesto en los dos artículos anteriores, no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más infracciones, o cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra.

2. En estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones.

3. Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 70, 73 y 383.
LECr.: arts. 17.3.^a y 300.

El art. 77 del Código Penal de 1995, correspondiente al 71 del anterior texto legal, contempla dos diferentes figuras de concursos de delitos para los que establece la misma regla punitiva. Para el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], 590/2004, de 6 de mayo).

Delimitación conceptual del concurso ideal de delitos o faltas (art. 77.1 CP)

Se entiende que existe concurso ideal, conforme al art. 77.1 del Código Penal, cuando un solo hecho constituye dos o más infracciones. La cuestión se centra en determinar cuándo nos encontramos ante un solo hecho, aspecto requerido como elemento básico del concurso ideal (788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003]). La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]).

Delimitación conceptual negativa frente al concurso de normas (art. 8 CP)

Citando a 580/2006, de 23 de mayo [LA LEY 62742/2006], señala 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008] que «sabida es la grave dificultad que hay, en general, para

distinguir entre concurso de leyes o normas y concurso de delitos, particularmente cuando se trata de examinar si se produjo absorción de un delito más simple en otro de mayor complejidad (art. 8.3.1 CP). En estos casos, ha dicho y repetido la Sala Segunda (875/2004 de 29 de junio, 1706/2002 de 9 de octubre), que de acuerdo con la doctrina, sólo cabe un criterio de valoración jurídica sumamente impreciso: si la aplicación de una norma cubre la totalidad de la significación antijurídica del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; si para abarcar toda esa significación antijurídica es preciso acudir al castigo conforme a las dos leyes en juego, estamos ante un concurso de delitos, real o ideal, según las características de cada hecho. La cuestión planteada está íntimamente relacionada con el principio *non bis in idem* que como señala la STC 221/1997 de 4 de diciembre [LA LEY 214/1998], si bien no aparece expresamente reconocido en el texto constitucional, ha de estimarse comprendido en su art. 25.1 en cuanto integrado en el derecho fundamental a la legalidad penal con el que guarda íntima relación (SSTC. 2/1981 [LA LEY 7092-NS/0000], 154/1990 [LA LEY 55905-JF/0000]y 204/1996 [LA LEY 960/1997] entre otras). En lo que concierne a la esfera jurídico-penal el principio *non bis in idem* aparece vinculado a la problemática referida al concurso de delitos y a la pluralidad de procesos penales, así como a la excepción procesal de la cosa juzgada. Pues bien, hemos de afirmar que si se constata adecuadamente el doble castigo penal por un mismo hecho, a un mismo sujeto y por idéntica infracción delictiva, tal actuación punitiva habría de reputarse contraria al art. 25.1 CE, sin que la observancia de este mandato constitucional pueda quedar eliminada o paliada por la naturaleza más o menos compleja del delito cuya imputación ha determinado la doble condena penal. Siempre que exista identidad fáctica, de ilícito penal reprochado y de sujeto activo de la conducta incriminada, la duplicidad de penas, y un resultado constitucionalmente proscrito y ello con independencia de que el origen de tal indeseado efecto sea de carácter sustantivo o bien se asiente en consideraciones de naturaleza procesal». En este sentido, la 458/2003 de 31 de marzo reitera que «cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuricidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3.ª que recoge el criterio de la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume o otro más simple (...)». Pero la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando «ninguna parte injusta del hecho» queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos (892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]). De entrada, la redacción del nuevo art. 8, en que el recurso a los criterios de solución que se ofrecen, viene precedido por la reserva de que los hechos no estén comprendidos en los arts. 73 a 77, suscita la duda de si no se ha de resolver en primer lugar si los hechos han de incardinar en las figuras de los concursos real e ideal de delito que los citados artículos regulan dejando el recurso al art. 8.º como solución subsidiaria, pero sólo cuando alguna parte relevante de los hechos quede huérfana de una adecuada valoración penal habrá que recurrir a estimar infracciones separadas que violan dos distintas normas penales. Y si con la aplicación de las reglas del art. 8 se puede dar solución punitiva a todos los aspectos desvalorativos relevantes del hecho se puede afirmar la existencia de un solo delito, permitiéndose así el respeto del principio constitucional *non bis in idem*, 1385/1998, de 17 de noviembre [LA LEY 493/1999].

La regla fundamental para conocer si estamos ante **un concurso de normas a resolver, conforme al art. 8 CP, o un concurso de delitos, real (art. 73) o ideal (art. 77)**, ha de ser necesariamente una valoración jurídica por la cual, si la sanción por uno de los dos delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible, nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en el caso contrario, ante un concurso de delitos (372/2003, de 14 de

marzo [LA LEY 1653/2003], 48/2003, de 23 de enero [LA LEY 1388/2003], 1706/2002, de 9 de octubre [LA LEY 10557/2003], 1400/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 122/2006]).

En el caso del concurso de normas, el bien jurídico afectado por el delito es el mismo, aun cuando aparentemente existan dos normas aplicables para su sanción penal. Como ejemplo, ninguna coincidencia de bien jurídico existe entre los delitos de asesinato y de quebrantamiento de medida cautelar del art. 468. La vida en el primero y, en el segundo, la eficacia de los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales en orden a la ejecución y cumplimiento de determinadas penas o medidas (221/1999, de 15 de febrero [LA LEY 3267/1999], 223/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1330/2005]).

Delimitación conceptual negativa frente al concurso real (art. 73 CP)

La dogmática penal nos enseña que mientras en el **concurso real** existen varios hechos y varias infracciones, el denominado **ideal o formal** supone una unidad de hecho y una pluralidad de infracciones, poniendo de relieve la dogmática alemana que precisa la consideración combinatoria de varios tipos para contemplar el desvalor total de un hecho unitario (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002], 326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998]).

Así, la base estructural del concurso ideal radica en la unidad de acción, pese a su proyección plural en el área de la tipicidad penal. **Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito se trata de una modalidad o subforma de concurso real** (15 de marzo de 1988 [LA LEY 10453-R/1998], transcrita por 357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]). La dificultad de precisar en múltiples casos cuando estamos en presencia de una o varias acciones hace que la frontera entre el concurso ideal y el real sea también difícil de determinar (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]):

a) Si se acusa la presencia de dos o más acciones, constitutiva cada una de un delito, se trata de una modalidad o subforma de concurso real (11 de febrero de 1988, la Sentencia que la transcribe menciona la S 15 de marzo de 1988 [LA LEY 10453-R/1988], transcrita por 357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002], 667/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 213815/2003], 3267/1998, de 2 de marzo).

b) Si se acusa la presencia de una sola acción: La pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. Es indudable que si sólo las acciones pueden infringir una norma el número de infracciones de la norma dependerá del número de acciones. El punto de vista contrario, defendido ocasionalmente en el siglo XIX, antes de 1880, bajo el influjo acentuado del principio de causalidad, se fundamentaba en la concepción del delito como causalidad: la acción, se decía aisladamente, es causalidad, varios resultados requieren plurales causalidades, por lo tanto, existen varias acciones cuando se dan varios resultados. Tal criterio no mereció aprobación de parte de la teoría (326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998]), si bien según 187/1998, de 11 de febrero [LA LEY 4402/1998], **si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto**, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, **tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscada por el homicida, su conducta**

deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado —previsto, pero no directamente perseguido—, es decir, cuando se actúa con «dolo eventual», estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso (187/1998, de 11 de febrero [LA LEY 4402/1998] y 861/1997, de 11 de junio [LA LEY 7347/1997], y en este sentido 788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003], 1672/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 2320/2000]). **En realidad, cuando se trata de delitos dolosos de resultado el tipo no sólo describe conductas, sino también resultados** (1837/2001, de 19 de octubre [LA LEY 965/2002]), de manera que lo relevante para el derecho a los efectos del art. 77, que se refiere a hechos, no es sólo la acción que conduce al resultado, sino también éste, cuando el resultado es directamente querido por el autor, de manera que existirán tantos hechos como resultados, pretendidos u obtenidos (788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003]). **Cuando los resultados múltiples que se producen a través de una única acción son queridos por el autor no puede entenderse que exista una única acción.** Quien persigue una pluralidad de resultados dispone su acción de forma distinta, con mayor energía o mayor intensidad en la acción, que cuando se persigue un único resultado y ello porque el autor, que persigue una pluralidad de resultados, incorpora a su acción esa intención plural con relación a los resultados. De ahí que el término «hecho» que refiere el art. 77, como presupuesto del concurso ideal no deba ser equiparado a la acción o movimiento corporal, pues el término «hecho» incorpora tanto el disvalor de la acción como el del resultado. De tal forma que cuando el autor persigue una pluralidad de resultados concretos, para lo que realiza un único movimiento corporal, no se puede entender como un mismo hecho (cfr. art. 77), sino de varios hechos en función de los distintos resultados perseguidos. Consecuentemente, el término hecho recogido en la norma no es equiparable a movimiento corporal o acción (1672/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 2320/2000]). La necesidad del delito medio sólo resulta relevante cuando sea empíricamente demostrable. De otra manera no se justificaría el beneficio atenuante previsto en dicho artículo, pues la exclusión de las reglas del concurso real carecerían de fundamento. Por el contrario, cuando la conexión medio a fin de los hechos sólo tiene lugar en el plan del autor, la pluralidad de acciones cometidas requiere una respuesta penal individualizada para cada uno de ellos (1290/2005, de 17 de noviembre). En cualquier caso, partiendo del carácter personal de lo ilícito penal, es evidente que la pena se dirige contra la acción y no contra el resultado. La norma sólo puede ser vulnerada por la acción y, consecuentemente, **no se justifica en modo alguno que en los delitos dolosos se considere que la unidad o pluralidad de hechos dependa de los resultados producidos** (23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000], caso Colza).

Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen diversos resultados se da lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir, si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el art. 77 del Código Penal (1133/2001, de 11 de junio, 632/2001, de 16 de abril [LA LEY 4527/2001], en este sentido 1550/2000, de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001]).

Delimitación conceptual del Concurso medial de delitos o faltas (art. 77.1 CP)

El concurso medial, teleológico o finalista es una rara figura en nuestras leyes, y constituye, una modalidad del concurso real aunque se sanciona como concurso ideal (1837/2001, de 19

de octubre [LA LEY 965/2002]). **La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción.** Pero la voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación concursal medial se producirá cuando la relación sea necesaria (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]). Así, **el concurso medial que se contempla parte de que las diversas acciones no sólo aparezcan concatenadas por un propósito delictivo penal, sino que resulta inexcusable que se hallen ligadas por elementos lógicos, temporales y espaciales, o, cual expresa el texto legal, que uno de los delitos sea medio necesario para cometer el otro, conexidad de medio a fin que dota de unidad a la plural iniciativa delictuosa** (1289/2000, de 12 de julio [LA LEY 9886/2000], 326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998], 522/1996, de 19 de septiembre [LA LEY 9420/1996], en este sentido 1651/1992, de 7 de julio [LA LEY 1556-5/1993], 15 de abril de 1992 [LA LEY 1929/1992] —recurso 776/1991—, 21 de mayo de 1990 [LA LEY 13115-R/1990]). El «**medio necesario**» a que alude el precepto no ha de entenderse bajo un prisma de subjetividad, en un plano puramente psíquico, sino en un sentido objetivo, o sea, real y concreto, con referencia a la particular situación fáctica. **Necesaria se ofrecerá una de las acciones cuando aparezca, en apreciación racional de los hechos, como vehículo o instrumento caracterizado e idóneo para la comisión con éxito de la segunda infracción.** Para que proceda la estimación del concurso ideal —expone 9 de febrero de 1990 [LA LEY 53755-JF/0000]— no basta la preordenación psíquica, o sea, que la necesidad no ha de ser contemplada en el aspecto subjetivo o atendiendo al proceso psicológico o intencional del agente para llegar a conseguir el fin o resultado que se había propuesto, sino en el aspecto objetivo o real, **de manera que al aplicar el juicio hipotético resulte que el segundo delito no se hubiere producido de no haber realizado previamente el o los que le hubiesen precedido, pues el precepto atiende a la unidad del hecho en el aspecto ontológico del ser y su causalidad efectiva y no en el orden teleológico individual** (1289/2000, de 12 de julio [LA LEY 9886/2000], 326/1998, de 2 de marzo [LA LEY 7535/1998], 522/1996, de 19 de septiembre [LA LEY 9420/1996]).

La dificultad para determinar la existencia, o no, del concurso medial, estriba en dar un concreto contenido a la expresión de «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. En principio, **esa relación hay que examinarla desde el caso concreto exigiendo que la necesidad exista objetivamente, sin que baste con que el sujeto crea que se da esa necesidad. Ahora bien tampoco cabe exigir una necesidad absoluta**, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], 590/2004, de 6 de mayo). No debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], 1632/2002, de 9 de octubre [LA LEY 8009/2002], 1620/2001, de 22 de septiembre [LA LEY 899763/2001]).

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], en este sentido, 1739/2002, de 23 de octubre [LA LEY 145/2003], 1790/2000, de 22 de noviembre [LA LEY

104/2001], 1620/1999, de 15 de noviembre [LA LEY 1241/2000], 1180/1993, de 22 de mayo [LA LEY 3596-5/1993]). El art. 77 se refiere a medios necesarios es decir, ineludibles por parte del autor, 1670/2002, de 18 de diciembre. Este criterio admite excepciones, así 1632/2002, de 9 de octubre afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos» (590/2004, de 6 de mayo [LA LEY 13424/2004]).

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real (590/2004, de 6 de mayo).

Concurso medial y prescripción

De acuerdo con 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009], la doctrina de la Sala Segunda respecto del momento interruptivo de la prescripción adopta una posición intermedia: «no basta con la apertura de un procedimiento destinado a la investigación del delito en cuestión cuando este procedimiento se dirige contra personas indeterminadas o inconcretas o contra personas diferentes de quien interesa la prescripción, pero tampoco es exigible que se dicte auto de procesamiento o se formalice judicialmente la imputación mediante la citación a declarar en concepto de inculpado, siendo suficiente para entender interrumpida la prescripción por dirigirse el procedimiento contra el culpable, (en la incorrecta expresión legal pues no puede existir culpable, mientras no haya Sentencia firme condenatoria), que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas, como supuestos responsables del delito o delitos que son objeto del procedimiento, siendo equiparable a esta hipótesis los supuestos en que la denuncia, querrela o investigación se dirija contra personas que, aun cuando no estén identificadas nominalmente, aparezcan suficientemente definidas» (SSTS 794/1997 de 31.9, 1187/1997 de 3.10, 1518/2004 de 23.12, 1437/2005 de 2.12, 331/2006 de 24.3), es decir, no se puede admitir que se haya dirigido el procedimiento contra un culpable cuando simplemente se está en la fase de investigación de quien pueda serlo, sino tan sólo cuando en el procedimiento se haya determinado y designado a quien pueda serlo identificándolo por su nombre, situación a la que se equipara la de personas que no estén identificadas nominalmente pero que estén perfectamente definidas cuando se admita la querrela o denuncia o se inicie la investigación. En base a esta doctrina, no podemos conceder eficacia interruptiva al informe pericial de 20 julio 1999 que puso de manifiesto la existencia de varias contabilidades y ello porque tras dicho informe no llegó al Instructor a realizar actuación alguna en relación a estos hechos y determinación de los posibles responsables, que aquellas situaciones contables les eran atribuibles a los acusados en su condición de Consejeros de Orain, S.A., no se produce hasta el escrito de acusación provisional del Ministerio Fiscal de 18 noviembre 2004. Por ello se puede concluir que no cualquier diligencia o acto procesal tiene fuerza para interrumpir el curso de la prescripción. Concretamente, lo que la Ley exige, en todo caso, no es cualquier movimiento del procedimiento, sino actos procesales dirigidos contra el culpable, dado que lo que determina la extinción de la responsabilidad es el aquietamiento de la acción y que la acción sólo se impulsa mediante actos que tiendan a su realización. No obstante lo anterior, se ha de tener en cuenta que los recurrentes no han sido condenados exclusivamente por un delito continuado del art. 310 en relación con el art. 574, sino que en el caso de Jacobo también lo ha sido como autor de un delito de integración en organización terrorista de los arts. 515.2 y 516.1 CP, de un delito de insolvencia punible de los arts. 257 y 574 y otro de fraude a la Seguridad Social de los arts. 307 y 574, y en el caso de Severiano, también lo ha sido como autor de un delito de colaboración con organización terrorista, art. 576, en

concurso con el delito de falseamiento contabilidad. Pues bien como hemos dicho la STS 30.9.2008, **en estos supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario.** En estos supuestos, la unidad delictiva prescribe de modo conjunto, de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental mientras no prescriba el delito más grave o principal. Como destacan 1247/2002 de 3 de julio [LA LEY 6203/2002] y 29.7.98 [LA LEY 7880/1998], las razones que avalan este criterio son de carácter sustantivo, por lo que no resulta aplicable en supuesto de mera conexidad procesal. **Por ello, cuando de infracciones vinculadas se trata, como en el presente caso, en el que las falsedades sólo son concebibles en función del planteamiento de las ulteriores defraudaciones cometidas, no cabe apreciar la prescripción de ninguna de las infracciones enjuiciadas, en tanto que no prescriba la más grave de ellas** (1798/2002 de 31 de octubre, 1242/2005 de 3 de octubre y 979/2005 de 18 de julio, falsedad como medio de estafa: debe estarse al plazo de ésta). No se trata de un supuesto de mera conexidad procesal, sino que la misma se asienta en los aspectos materiales o sustantivos del hecho, puesto que el delito de falsedad contable forma parte de la realidad delictiva global proyectada por el autor y la consideración conjunta de ella resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción del comportamiento delictivo en su totalidad, de forma que la jurisprudencia de esta Sala ha estimado que en supuestos de unidad delictiva, la prescripción debe entenderse de modo conjunto y no cabe apreciar aisladamente la del delito instrumental, mientras no prescriba el delito más grave o principal, añadiéndose que en estos casos no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción, ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de la aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecta a una parte de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto (18.3.95, 10.11.97 [LA LEY 11433/1997], 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000], 242/2000 de 14 de febrero [LA LEY 4161/2000], 630/2002 de 16 de marzo [LA LEY 6655/2002], 2040/2002 de 9 de diciembre [LA LEY 205425/2002]). En definitiva, la doctrina de esta Sala para los casos en que hay delitos conexos en concurso medial, a efectos de determinación del plazo de prescripción aplicable considera que tales infracciones han de considerarse como una sola, de modo que los así agrupados no pueden prescribir separadamente, 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009].

Supuestos prácticos y criterios de diferenciación:

a) Concurso de normas y concurso ideal y medial de delitos entre el delito de incendios y los hechos derivados de éstos:

Recoge la 569/2007, de 29 de junio [LA LEY 60957/2007] que un núcleo de doctrina aparece, en relación al incendio, bien consolidado. Lo describe bien resumido 184/2006 de 26 de febrero [LA LEY 18722/2006], como antes 932/2005 de 14 de julio [LA LEY 13244/2005]: «(...) El tipo objetivo del delito de incendio del art. 351 CP consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, comportando su potencial propagación, es decir, la creación de un peligro para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado», si bien con la advertencia de que: «(...) es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar siendo lo esen-

cial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego (...)» (969/2004 de 29 de julio [LA LEY 2583/2004] y 381/2001 de 13 de marzo [LA LEY 4717/2001]). Conforme a 932/2005, de 14 de julio: [LA LEY 13244/2005] «(...) se trata de un delito de consumación anticipada, pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas». El elemento subjetivo exige: «(...) el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas que ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación (...)». Con la advertencia de que: «(...) La intención del agente en este delito ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, a menos a título de dolo eventual, (...)» (142/1997 de 5 de febrero [LA LEY 3113/1997], 2201/2001 de 6 de marzo de 2002 [LA LEY 4997/2002] y 724/2003 de 14 de mayo [LA LEY 2280/2003]). «Y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro (...)». Y se culmina la concepción de este delito señalando su naturaleza, «(...) a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto, pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del CP/1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y sólo incidentalmente la propiedad» (1284/1998 de 31 de octubre [LA LEY 505/1999]; 1457/1999 de 2 de noviembre [LA LEY 1230/2000] y 1208/2000 de 7 de julio [LA LEY 10836/2000]). En 932/2005, de 14 de julio se daba cuenta de las posiciones al respecto: «(...) la jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto (18.2.2003 [LA LEY 1790/2003]) o de naturaleza abstracta (786/2003 de 29 de mayo [LA LEY 2463/2003]), y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 CP, no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 CP), sino el potencial o abstracto (2201/01 de 6 de marzo [LA LEY 4997/2002], 1263/03 de 7 de octubre [LA LEY 2838/2003]), o incluso se ha referido a él, como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud) pues configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del CP 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y sólo incidentalmente la propiedad (1284/1998 de 3 de octubre [LA LEY 505/1999]; 1457/1999 de 2 de noviembre [LA LEY 1230/2000] y 1208/2000 de 7 de julio [LA LEY 10836/2000]). También en las 653/2004 de 24 de mayo [LA LEY 2606/2004], que invoca como corroboración la reforma del art. 351 del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2000, y 443/2005 de 11 de abril [LA LEY 12032/2005]).

Desde esa premisa, en unos casos, la Sala Segunda ha estimado que cabe concurso ideal entre ese delito y el de resultado lesivo. Así, cuando confirmamos la de instancia en la Sentencia 63/2006 de 31 de enero [LA LEY 11032/2006] por estimar que al concurrir ambos delitos en unidad de acción, dada la magnitud del fuego producido, la sanción adecuada se encuentra en la figura del concurso ideal. A este respecto la Sentencia 653/2004 de 24 de mayo [LA LEY 2606/2004] que recuerda la doctrina jurisprudencial en relación a la regulación al Código Penal de 1973 de la que era exponente la Sentencia de 1 de febrero de 1986 que, calificando el delito como de riesgo, precisaba: «(...) que cuando el peligro potencial producido por el incendio se convierte en un resultado lesivo real, procede aplicar, o bien la doctrina del concurso de normas, con prevalencia del principio de especialidad cuando el incendio ha sido intencionalmente provocado para producir el resultado que se produjo, consti-

tutivo de un delito más grave, o bien las normas del concurso ideal de delitos, con aplicación del art. 71 del Código Penal al darse el dolo directo en uno de ellos y el eventual en el otro, como sucedió en el caso de autos, al haber aceptado el procesado las consecuencias dañosas del incendio perfectamente previsibles (...)). Y la de 2004, ya en referencia al sistema del Código Penal de 1995, y recordando la Sentencia de 6 de marzo de 2002, también recogía lo dicho, en relación al concurso que ahora estudiamos, por la Sentencia **412/2003 de 20 de marzo** conforme a la cual «(...) intentar matar a una persona mediante incendio agrede un bien jurídico cuya protección penal aparece recogida en toda su dimensión antijurídica y culpable por el tipo penal del asesinato del art. 139.1 del Código Penal. La aplicación, además, del art. 351 del Código Penal supondría una vulneración del principio *non bis in idem* lo que haría incompatible la aplicación simultánea de ambos preceptos. La aplicación, sin embargo, de concurso ideal de ambos delitos sería posible —dice esa Sentencia— si advirtiéramos en el hecho una pluralidad de bienes jurídicos atacados y para responder penalmente a ese hecho sea necesario la aplicación de los tipos penales en concurso para contemplar en su total dimensión la antijuridicidad de la conducta». La doble solución —concurso de normas frente a concurso ideal— se ponía en relación con los criterios de a) suficiencia del reproche bajo una de las normas, según lo establecido en el art. 8 del Código Penal, y b) agresión a dos bienes jurídicos por un único hecho, de suerte que se requiere la doble subsunción para «cubrir todo el injusto». En el caso concreto, la Sentencia 653/2004, de 24 de mayo [LA LEY 2606/2004], opta por el concurso ideal pero con una advertencia sobre la modalidad de incendio a valorar: «(...) Desde la perspectiva de la concreta subsunción el motivo quinto también ha de ser acogido en lo esencial. Los hechos son constitutivos, por una parte, de dos delitos de asesinato intentado, tipificados en los arts. 139.1.º y 16.1 del Código Penal, que absorbe el delito de peligro del art. 351.1 del Código Penal. Además, otro de incendio del art. 351 párrafo segundo, que remite a la penalidad al art. 26.6 del Código Penal. La concurrencia de ambos tipos penales lo será de acuerdo a las normas que regulan el concurso ideal de delitos del art. 77 del Código Penal». El concurso, incluso el ideal, se elude en la Sentencia 187/1998 de 11 de febrero: [LA LEY 4402/1998] «(...) cuando el incendio ha sido intencionadamente provocado para producir el resultado que se produjo, constitutivo de un delito más grave (...)). Así, en la misma Sentencia, el concurso ideal se reserva para los supuestos en los que se da dolo directo respecto al grave de resultado y dolo eventual respecto al de incendio.

b) Concurso de normas y concurso ideal de delitos entre atentado y lesiones

Señala la SAP Madrid (Sección 17) 73/2009, de 24 de marzo [LA LEY 45245/2009], que por lo que toca al tratamiento jurídico-penal de las lesiones causadas a un funcionario policial, no se puede olvidar que, desde siempre, es doctrina jurisprudencial que entran en concurso ideal con el delito de atentado. Así, la Sentencia de 28 de enero de 1983, interpreta que «(...) son dos los bienes jurídicos lesionados: el principio de autoridad y la integridad física de las personas, según aparece del relato histórico, ya transcrito en el particular que interesa, pues el Policía Nacional sufrió lesiones leves. La doctrina legal, por ello, tiene declarado que cuando el atentado concurre con el delito de lesiones, se da un concurso ideal del art. 71 CP imponiéndose la pena en la forma que esta norma establece —SS 4 de octubre de 1972 y 22 de noviembre 1974—. Ante la imposibilidad de aplicar el precepto citado si las lesiones son falta, se pena atentado y falta de lesiones por separado —SS 7 junio 1947 y 12 marzo 1976—». La Sentencia de 14 de febrero de 1983, insiste: «(...) la existencia de un delito de atentado junto a otro de lesiones o simple falta es perfectamente compatible conforme a las normas de

concurso, pues si el concepto de bien jurídico ha de entenderse como cardinal y vertebrador del delito, en tanto en cuanto es imprescindible que exista una lesión o puesta en peligro de ese bien para poder formular el juicio de antijuridicidad, y así el bien jurídico protegido en el primero es el principio de autoridad al paso que en los segundos se protege la integridad física y de ahí la regla paradigmática que viene pregonando la existencia de dos delitos siempre que concurren dos derechos en el ofendido que resulten violados por el hecho punible, y de ahí la imposibilidad de subsunción de la falta en el delito de atentado y la imposibilidad de la puesta en juego del art. 68, deviniendo así inoperante el segundo y último de los motivos del recurso subsistente, formulado al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley Procesal Penal y en el que se denuncia la indebida aplicación del art. 582 CP (...). Reitera esta doctrina la de 3 de julio de 1985 «(...) el octavo y último motivo de casación alega la aplicación indebida del art. 582 CP por entender que las lesiones no deben castigarse como infracción independiente y sustantiva, dejando sobreentendida la inaplicación de lo previsto en el art. 71 del citado texto legal; pero este precepto, según una doctrina jurisprudencial reiterada —SS 2 junio 1970, 19 mayo 1973 y 7 junio 1977— entre las más próximas, se refiere exclusivamente al concurso ideal de “delitos”, esto es de infracciones que la ley castiga con penas graves (art. 6 del Código), remitiendo a las reglas del concurso real la concurrencia de “delito y falta”; pero aunque se admita con un sector minoritario de la doctrina que el término delito debe entenderse en sentido amplio como equivalente a infracción penal, es llano que las lesiones no han sido objetivamente necesarias para cometer el atentado, puesto que éste puede existir sin poner manos en la autoridad o sus agentes, y deben ser penados con independencia siguiendo una casi inflexible línea jurisdiccional —SS 28 enero y 14 febrero 1983—, que no duda en aplicar el concurso real de infracciones cuando en el acometimiento a la autoridad o sus agentes se produce un daño material a la persona física objetivamente apreciable (...). La doctrina se mantiene una vez entrado en vigor el (ya no tan) nuevo Código Penal. Así se desprende de la lectura de 468/2000, de 11 de abril [LA LEY 6063/2000], donde se lee que «(...) [el] hecho de que el acusado haya sido considerado, además, autor de un delito de atentado por haber acometido a los Agentes lesionados no es, en modo alguno, obstáculo para que se le condene por las dos faltas de lesiones asimismo cometidas, que están en una relación de concurso ideal con el atentado. La pretensión de que los delitos o faltas contra las personas que se puedan perpetrar con ocasión de un delito de atentado, sean estimadas consumadas por éste es absolutamente inacogible pues la coincidencia de unas y otras infracciones no dan lugar a un concurso de normas sino a un concurso ideal de delitos, como ya hemos dicho, que debe ser resuelto por las reglas contenidas en el art. 77 CP (...).», SAP Madrid (Sección 17) 73/2009, de 24 de marzo [LA LEY 45245/2009].

Sobre supuestos prácticos y criterios de diferenciación complementarios acudir al comentario al art. 73 CP.

Regla penológica (arts. 77.2 y 3 CP)

Para determinar la infracción más grave a los efectos del art. 77.2 CP ha de atenderse a la pena concreta resultante de la aplicación del grado de ejecución (1531/2003, de 19 de noviembre [LA LEY 375/2004]). La doctrina de la Sala Segunda ha entendido que para realizar los cálculos que resultan obligados a consecuencia de esta previsión legal, debe partirse de la individualización de la pena para cada uno de los delitos cometidos, de forma que debe tenerse en cuenta la pena concreta que correspondería a cada uno de ellos según los razonamientos del Tribunal en relación con el caso enjuiciado, prescindiendo de la pena asignada en abstracto por la Ley. De esta forma, el Tribunal debe precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer

a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los arts. 61 y siguientes del Código Penal, y, una vez determinada, aplicar las normas especiales del art. 77, pues no resulta posible saber si la pena correspondiente al delito de mayor gravedad en su mitad superior excede o no de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente ambos delitos hasta que estas últimas no están adecuadamente precisadas en el caso concreto, 745/2005, de 16 de junio [LA LEY 12790/2005].

En los **delitos continuados en concurso medial debe imponerse la mitad superior de la mitad superior del delito más grave** por decirlo de una manera concisa pues sólo esta fórmula permite la aplicación sucesiva de la doble exacerbación penal que exige el art. 74.1.º y el art. 77.2.º, con la única limitación que prevé el último inciso del párrafo segundo del indicado artículo (219/1999, de 12 de febrero [LA LEY 3650/1999], 2328/2001, de 4 de diciembre [LA LEY 3086/2002]).

No cabe la aplicación de las reglas previstas en el art. 77 a los supuestos de concursos ideales homogéneos. Cuando este artículo refiere que la penalidad se determina en función de la «pena prevista para la infracción más grave» alude a un concurso ideal de delitos heterogéneos y no cabe ante delitos homogéneos cuya penalidad es la misma, 1672/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 2320/2000].

Artículo 78.

1. Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el apartado 1 del art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que los beneficios penitenciarios, los permisos de salida, la clasificación en tercer grado y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias.

2. Dicho acuerdo será preceptivo en los supuestos previstos en los párrafos a), b), c) y d) del apartado 1 del art. 76 de este Código, siempre que la pena a cumplir resulte inferior a la mitad de la suma total de las impuestas.

3. En estos casos, el Juez de Vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento. Si se tratase de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, y atendiendo a la suma total de las penas impuestas, la anterior posibilidad sólo será aplicable:

a) Al tercer grado penitenciario, cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

b) A la libertad condicional, cuando quede por cumplir una octava parte del límite máximo de cumplimiento de la condena.

CONCORDANCIAS

CP: arts 76, 90 y ss.

LOPJ: arts. 46, 67, 72 y 76.

RP (§ 3.2): arts. 4, 133 y 192 a 206.

Modificado por la LO 7/2003, en vigor desde el 2 de julio de 2003, siendo su anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003:

«Si a consecuencia de las limitaciones establecidas en el art. 76 la pena a cumplir resultase inferior a la mitad de la suma total de las impuestas, el Juez o Tribunal, atendida la peligrosidad criminal del penado, podrá acordar motivadamente que los beneficios penitenciarios y el cómputo de tiempo para la libertad condicional se refieran a la totalidad de las penas impuestas en las sentencias, sin perjuicio de lo que, a la vista del tratamiento, pueda resultar procedente.

En este último caso, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento reeducador y el pronóstico de reinserción social, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, la aplicación del régimen general de cumplimiento».

Se trata de un **mecanismo de corrección de la regla de acumulación jurídica de penas, establecido para actuaciones delictivas de extrema gravedad, que atenten contra una pluralidad de bienes jurídicamente tutelados, con el fin de procurar que la aplicación mecánica de dicha regla acumulativa puede desembocar en una generalizada conciencia de impunidad de las actuaciones criminales que superen el límite prevenido en el art. 76:** es decir, que a partir, por ejemplo, de uno o dos homicidios, la privación de la vida de cualquier otra persona carezca en la práctica de efecto punitivo alguno porque las primeras agresiones ya han superado el límite legal. La regla tiene carácter potestativo (ahora ya no para los supuestos del apartado segundo), correspondiendo en exclusiva la competencia para su aplicación al Tribunal sentenciador, que es quien ha podido valorar a través del juicio oral la gravedad de los hechos y las circunstancias personales del acusado. En el debate parlamentario se optó por establecer este parámetro subjetivo como único criterio legal, prescindiendo de otros parámetros objetivos ajenos a la personalidad del reo, como «la alarma y perturbación social que los hechos hayan producido». En consecuencia, no puede exigirse al Tribunal sentenciador que en su motivación incluya otros factores ajenos al de peligrosidad criminal del penado, que es al que debe atender conforme al criterio legal (132/2001, de 6 de febrero [LA LEY 451745/2001]).

Artículo 79.

Siempre que los Jueces o Tribunales impongan una pena que lleve consigo otras accesorias condenarán también expresamente al reo a estas últimas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 54 y ss.

CAPÍTULO III

**De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad
y de la libertad condicional****Rúbrica modificada por la Ley Orgánica 15/2003, que antes omitía
y de la libertad condicional**SECCIÓN 1.^a*De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad***Artículo 80.**

1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años mediante resolución motivada.

En dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste.

2. El plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves y se fijará por los Jueces o Tribunales, previa audiencia de las partes, atendidas las circunstancias personales del delincuente, las características del hecho y la duración de la pena.

3. La suspensión de la ejecución de la pena no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

4. Los Jueces y Tribunales sentenciadores podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 81 y ss., 109 a 125.

CPM: art. 44.

RP (§ 3.2): arts. 104 y 196.

RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (Capítulo IV).

Apartado 1, modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción de este apartado primero la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. Los Jueces o Tribunales podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años mediante resolución motivada, atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto».

Delimitación conceptual de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad

La concesión del beneficio es una facultad discrecional del Tribunal. El art. 80 faculta, pero no obliga (578/1998, 27 de abril [LA LEY 8245/1998], 200/2006 de 20 de febrero [LA LEY 18786/2006]). El art. 17.1 CE no obliga en modo alguno a los Tribunales penales a conceder tal beneficio, **aunque se cumplan los requisitos establecidos en el art. 93 del Código Penal —art. 81 del actual Código Penal de 1995—** (STC de 7 de mayo de 1986 [LA LEY 73533-NS/0000], citada en ATC 259/2000, de 13 de noviembre [LA LEY 825839/2000]). Como señala la STC 8/2001, de 15 de enero [LA LEY 2367/2001], el art. 80 CP 1995, que requiere que la decisión de suspensión de la pena atienda a la peligrosidad criminal del condenado —lo que resulta acorde con la finalidad de la institución, la cual tiene como objetivo que la ejecución de las penas privativas de libertad se orienten en lo posible hacia la reeducación y reinserción social—, no exige que sólo se tenga en cuenta la peligrosidad criminal de aquél, en el sentido de que su escasa o nula peligrosidad criminal conlleve siempre la concesión de la suspensión de la ejecución de la pena; como tampoco el art. 25.2 CE impone que únicamente se consideren las necesidades de resocialización del condenado. Tanto la doctrina constitucional sobre el art. 25.2 CE, como las interpretaciones doctrinales sobre el art. 80.1 CP, se expresan en el sentido de que se trata de ponderar los otros fines de la pena, las necesidades de prevención general y seguridad colectiva».

Criterios valorativos de concesión o denegación (sobre los imperativos previstos en el art. 81 CP)

En relación con la suspensión de la ejecución de una pena privativa de libertad, dado que se trata de una medida que se enmarca en el ámbito de la ejecución de la pena y, que, por tanto, ha de tener como presupuesto la existencia de una Sentencia condenatoria firme que constituya título legítimo para restringir el derecho a la libertad del condenado, las resoluciones por las cuales se concede o deniega no constituyen decisiones sobre la restricción de la libertad en sentido estricto, pero sin embargo afectan al valor libertad en cuanto modalizan la forma en la que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ. 3 [LA LEY 4148/2000]; 8/2001, de 15 de enero, FJ. 2 [LA LEY 2367/2001]; 110/2003, de 16 de junio, FJ. 4 [LA LEY 106833/2003]; 57/2007, de 12 de marzo [LA LEY 8335/2007], 222/2007, de 8 de octubre [LA LEY 165779/2007]). Esa afectación al valor libertad exige que esta resolución, no sólo represente la aplicación no arbitraria de las normas adecuadas al caso, sino también que su adopción sea presidida, más allá de por la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales de ella, por la exteriorización de los elementos necesarios para entender efectuada la ponderación de los fines de la institución y los bienes y valores en conflicto. Esto es, deben expresar la ponderación de las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial) en atención a la peligrosidad criminal del condenado (STC 8/2001, de 15 de enero [LA LEY 2367/2001], en este sentido, también STC 110/2003, de 16 de junio). Señala la STC de 15 de noviembre de 2004 que «(...) hemos afirmado que una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (STC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, y dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción

social contenido en el art. 25.2 CE, hemos exigido la ponderación judicial de «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4 [LA LEY 7808/2002]).

Por lo que se refiere a la referencia a la existencia de otros procedimientos penales contra el reo, señala la Circular 1/2005 de la FGE que no hay duda de que la falta de un registro general de causas penales condicionará la posibilidad de conocer la existencia de procedimientos penales contra una persona, y que serán los sistemas de gestión procesal instalados en cada sede los que determinarán la información disponible sobre el número, clase y estado de tramitación de las causas. Sólo en casos notorios o en supuestos extraordinarios será factible la obtención de datos relevantes más allá de las fronteras que impongan tales sistemas de gestión.

Motivación de las resoluciones

La motivación ha de ser suficiente y este concepto jurídico indeterminado nos lleva de la mano a cada caso concreto, en función de su importancia intrínseca y de las cuestiones que plantee, sin olvidar la dimensión subjetiva del razonamiento por obra de su autor. En suma, **ha de poner de manifiesto la *ratio decidendi* con una imprescindible coherencia lógica, al margen de la elegancia estilística o el rigor de los conceptos**. No conlleva tampoco un paralelismo servil del razonamiento que sirve de fundamento a la resolución judicial con el esquema discursivo de los escritos forenses donde se contienen las alegaciones de los litigantes. Finalmente, tampoco implica un tratamiento pormenorizado de todos los aspectos sugeridos por las partes, siempre que permita conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión (SSTC 209/1993, de 28 de junio [LA LEY 2365-TC/1993] y 8/2001, de 15 de enero [LA LEY 2367/2001], transcritas en SSTS 1645/2001, de 25 de septiembre [LA LEY 870673/2001] y 1443/2001, de 20 de julio [LA LEY 7282/2001]).

Audiencia de las partes

Son varios los preceptos del Código Penal que específicamente en relación con esta institución requieren la audiencia de las partes e interesados —arts. 80.2, 81.3, 84.2 CP—, y aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, **dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE)**, siendo dicha exigencia tanto más relevante en un caso como el presente en el que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario. Es de aplicación en este caso, dadas las circunstancias que concurren en él, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979, asunto *Winterwerp c. los Países Bajos*, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso *Sánchez Reisse c. Suiza*, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto *Toht c. Austria*, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto *Kotsaridis c. Grecia*, § 29). Por ello, debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código Penal exige para la concesión de dicho beneficio —art. 81 CP—, así como sobre las circunstancias personales con

base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el art. 80.1 CP, STC 248/2004, de 20 de diciembre. Pero también recuerda la STC 222/2007, de 8 de octubre [LA LEY 165779/2007], que conforme a la doctrina constitucional, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de junio, FJ 3; 94/2005, de 18 de abril, FJ 5).

Penas susceptibles de suspensión de su ejecución

Señala la Circular 1/2005, de 31 de marzo, de la FGE que el objeto del art. 81.2.^a no es identificar las penas que pueden ser suspendidas, cuestión que trata el art. 80, sino establecer las reglas para su cálculo, por lo que tras este cambio (el operado por la LO 15/2003 en el apartado 2.º del art. 81) la ejecución de la responsabilidad impuesta por el impago de la multa sigue siendo susceptible de suspensión.

A diferencia de lo que ocurre con la sustitución de la pena, que el art. 88 del Código Penal prevé únicamente para las de prisión, el art. 80 del propio Código refiere la posibilidad de suspensión de la ejecución a las penas privativas de libertad en general, que de acuerdo al art. 35 son, además de la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y éstas no suponen el ingreso en Centro Penitenciario (la última por la posibilidad, precisamente, de cumplirse mediante localización permanente). Parece obvio, pues, que si el argumento de la resolución recurrida fuera correcto el legislador habría limitado la posibilidad de suspensión a la pena de prisión, como lo ha hecho respecto a la sustitución (A AP Sevilla, 436/2008, de 23 de junio [LA LEY 204756/2008]). Para el límite de los 2 años establecido en el art. 81.2 CP deben sumarse las penas de prisión y de localización permanente impuestas en Sentencia, lo que conlleva que, en el presente caso se supere dicho límite, por lo que no se cumple con el referido requisito para conceder la suspensión de la ejecución que se solicita (A AP Guipúzcoa 229/2008, de 13 de octubre [LA LEY 207081/2008]).

Señala el A de la AP Sevilla 436/2008, de 23 junio [LA LEY 204756/2008], la dudosa utilidad y los inconvenientes de todo tipo que ofrece el instituto de suspensión de la ejecución de las penas cuando trata de aplicarse, como es el caso de autos, a las privativas de libertad impuestas por faltas. En efecto, si el instituto de la suspensión condicional se fundamenta en la suficiencia preventivo-especial de la mera amenaza de ejecutar la pena, su aplicación a las faltas ha de efectuarse con un criterio muy restrictivo, toda vez que la intimidación que sobre el infractor produce la leve condena por una falta puede ser, si no simplemente nula, inferior incluso a la de una mera sanción administrativa; de suerte que, si a la condena no subsigue la efectiva ejecución de la pena impuesta, el efecto resultante puede ser no sólo inútil para el fin de prevención especial, sino incluso francamente criminógeno, al fomentar una sensación de impunidad, especialmente peligrosa cuando la infracción cometida responde, como es el caso, a relaciones preexistentes entre víctima y victimario, que la hacen encuadrable en el marco de la violencia de género, de modo que, de haber sucedido los hechos sólo tres meses después, habrían sido constitutivos de delito. Han de añadirse aun a lo dicho las aporías de orden práctico a que conduce la suspensión de condena en las faltas, en cuanto éstas no permiten un juicio claro de peligrosidad criminal del autor, ni conllevan el ingreso en prisión del condenado —cuya evitación, efectivamente, fue la

función original del instituto y sigue siendo su sentido principal—, ni originan antecedentes penales, ni es seguro que su comisión durante el período de suspensión permita la revocación de la misma, dados los términos en que están redactados los arts. 83.1 y 84.1 del Código Penal. Todo ello conduce a que la suspensión de la ejecución de la pena impuesta por faltas deba reservarse a supuestos muy especiales (señaladamente, cuando se asocia a la suspensión de pena impuesta por delito), entre los que desde luego no se cuenta el que da origen a esta resolución; en el que concurren en cambio, como hemos visto, factores que hacen el beneficio especialmente desaconsejable desde el punto de vista de la prevención especial. El recurso, por ello, debe ser desestimado, sin perjuicio, como establece el art. 13.2 del Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, de que el plan de ejecución de la pena deba efectuarse por los Servicios Sociales Penitenciarios de modo que el cumplimiento de la misma no perjudique la situación personal, laboral y familiar del condenado, lo que no parece demasiado difícil, tratándose de una pena de sólo cuatro días de duración.

El TC, en S 209/1993, de 28 de junio [LA LEY 2365-TC/1993], considera razonable y constitucionalmente legítimo limitar legalmente la suspensión de condena a las penas privativas de libertad y no extenderla a las privativas de derecho, «dada la distinta naturaleza, así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter», por lo que «el distinto tratamiento al respecto de las penas privativas de libertad y de las restrictivas de derechos tienen un fundamento objetivo y racional de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados» (STC 209/1993, de 28 de junio [LA LEY 2365-TC/1993]), pudiendo citarse entre estos criterios el que «la condena condicional está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios, y respecto de las penas privativas de libertad, finalidad explícita en el momento de su implantación» (950/1999, de 19 de julio [LA LEY 10179/1999]). El fundamento de la suspensión de la ejecución de las penas cortas privativas de la libertad radica en la finalidad de evitar el previsible «contagio criminológico» que puede tener lugar en la prisión en casos en los que la corta duración de la pena no permite un tratamiento resocializador. No cabe duda de que la pena de multa no ofrece ningún riesgo de «contagio carcelario o criminológico» y, consecuentemente, no requiere necesariamente, en principio, una institución como la suspensión condicional de su ejecución (1200/2000, de 5 de julio [LA LEY 10528/2000]).

El considerar que la imposición de una condena con arreglo a las disposiciones del anterior Código Penal impide la aplicación, ya en vía de ejecución, de las normas del nuevo Código, constituye una interpretación en todo caso razonable (ATC 395/1997, de 3 de diciembre [LA LEY 825485/1997]).

Enfermedad muy grave con padecimientos incurables (art. 80.4)

Del precepto se desprende con toda claridad que el otorgamiento de la suspensión exige, como primer e inexorable requisito, que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables. Ciertamente, como resulta de la STC 25/2000 [LA LEY 4148/2000] (F 4), los órganos judiciales sentenciadores cuentan con un amplio margen valorativo para la apreciación de si el penado está aquejado de una enfermedad que pueda ser calificada como muy grave y de si le ocasiona padecimientos incurables. Pero si el órgano judicial llega, de forma jurídicamente regular, a la conclusión de que tal presupuesto para el otorgamiento de la suspensión no existe, simplemente no podrá otorgar la suspensión. Y debe recordarse que en la STC 25/2000 [LA LEY 4148/2000] (F 6) pusimos de manifiesto también que este Tribunal Constitucional no

puede afirmar ni cuestionar la concurrencia en cada caso de una enfermedad grave que ocasiona padecimientos incurables, ni tampoco imaginar las razones que podrían avalar una u otra hipótesis, al constituir su apreciación tarea atribuida a los Tribunales ordinarios, a los que sólo debemos exigir, como señalábamos, para satisfacer las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que expresen su decisión al respecto de forma motivada y razonable, sin caer en la arbitrariedad o en el error patente (STC 5/2002, de 14 de enero [LA LEY 2639/2002]).

Otras cuestiones

Conviene recordar, por otra parte, que los autos sobre suspensión de la condena o sobre sustitución de la penas privativas de libertad no son recurribles en casación (STS 539/2002, de 25 de marzo [LA LEY 4466/2002], 349/2004, de 18 de marzo [LA LEY 12696/2004]).

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, cierto es que sin argumentación alguna por no haberse suscitado cuestión sobre el tema, en alguna resolución (Sentencia 342/1996, de 22 de abril [LA LEY 71704-JF/0000]) y en algunos informes emitidos en expedientes de indulto (al menos en dos, uno de 27-6-2000 —recurso de casación 3943/1998— y otro de 15-2-2001 —recurso de casación 2068/1997—), ha venido proponiendo o informando sobre algún indulto parcial, con el criterio de que la pena fijada en la Sentencia quede reducida a unos límites tales (ahora no superior a esos dos años de prisión), que permitan a la Audiencia Provincial aplicar esa suspensión de ejecución de la pena si lo estima oportuno. Es decir, venimos reconociendo a los Tribunales de instancia la facultad de aplicar esta suspensión de ejecución de la pena de prisión cuando ésta, reducida por el indulto parcial, no resulta superior a esos dos años a que se refiere el mencionado art. 81.2.^a CP. Consideramos que debemos mantener esta postura, a fin de que, en aquellos casos en que se estime equitativo acordar sólo el indulto parcial de una pena de privación de libertad superior al mencionado límite de dos años, sea posible evitar el ingreso en prisión del indultado, cuando la pena residual no supere este límite. Estimamos que hay que dejar la puerta abierta a esta posibilidad (ATS de 29 de mayo de 2001 [LA LEY 3943/2001], Causa Especial 2530/1995).

El extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España, ATC 132/2006 de 4 de abril [LA LEY 21761/2006].

Artículo 81.

Serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena, las siguientes:

1.^a Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código.

2.^a Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

3.ª Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 35, 80, 82 a 87 y 136.

Circular 1/2005 de la FGE, de 31 de marzo.

Art. 81, condición 2.ª, modificada por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción de este apartado primero la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«2.ª Que la pena impuesta, o la suma de las impuestas en una misma sentencia, no sea superior a los dos años de privación de libertad».

La concurrencia de tales requisitos se erige en premisa necesaria para que el Juez o Tribunal, en legítimo ejercicio de la facultad que la norma le confiere, entre a valorar si en tal caso procede, en atención a las demás circunstancias personales, fundamentalmente, atendida la peligrosidad criminal del sujeto (art. 80.1.º del Código Penal), la concesión del citado beneficio de suspensión de la ejecución (A AP Murcia 211/2009, de 29 de mayo [LA LEY 102184/2009]).

Condición primera: Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 136 de este Código.

El art. 81.1 del CP sólo excluye del concepto de delincuente primario el caso de antecedentes penales cancelados o susceptible de cancelación conforme a lo dispuesto en el art. 136 del CP (A AP Madrid 396/2009, de 26 de mayo [LA LEY 94728/2009]). Los antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia por tratarse de un delito de distinta naturaleza, nada tiene que ver con el art. 81 del Código Penal (A AP Madrid 435/2009, de 25 de mayo [LA LEY 95166/2009]). No basta para el incumplimiento del primer requisito referido, que el penado haya realizado con anterioridad un hecho que pudiera ser delictivo, sino que es necesaria la condena por delito por Sentencia firme, de modo que al cometerse la nueva infracción existiera una condena anterior por delito (**2134/1994 de 7 de diciembre**). En el supuesto examinado consta en las actuaciones que Luz tiene antecedentes penales por delito de receptación y conductas afines así como por delito de robo con fuerza en las cosas, por lo que a la vista de la certificación remitida por el Registro Central de Penados y Rebeldes es evidente que incumple el 1.º de los requisitos que establece el precepto. No dándose el primero de los presupuestos legales, la solicitud que formula Luz deviene inviable (A AP Murcia 211/2009, de 29 de mayo [LA LEY 102184/2009]).

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que enseña que cuando no consten datos que permitan determinar la fecha de la remisión definitiva de las condenas impuestas, impidiendo concretar la fecha inicial del cómputo de los plazos previstos en el art. 136.3 del Código Penal, se habrá de fijar la fecha inicial en la de firmeza de la Sentencia. En este sentido recuerda 1690/2001, de 20 de septiembre [LA LEY 164159/2001], que no se contienen en la Sentencia datos que permitan determinar la fecha de la remisión definitiva de las condenas impuestas, lo que impide concretar la fecha

inicial del cómputo de los plazos previstos en el art. 118 del Código Penal de 1973 y en el art. 136.3 del Código Penal, lo que obliga, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, a fijar la fecha inicial en la de firmeza de la Sentencia (155/2001 [LA LEY 30241/2001]). En aplicación de lo anterior al presente caso resulta que los antecedentes penales del recurrente, a falta de determinación de las fechas de extinción de las condenas impuestas, serían susceptibles de cancelación a los efectos previstos en el art. 81 del Código Penal (A AP Madrid 434/2009, de 25 de mayo [LA LEY 95165/2009]). Si bien es cierto que de la hoja histórico penal queda probado que el acusado ha sido condenado en dos Sentencias anteriores, dichas circunstancias no implican sin más que no concurra el requisito de ser delincuente primario, pues ello significa que en la fecha de comisión del delito que se juzga y por el que ha sido condenado y para el que se solicita la condena condicional, el acusado no hubiera cometido anteriores delitos sino que hubiera delinquirido por primera vez, y como consta en la prueba documental consistente en la hoja histórico penal, los delitos por los que ha sido condenado en la causa 139/1998 se cometieron en septiembre de 1997 y los cometidos en la causa 110/1998, aunque nos consta la fecha, se tuvieron que cometer en 1998 que es el año en que se registró la causa y dado que los hechos objeto de esta causa y por los que se solicita la condena condicional tuvieron lugar, según consta en la relación de hechos probados en fecha febrero de 1997, no constando que con anterioridad a dicha fecha delinquiera, se ha de considerar a los efectos interesados como delincuente primario, estimando por tanto que concurren las condiciones necesarias en el art. 81 del Código Penal (A AP Cádiz 111/2000, de 27 de noviembre).

Condición segunda: Que la pena o penas impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.

La modificación del art. 81.2 operada por la LO 15/2003 es doble, porque la reforma ha suprimido la exigencia de que las penas cuya duración es susceptible de ser sumada para alcanzar el límite que establece hayan sido impuestas en la misma Sentencia, y ha declarado que la pena derivada del impago de la multa no es computable a tal fin. El texto anterior del art. 81.2.^a impedía la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad que, impuestas en la misma Sentencia, con duración unitaria inferior a dos años, por adición entre ellas, superasen ese límite. Tras la reforma, la misma circunstancia niega la posibilidad de suspender la ejecución de las penas de duración inferior a dos años que, sumadas, superen tal frontera, sin hacer mención a que hayan sido impuestas en la misma Sentencia. El informe del Consejo General del Poder Judicial al correspondiente anteproyecto de Ley afirmó en este aspecto: El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas Sentencias (modificación del art. 81.2.^a). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieran sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo. Según este criterio, esta reforma suprime el efecto que, respecto de la suspensión, pudiera tener la frecuente circunstancia de que dos grupos de hechos de igual trascendencia jurídica hubieran sido enjuiciados en un caso en el mismo procedimiento y en otro en varios. Sin embargo, no es posible suscribir esta interpretación. La lectura conjunta de las condiciones exigidas por el art. 81 demuestra que la determinación de su presencia o ausencia debe ser realizada dentro del marco impuesto por el fallo de una misma Sentencia. Las condenas previas por delitos dolosos producen sus efectos según lo previsto por la primera condición (art. 81.1.^a). Las impuestas por delitos imprudentes anteriores son irrelevantes, porque admitir su trascendencia respecto de la segunda condición sería igual que concederles por esta vía el valor que les niega la

primera. Este mismo argumento rechaza la consideración de hipotéticas condenas posteriores. La primera condición exige que el condenado haya delinuido por primera vez. Negar la posibilidad de conceder el beneficio por suma de condenas posteriores a aquella cuya suspensión se está considerando, hasta superar el límite de dos años, supondría dar aquí trascendencia a lo mismo que es rechazado anteriormente. Por otra parte, la imprecisión del legislador en cuanto a los límites objetivos o temporales de las posibles condenas computables a estos efectos, y las dificultades prácticas para comprobar en cada caso la concurrencia de este requisito de carácter obstativo, con el riesgo que todo ello entraña para la seguridad jurídica, llevan también a descartar esta interpretación y a abogar por aquella que circunscribe a un mismo proceso el límite temporal establecido. En consecuencia, la supresión de la expresión en una misma Sentencia supone una mejoría técnica del texto legal, que elimina una redundancia, pero que no extrae el cálculo del límite de la pena o penas susceptibles de suspensión del ámbito de la Sentencia en la que fueron impuestas, y los Sres. Fiscales continuarán efectuando ese cómputo dentro de ese margen. Esta conclusión, no obstante, deja plenamente vigente la posibilidad de valorar facultativamente las restantes condenas posteriores para denegar, en su caso, la suspensión por aplicación de lo dispuesto en el art. 80.1, antes comentado. **Circular 1/2005, de la FGE, de 31 de marzo.**

La segunda modificación del art. 81.2.^a ha excluido la responsabilidad personal derivada del impago de la multa del cómputo del límite de la pena o penas susceptible de suspensión. El objeto del art. 81.2.^a no es identificar las penas que pueden ser suspendidas, cuestión que trata el art. 80, sino establecer las reglas para su cálculo, por lo que tras este cambio la ejecución de la responsabilidad impuesta por el impago de la multa sigue siendo susceptible de suspensión. También en este aspecto continúan vigentes los criterios establecidos en la Consulta 4/1999, de 17 de septiembre, de la FGE, según la cual no se tendrá en consideración la responsabilidad subsidiaria por impago de la pena de multa a efectos de fijar el cómputo punitivo que ha de ser comparado con el límite de dos años de privación de libertad establecido en el art. 81.2.^a del CP.

Condición tercera: Que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas.

La imposibilidad de acceder al beneficio de la suspensión de la ejecución no habiendo satisfecho las responsabilidades civiles, tiene, pues, una excepción prevista en la Ley: que concurra la declaración de imposibilidad total o parcial de cumplimiento por parte del condenado. A estos efectos, cabe recordar que la responsabilidad civil se tramita en pieza separada por mandato de los arts. 590 LECrim. (procedimiento ordinario) y 785.8.b) LECrim (procedimiento abreviado), de tal suerte, que la misma jugará un papel decisivo en orden a determinar, no sólo la cuantía, sino también la capacidad o incapacidad de hacer frente a la misma por parte del reo. Sin embargo, cabe entender por la propia dicción del art. 81.3 del nuevo Código Penal, que la pieza separada de responsabilidad civil no será el único elemento de valoración a los efectos de integrar tal requisito, sino que, una vez cerrada la pieza separada, el Juez o Tribunal recabará preceptiva opinión sobre el asunto a los interesados y al Ministerio Fiscal, y decidirá en consecuencia. De manera que, si el nuevo Código Penal concede un cierto ámbito de valoración al Juez, en orden a la concesión, en función de las capacidades económicas de cumplimiento del condenado, deberá denegarse el beneficio sólo en aquellos casos en que le quede acreditada la no voluntad de cumplimiento de la responsabilidad civil, en caso de poder hacerlo, por parte del condenado. Dado el carácter facultativo de la concesión de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de

libertad, como forma sustitutiva de éstas, como se indica en el art. 80.1 del Código Penal, la cuestión ha de reconducirse a supervisar externamente la razonabilidad del discurso de los órganos judiciales. El caso que analizamos presenta como peculiaridad que, no obstante haber declarado el Juzgado la insolvencia del actor, se le conmina a que pague las indemnizaciones o, en otro caso, se procederá a su ingreso en prisión. Desde esta perspectiva parecería que la motivación de los Autos impugnados es incongruente y contradictoria. Sin embargo, como señala el Fiscal, los Autos impugnados y en particular el de fecha 9 de junio de 1999, dictado por el Juzgado de lo Penal satisfacen la exigencia de motivación que del derecho a la tutela judicial efectiva exige el art. 120.3 CE, pues tras reconocerse en sus razonamientos jurídicos la realidad de que en la pieza de responsabilidad civil se había declarado la insolvencia del penado, arguye que ello no es óbice para que se haya acreditado la disposición de recursos económicos por parte de aquél, como sugiere la contratación de los servicios de profesionales de su elección que le defienden y representan o la dedicación a determinadas actividades que el Juez, razonadamente, estima se encuentran necesitadas de un soporte material para ser desarrolladas (A 259/2000, de 13 de noviembre [LA LEY 205167/2000]).

Artículo 82.

Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena.

CONCORDANCIAS

CP: art. 136.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción de este apartado primero la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«Declarada la firmeza de la sentencia y acreditados los requisitos establecidos en el artículo anterior, los Jueces o Tribunales se pronunciarán con la mayor urgencia sobre la concesión o no de la suspensión de la ejecución de la pena. Mientras tanto, no comunicarán ningún antecedente al Registro Central de Penados y Rebeldes.

Si el Juez o Tribunal acordara la suspensión de la ejecución de la pena, la inscripción de la pena suspendida se llevará a cabo en una Sección especial, separada y reservada de dicho Registro, a la que sólo podrán pedir antecedentes los Jueces o Tribunales».

Artículo 83.

1. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el plazo fijado por el Juez o Tribunal, conforme al art. 80.2 de este Código. En el caso de que la pena suspendida fuese de prisión, el Juez o Tribunal sentenciador, si lo esti-

ma necesario, podrá también condicionar la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes que le haya fijado de entre las siguientes:

1.^a Prohibición de acudir a determinados lugares.

2.^a Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

3.^a Prohibición de ausentarse sin autorización del Juez o Tribunal del lugar donde resida.

4.^a Comparecer personalmente ante el Juzgado o Tribunal, o servicio de la Administración que éstos señalen, para informar de sus actividades y justificarlas.

5.^a Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

6.^a Cumplir los demás deberes que el Juez o Tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.

Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a de este apartado.

2. Los servicios correspondientes de la Administración competente informarán al Juez o Tribunal sentenciador, al menos cada tres meses, sobre la observancia de las reglas de conducta impuestas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 35, 36, 80 a 82, 84 a 87.

Párrafo segundo del apartado 1.6.^a, modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima), siendo la antigua redacción:

«Si se tratase de los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 de este Código, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a de este apartado».

El precepto fue modificado por la LO 15/2003, que suprime el antiguo subapartado 1.1.^o bis convirtiéndolo en el 1.2.^o, desplazando al resto, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 28 de junio de 2005. Con anterioridad el precepto fue modificado por la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, redacción en vigor desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2004; con anterioridad la redacción vigente fue la dada por la LO 11/1999, de 30 de abril, en vigor desde el 22 de mayo de 1999 hasta el 9 de junio de 1999; entre el 24 de mayo de 1996 y el 21 de mayo de 1999 estuvo en vigor la redacción dada por la LO 10/1995.

El art. 83 no describe el contenido de las obligaciones o deberes que regula, que, es preciso recordarlo, no son penas sino reglas de conducta. A la par, la duración de las penas accesorias derivadas de la aplicación de lo dispuesto en el art 57 CP en relación con el 153 y 173.2 CP, será la fijada en el fallo de la Sentencia condenatoria, dentro de los límites establecidos en el art. 48, mientras que la de las correspondientes obligaciones o deberes será la del plazo de suspensión dispuesto, normalmente, en el auto de concesión del beneficio, en el marco del art. 80.2. La coincidencia de ambas consecuencias jurídicas no generará problemas durante su ejecución simultánea. Dado que las penas no privativas de libertad no son susceptibles de suspensión, se iniciará la ejecución de las accesorias. Al mismo tiempo, el condenado cumplirá las prohibiciones u obligaciones impuestas en virtud de la suspensión. Sin embargo, la mencionada ausencia de una descripción legal del contenido de las obligaciones o deberes impuestos por la suspensión puede crear problemas cuando su duración sea superior a la de las penas accesorias aplicadas. Piénsese, a título de ejemplo, en una persona a quien por la comisión del delito del art. 153 se imponga una pena de prisión de tres meses, con las accesorias del art. 48.1 y 2 por un año más (art. 57.1, pfo. 2.º y 2), y a quien después se le suspenda la ejecución de la pena privativa de libertad por dos años (art. 80.2), y que, en consecuencia, tenga que cumplir las dos primeras medidas del art. 83.1 durante ese mismo período. En tal situación, una vez cumplidas íntegramente las penas accesorias, puede plantearse el interrogante de si en ese momento siguen vigentes las prohibiciones con igual contenido que el que les fue fijado como pena accesoria, o si al subsistir únicamente como reglas de conducta varía el alcance y sentido de las mismas.

La trascendencia de los bienes jurídicos protegidos por los delitos de los arts. 153 y 173.2, la necesidad de asegurar la protección de sus titulares, y la adecuación de estos dos rasgos con la naturaleza y fines de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, obligan a establecer criterios dirigidos a disminuir los posibles casos conflictivos. Ya que el origen de los problemas aludidos es una doble falta de correspondencia de contenido y duración, su prevención ha de partir de la disminución de tales diferencias. La necesidad de atender a las características de cada hecho y de cada autor desaconseja el establecimiento de criterios generales que puedan incidir en la última fase de individualización de la pena o en el plazo de concesión de suspensión, por lo que la línea de actuación más eficaz se encuentra en el terreno de la armonización de contenidos. Con la finalidad de evitar las faltas de correspondencia mencionadas, en todo caso de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta por la comisión de los hechos sancionados en los arts. 153 o 173.2, los Sres. Fiscales interesarán en sus informes que, si el plazo de suspensión es superior a la duración de las penas accesorias impuestas conforme a los arts. 57 y 48, la resolución judicial correspondiente exprese el contenido de las reglas previstas en el art. 83.1, 1.ª y 2.ª, en sentido concordante con el establecido en el art. 48 para las correspondientes penas accesorias, Circular 1/2005 de la FGE de 31 de marzo.

Artículo 84.

1. Si el sujeto delinquiera durante el plazo de suspensión fijado, el Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena.

2. Si el sujeto infringiera durante el plazo de suspensión las obligaciones o deberes impuestos, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos:

- a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta.
- b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.
- c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado.

3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª, 2.ª y 5.ª del apartado 1 del art. 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 80 a 83 y 85 a 87.

Redacción dada al párrafo tercero por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima), siendo la antigua redacción dada por la LO 15/2003:

«En los supuestos en los que la pena suspendida fuera la de prisión por comisión de los delitos contemplados en los arts. 153 y 173.2 de este Código, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes señalados en los números 1 y 2 del apartado primero del art. 83 de este Código determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena».

El precepto mantuvo la redacción dada por la LO 15/2003 entre el 1 de octubre de 2004 y el 28 de junio de 2005, siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004.

Incumplimientos de las reglas de conducta suspensivas, principios de humanidad y proporcionalidad

El principio de humanidad debe regir la actividad de todos los poderes públicos en el orden penal. Sólo una actuación estatal permeable, sensible y cercana a lo humano parece justificable en un orden jurídico que hace de la dignidad de la persona el fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1 CE). No existe buen Juez que no comparta con aquellos a los que juzga la misma humanidad. La actuación del Director del Centro Penitenciario de Martutene fue impecable desde el prisma axiológico ofrecido por el principio de humanidad. Tras perfilar el problema humano («Este Centro Penitenciario no dispone de unidad de madres, ni reúne las condiciones mínimas necesarias para salvaguardar la salud del recién nacido. Por otro lado, la interna no tiene arraigo social ni familiar en esta ciudad que pueda dar acogida al bebé»), ofrece una propuesta de solución que le define en el plano humano y le legitima en la esfera institucional («Pese haber sido revocada por ese Juzgado la suspensión de la ejecución de la pena impuesta a Flor, por incumplimiento reiterado de la prohibición de comunicación y acercamiento a Luis Miguel, circunstancias de tanta relevancia como las sobrevenidas a la firmeza del auto de ejecución: 1) El ingreso en este Centro de la otra parte afectada por la prohibición de acercamiento (Luis Miguel) constituye una garantía fiable de cumplimiento de la condición impuesta a la interna, y 2) las circunstancias en las que se ha producido el alumbramiento anteriormente citadas; hacen que se tengan que reconsiderar la suspensión revocada y valorar si procede dejar nuevamente en suspen-

so la ejecución de la pena impuesta a Flor en aras a garantizar una asistencia al recién nacido en las mejores condiciones de vida»). El Juez de Ejecución, con el aval del Ministerio Fiscal, actuó de espaldas a las exigencias del principio de humanidad. No concibió la ley como un instrumento al servicio de la persona (un medio para un fin), única línea hermenéutica admisible en una concepción democrática del Derecho. Por el contrario, asignó al orden normativo una significación autorreferencial (un fin en sí mismo) que, al desprenderse de todo componente vinculado a la persona, condujo a la consolidación de una situación deletérea en el plano humano: un contexto pétreo y frío presidió el alumbramiento y el devenir inicial de una nueva vida. Perdió la persona y se deslegitimó el orden jurídico. El sistema de Justicia ofreció su peor versión: fue radicalmente injusto. El modelo de suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión está previsto, con carácter general —arts. 80 y 81 CP—, para las penas de prisión cuya duración no exceda de dos años y, con carácter especial —art. 87 CP—, para las penas de la misma naturaleza cuya extensión temporal no exceda de cinco años. Este modelo ejecutivo pretende implantar un marco de contención del riesgo de reincidencia en aquellos casos en los que la peligrosidad criminal del penado puede ser controlada con la imposición de un sustitutivo penal que incluya un contexto rehabilitador y/o un control de la libertad de la persona condenada. Este modelo tiene un contenido complejo. Por una parte, se suspende la ejecución de la pena de prisión (de ahí que se trate de un modelo de inejecución) por un plazo que oscila, según la naturaleza de la pena y el tipo de suspensión, entre un mínimo de tres meses y un máximo de cinco años (arts. 80.2 y 87.3 CP). Por otra, se impone como condición necesaria (de ahí que se trate de un modelo condicionado) que el penado no cometa un nuevo delito en el plazo de suspensión y, como condiciones, en principio facultativas, que el penado cumpla determinadas reglas de conducta (art. 83.1 CP). De forma específica, las reglas de conducta se convierten en condiciones necesarias en dos casos concretos: a) Cuando el penado haya cometido el delito a causa de una dependencia tóxica o etílica y esté sometido a un tratamiento de deshabituación en centro público o privado debidamente acreditado u homologado. En este supuesto, será preciso que continúe el tratamiento hasta su finalización (art. 87.4 CP). b) Cuando la pena cuya suspensión de la ejecución se acuerda haya sido impuesta por un delito relacionado con la violencia de género. En este caso se impondrán, como deberes específicos, la prohibición de acudir a determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos, y la obligación de participar en programas de formación y educación específicos (art. 83.1.1.º.2.º y 5.º CP). La violencia en la relación de pareja tiene, por lo tanto, un tratamiento específico en el modelo de suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión. Sin margen para la valoración judicial y haciendo abstracción de la voluntad de la víctima, se establece un modelo en el que, de forma imperativa, convergen las medidas de prohibición de interacción con la víctima y las estrategias terapéuticas sobre el agresor. Este tratamiento unitario y rígido de la violencia de la relación de pareja, sin margen alguno para la ponderación de situaciones que pueden ser diversas, genera problemas relevantes cuando la pareja sigue conviviendo o reanuda la convivencia en su día suspendida. Y es que el legislador, fiel al modelo de criminalización sin ambages de la violencia en la relación de pareja, enlaza el incumplimiento de las obligaciones que se acaban de referir con un efecto taxativo: la revocación de la suspensión de la pena de prisión, con correlativa ejecución de la pena privativa de libertad (arts. 84.3 y 85.1 CP). En síntesis, el modelo de inejecución condicionada de la pena de prisión tiene dos reglas específicas en el ámbito de la violencia en la relación de pareja: 1.—Existen determinadas reglas de conducta que son imperativas. 2.—El incumplimiento de las reglas de conducta imperativas conlleva la revocación de la inejecución condicionada de la pena de prisión. La proporcionalidad penal (principio que informa todo el orden punitivo, en sus diversas manifestacio-

nes) precisa una interpretación de las leyes punitivas acorde con su finalidad. La estipulación, como reglas de conducta obligatorias, de la prohibición de acercamiento y comunicación de la víctima y del seguimiento de un tratamiento formativo del agresor tratan de evitar el riesgo de una nueva victimización. Cuando la regla omitida es la prohibición de la interacción, la existencia de una convivencia consentida conlleva una falta de afectación del interés protegido, dado que la víctima no precisa ser protegida de esta manera. Por lo tanto, existe una infracción formal carente de contenido material, y el Derecho penal, cuando incrimina o contempla efectos sancionadores, únicamente castiga conductas socialmente lesivas. Por ello, en estos casos, no resulta justificado, desde el prisma de la proporcionalidad en la respuesta, dejar sin efecto la suspensión condicionada de la ejecución de la pena de prisión. El Derecho penal tiene una naturaleza formal, un contenido estrictamente sustantivo y un perfil netamente funcional, debido al nivel de aflicción que su intervención conlleva. La formalidad exige que las reglas penales se aprueben por normas con rango de ley y que su interpretación no desborde, cuando introducen efectos desfavorables para el ciudadano, el sentido literal posible de los términos empleados en la ley (criterio hermenéutico de literalidad). La sustantividad y funcionalidad imponen que, respetando las exigencias de literalidad, la exégesis se realice con criterios hermenéuticos de naturaleza finalística, de tal forma que a través de la interpretación no se confiera al precepto un sentido que no cohonesta con el interés jurídico que la ley trata de proteger (criterio hermenéutico de contenido teleológico). A la luz de esta cosmovisión, el incumplimiento de una regla de conducta existe cuando concurren cumulativamente dos circunstancias: 1.—Se realiza el comportamiento prohibido por la ley penal: el penado se acerca a la víctima o se comunica con ella. 2.—Se quiebra la voluntad de la persona cuyo interés vital se protege (la víctima no quiere mantener una interacción con el penado), o se actúa conforme a una voluntad aquiescente (la víctima quiere interactuar con el penado) jurídicamente viciada al existir un contexto de dominación que cuestiona la autonomía real de la víctima, de forma que su libertad decisoria está severamente menoscabada por la dependencia causada por la sumisión. Únicamente la primera de las dos condiciones reseñadas estaba presente en el supuesto objeto de este recurso. Faltaba la otra. Por lo tanto, no existía un incumplimiento de la regla de conducta que justificara la decisión de revocar la inexecución condicionada de la pena de prisión. Consecuentemente, procede dejar sin efecto el auto recurrido, decisión que no altera la situación jurídica de la recurrente, al encontrarse la misma, tal y como se ha explicitado en esta resolución, consolidada cuando se pronuncia esta resolución (A AP Guipuzcoa 4/2008, de 11 de enero [LA LEY 178201/2008]).

Para estos supuestos, señala la Circular 1/2005, de la FGE que en ocasiones el suspenso infringe las obligaciones o deberes que le fueron impuestos, con el consentimiento de quien fue la víctima de los hechos castigados por los arts. 153 y 173.2. Cuando así ocurre, también suele presentarse la paradójica situación de tener que aplicar el art. 84.3, lo que da lugar a la revocación de la suspensión y al ingreso en prisión, contra la voluntad de la persona para cuya protección la Ley prevé estas consecuencias. El choque del mandato legal con el deseo del titular del bien jurídico afectado genera en estas ocasiones un contexto extraño que obliga a los Fiscales a asumir una doble iniciativa que, aunque en principio pueda parecer contradictoria, constituye la única posibilidad de conjugar ambos. En estos casos, los Sres. Fiscales, cumpliendo su misión constitucional de defender la legalidad, deben promover la observancia del art. 84.3, y, por tanto, han de instar la ejecución de la pena de prisión, previa revocación de la suspensión. Sin embargo, el estricto acatamiento de esta obligación no implica que la voluntad de la víctima tenga que ser siempre desoída. Cuando se produzca la situación a la que nos venimos refiriendo, los Sres. Fiscales valorarán con la máxima prudencia si las circunstancias del caso obligan a tomar en cuenta

los argumentos expuestos por la víctima en contra de la ejecución de la pena. En caso afirmativo, aun cuando en virtud de lo dispuesto por el art. 84.3, deben interesar la revocación del beneficio y el cumplimiento de la pena privativa de libertad impuesta, si las circunstancias lo hacen necesario, pueden utilizar la facultad prevista en el art. 20 de la Ley de 18-6-1870 (LEG 1870, 10) y proponer el indulto de la misma, y, con base en el art. 4.4 CP, la suspensión de su ejecución hasta que se resuelva la concesión o denegación del beneficio.

Artículo 85.

1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la antigua redacción de este apartado primero la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. Revocada la suspensión, se ordenará la ejecución de la pena, así como la inscripción de la misma en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

2. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto, y cumplidas, en su caso, las reglas de conducta fijadas por el Juez o Tribunal, éste acordará la remisión de la pena, ordenando la cancelación de la inscripción hecha en la Sección especial del Registro Central de Penados y Rebeldes. Este antecedente penal no se tendrá en cuenta a ningún efecto».

Artículo 86.

En los delitos que sólo pueden ser perseguidos previa denuncia o querrela del ofendido, los Jueces y Tribunales oirán a éste y, en su caso, a quien le represente, antes de conceder los beneficios de la suspensión de la ejecución de la pena.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 80 a 84, 87, 130, 162, 191, 201, 215, 228, 267, 287, 296, 456, 620, 621 y 639.

Pese a tratarse de un delito «público», señala el A 259/2000, de 13 de noviembre [LA LEY 205167/2000], que, el Juzgador no se detiene exclusivamente en la cuestión afectante a la solvencia o insolvencia del penado, sino que añade como razones para denegar la concesión de la remisión condicional de la pena, tanto la falta de voluntad de aquél para reparar el mal causado, como la oposición de los perjudicados por el delito a que le sea concedido dicho beneficio. Motivo este último digno de ser atendido, pues ante un proceso penal, que socialmente es percibido como escasamente atento a la situación de la víctima, no resulta rechazable la preocupación del Juzgado por tomar en consideración la aflicción del perjudicado y su natural deseo de reparación

de un delito que, no se olvide, supone la lesión de un bien jurídico materializado en un objeto de primera necesidad como es la vivienda; y, desde luego, difícilmente podrá sostenerse que la víctima de este delito puede recibir una reparación, siquiera moral, cuando no sólo no es indemnizado por razón de la formal insolvencia declarada, sino que incluso advierte como un condenado a un año y medio de privación de libertad disfruta de ésta sin limitación.

Artículo 87.

1. Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el art. 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del art. 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El Juez o Tribunal solicitará en todo caso informe del Médico Forense sobre los extremos anteriores.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el período que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, y nunca con una periodicidad superior al año, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20.2.º, 21.1.ª, 22.8.ª, 80 a 86, 94, 97, 102, 190, 368 y ss., 375, 388 y 587.

Apartados 1 y 4, modificados por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 (ha elevado a cinco años el límite máximo de las penas privativas de libertad cuya suspensión cabe según lo previsto en este artículo, ha suprimido el impedimento consistente en la habitualidad del reo y ha establecido un informe preceptivo del Médico forense sobre las condiciones cuyo cumplimiento exige para la concesión de la suspensión. En el art. 87.4 la reforma ha establecido una periodicidad mínima anual para la emisión de los informes que han de presentar los centros o servicios en los que el condenado reciba deshabitación), siendo la antigua redacción de este apartado primero la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. Aun cuando no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el art. 81, el Juez o Tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a tres años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del art. 20, siempre que se den las siguientes circunstancias:

1.ª Que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

2.ª Que no se trate de reos habituales.

2. En el supuesto de que el condenado sea reincidente, el Juez o Tribunal valorará, por resolución motivada, la oportunidad de conceder o no el beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, atendidas las circunstancias del hecho y del autor.

3. La suspensión de la ejecución de la pena quedará siempre condicionada a que el reo no delinca en el periodo que se señale, que será de tres a cinco años.

4. En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabitación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no abandone el tratamiento hasta su finalización. Los centros o servicios responsables del tratamiento estarán obligados a facilitar al Juez o Tribunal sentenciador, en los plazos que señale, la información precisa para comprobar el comienzo de aquél, así como para conocer periódicamente su evolución, las modificaciones que haya de experimentar así como su finalización.

5. El Juez o Tribunal revocará la suspensión de la ejecución de la pena si el penado incumpliere cualquiera de las condiciones establecidas.

Transcurrido el plazo de suspensión sin haber delinquido el sujeto, el Juez o Tribunal acordará la remisión de la pena si se ha acreditado la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. De lo contrario, ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años».

Señala la STC 222/2007, de 8 de octubre [LA LEY 165779/2007], que la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad se regula con carácter general en los arts. 80 y 81 CP, si bien en el art. 87 CP, separándose de ese régimen general, se permite al Juez o Tribunal acordar, con audiencia de las partes, y aun cuando no concurren las condiciones generales para la suspensión establecidas en el art. 81, 1 y 2 (que el condenado haya delinquido por primera vez y que las penas impuestas no sean superiores a dos años), acordar la suspensión de la pena privativa

de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a cinco años, siempre y cuando se trate de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.1 CP y el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto. «El art. 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo texto legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella» (STC 110/2003, de 16 de junio, FJ 4).

Este precepto permite, oportuno es recordarlo, que, excepcionalmente, el Juez o Tribunal pueda establecer, con audiencia de las partes y aun cuando la pena impuesta fuera superior a dos años la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta cuando su duración no sea superior a tres años, siempre y cuando se den los siguientes requisitos: 1) que se trate de hechos delictivos cometidos a causa de la dependencia de las sustancias señaladas en el art. 20.1 CP; 2) que el condenado acredite suficientemente que se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento dirigido a tal efecto; y 3) que no se trate de un delincuente habitual (requisito éste ya no imperativo, sustituido por la valoración del juzgador en caso de reincidencia por la LO 15/2003). El art. 87.1 CP se presenta, así, como una excepción al régimen común de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (contenido en los arts. 80 y siguientes de ese mismo Texto Legal) para la suspensión de la ejecución de las penas inferiores a dos años, cuya existencia está justificada por las especiales características personales de los autores de ciertos tipos de delitos. A la finalidad genérica de rehabilitación que persigue la institución del beneficio de suspensión de la ejecución de las penas, destinado a evitar el cumplimiento en prisión de determinadas penas privativas de libertad en quienes concurren los requisitos previstos legalmente, se une, en el caso especial del art. 87.1 CP, la de propiciar que quienes han cometido un delito no grave por motivo de su adicción a las drogas —caso habitual del llamado traficante/consumidor— reciban un tratamiento que les permita emanciparse de dicha adicción con carácter preferente a un ingreso en prisión que, lejos de favorecer su rehabilitación, pudiera resultar contraproducente para ella. El art. 87 del Código Penal permite superar en las penas privativas de libertad de duración media un enfoque puramente retributivo de las consecuencias jurídicas al hecho delictivo precisamente para quien presenta graves deficiencias personales que le llevan a la comisión de hechos delictivos y para quien la prisión no es más que un riesgo que debe asumir para mantener su adicción. Esta espiral delictiva, en la que se suceden conductas delictivas e ingresos en prisión, debe ser interrumpida mediante la entrada de los mecanismos que el Código Penal prevé, en ocasiones poco utilizados, posibilitando una reconstrucción personal que trate de evitar recaídas en hechos delictivos de lo que saldrá mejorada la sociedad y la persona solucionando el conflicto producido por el delito (409/2002, 7 de marzo [LA LEY 4999/2002], STC 110/2003, de 16 de junio [LA LEY 106833/2003]).

Ésa y no otra fue la razón por la que, ya en el CP 1973, se introdujo una norma especial (el art. 93 bis) en la que se contemplaba específicamente este supuesto. Sin embargo, al limitarse enton-

ces a dos años de prisión el límite de la pena privativa de libertad cuya ejecución podía suspenderse, dicho precedente fue inmediatamente criticado en la doctrina, a la vista de que la pena mínima por delito de tráfico de drogas ascendía a dos años, cuatro meses y un día de prisión, lo que hacía inaplicable el beneficio en la inmensa mayoría de los casos. Precisamente por ello, dicho límite fue elevado a tres años en el art. 87.1 del Código Penal de 1995, en tanto que se mantiene el límite de dos años en el régimen común de concesión del mismo, STC 110/2003, de 16 de junio.

El art. 87 CP, al referirse a la forma de ejecución de una Sentencia firme, es perfectamente aplicable a las condenas por hechos anteriores a su entrada en vigor (STS de 16 de junio de 1997).

SECCIÓN 2.^a

De la sustitución de las penas privativas de libertad

Artículo 88.

1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

Excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior para la pena de multa.

En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a, del apartado 1 del art. 83 de este Código.

2. En el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida en el apartado precedente.

3. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33, 37, 49, 50, 53, 71, 83, 89, 94 y 99.

Párrafo tercero del apartado 1, modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima), siendo la antigua redacción:

«En el caso de que el reo hubiera sido condenado por el delito tipificado en el art. 173.2 de este Código, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en los números 1 y 2 del apartado primero del art. 83 de este Código».

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 28 de junio de 2005, siendo su anterior redacción:

«1. Los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por arresto de fin de semana o multa, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales. Cada semana de prisión será sustituida por dos arrestos de fin de semana; y cada día de prisión será sustituido por dos cuotas de multa. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias de las obligaciones o deberes previstos en el art. 83 de este Código.

Excepcionalmente podrán los Jueces o Tribunales sustituir las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social. En estos casos, la sustitución se llevará a cabo con los mismos requisitos y en los mismos términos y módulos de conversión establecidos en el párrafo anterior.

2. También podrán los Jueces y Tribunales, previa conformidad del reo, sustituir las penas de arresto de fines de semana por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada arresto de fin de semana será sustituido por cuatro cuotas de multa o dos jornadas de trabajo.

3. En el supuesto de quebrantamiento o incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión o de arresto de fin de semana inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo que se haya cumplido, de acuerdo con las reglas de conversión respectivamente establecidas en los apartados precedentes.

4. En ningún caso se podrán sustituir penas que sean sustitutivas de otras».

La redacción anterior fue la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004.

Artículo 89.

1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del terri-

torio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.

La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6.º 517 y 518 del Código Penal.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 90 y 108.

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre.

Apartados 1, 2 y 3, modificados por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en vigor desde el 1 de octubre de 2003 (DF Segunda), y apartado cuarto introducido por LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, siendo la redacción original:

«1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas por su expulsión del territorio nacional. Igualmente, los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, podrán acordar la expulsión

del territorio nacional del extranjero condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, siempre que haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. En ambos casos será necesario oír previamente al penado.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años contados desde la fecha de su expulsión, atendida la duración de la pena impuesta. Si regresare antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en la frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa».

La expulsión no viene considerada como una pena, sino como una medida de seguridad en el Código Penal, art. 96.3.2.^a, y sus efectos son similares, aunque multiplicados en su dimensión, a los de la pena consistente en la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, en este caso referidos a la totalidad del territorio nacional. En cualquiera de los casos, y sin perjuicio de las medidas que pudieran proceder con arreglo a la legislación de extranjería, se trata de una consecuencia de la comisión de un delito que implica una restricción de los derechos del condenado, aunque con efectos diferentes a los de una pena privativa de libertad. La calificación de las penas según su gravedad, además, e incluso, a pesar de la contenida en el art. 33 del Código Penal, debe tener en cuenta los derechos afectados, de manera que la pena privativa de libertad es más grave que las restrictivas de otros derechos, sin que esa valoración se vea afectada por el criterio o las preferencias del propio acusado, pues no se trata de un supuesto de elección, sino de una valoración objetiva. Desde esa perspectiva, la medida de seguridad de expulsión, aun cuando puede provocar, según los casos, efectos muy negativos para el acusado, resulta de menor gravedad objetiva que la privación de libertad, pues en realidad consiste en una restricción. No puede olvidarse, de otro lado, y aunque no sea un argumento decisivo, que en los casos de estancia ilegal, el cumplimiento de la pena será seguido, previsiblemente, por la expulsión administrativa, 165/2009, de 19 de febrero [LA LEY 8771/2009].

Constitucionalidad del precepto

El ATC 132/2006, de 4 de abril [LA LEY 21761/2006], inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Alicante puesto que estaríamos ante uno de esos supuestos en que, sin excesivo esfuerzo argumental, es posible concluir que las dudas de inconstitucionalidad están manifiestamente infundadas, al ser susceptible el precepto cuestionado de una interpretación conforme a la Constitución y, en consecuencia, compatible con el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en relación con el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE). El órgano judicial proponente considera que el precepto cuestionado ha introducido un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad en relación con el derecho a la libertad personal, para aquellos extranjeros no residentes legalmente en España, cuya expulsión del territorio nacional hubiese sido decretada como alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, cuando dicha expulsión no hubiese podido ser llevada a efecto, pues en tal caso el cumplimiento de la pena de prisión resultaría indefectible al no poder serles aplicados, aun cuando se dieran los requisitos legales para ello, los arts. 80 —suspensión ordinaria, y suspensión excepcional por grave enfermedad con padecimientos incurables—, 87 —suspensión en supuestos de drogadicción— y 88 —sustitución por multa o trabajos en beneficio de la comunidad—, ya que en el párrafo tercero del art. 89.1 CP se establece que «[l]a expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal». Tal conclusión no es, sin embargo, en modo

alguno obligada, ni desde el punto de vista literal, ni a partir de una interpretación sistemática o teleológica. Por el contrario, tales métodos de interpretación permiten alcanzar la conclusión contraria, esto es, que el extranjero cuya expulsión no haya podido realizarse en el plazo máximo legal establecido tiene acceso, en la medida en que reúna los requisitos legalmente exigidos para ello en los arts. 80, 87 y 88 CP, a la posible suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad que le haya sido impuesta, o a su sustitución por otras menos gravosas, en las mismas condiciones que los penados de nacionalidad española y que los penados extranjeros con residencia legal en España. En efecto, el precepto cuestionado establece que se procederá al cumplimiento de la pena originariamente impuesta o del período de condena que restase por cumplir, en el caso en que no pueda llevarse a efecto la expulsión de territorio nacional acordada como sustitutiva de la pena de prisión. Esta previsión, en sí misma considerada, resulta plenamente razonable, puesto que, al no poderse llevar a la práctica la medida alternativa o sustitutoria de expulsión del penado, es lógico que la pena privativa de libertad retorne al primer plano. De hecho, la duda de inconstitucionalidad del Juzgado de lo Penal no se refiere a esta lógica consecuencia, sino al hecho de que, puesta en relación con lo dispuesto en el tercer párrafo de ese mismo art. 89.1 CP, pudiera concluirse que, en el caso de que finalmente fuera imposible expulsar al penado extranjero no residente legal en España, tampoco podrían serle aplicadas las formas sustitutivas de ejecución de las penas privativas de libertad reguladas en los arts. 80, 87 y 88 CP. Como ha quedado dicho, el texto legal cuestionado no obliga a llegar a esta conclusión. No obliga a ello su interpretación literal. En primer lugar, es obvio que el último párrafo del art. 89.1 CP no establece expresamente ninguna previsión sobre la imposibilidad de aplicar los arts. 80, 87 y 88 CP en los supuestos en que la expulsión no pueda finalmente verificarse. Tampoco a esta conclusión puede llevar la utilización en este párrafo del término «cumplimiento», puesto que, como ya destacara el Fiscal General del Estado, dicho término en el contexto del Código Penal no es sinónimo de ingreso en prisión, tal como se acredita con su utilización, por ejemplo, en los arts. 73, 75 y 76 CP en relación al establecimiento de los límites máximos de cumplimiento en supuestos de concursos reales de delitos, utilización que, evidentemente, no prejuzga la aplicabilidad de los sustitutivos penales. Y, en segundo lugar, la exclusión de la aplicación de estos sustitutivos en el párrafo tercero del art. 89.1 CP viene prevista en el marco de una disposición que comienza diciendo que «la expulsión se llevará a efecto», lo que no es el caso del supuesto regulado en el último párrafo en el que se prevén los efectos legales cuando la expulsión no se puede llevar a efecto. La conclusión interpretativa de la que parte el órgano judicial para fundamentar el cuestionamiento del precepto tampoco resulta obligada a partir de su interpretación sistemática, puesto que, mientras la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP. Por último, tampoco obliga a alcanzar la conclusión de referencia una interpretación teleológica del mencionado precepto. La finalidad de las formas sustitutivas de las penas privativas de libertad es favorecer la reinserción y rehabilitación social de los penados con penas cortas privativas de libertad mediante su suspensión condicional o su sustitución por otras medidas distintas que eviten el eventual efecto desocializador que podría tener el efectivo ingreso en prisión durante un corto período de tiempo. Esta finalidad quedaría frustrada en el caso de entenderse que el penado extranjero no residente legalmente en España condenado a una pena corta privativa de libertad y cuya expulsión no resultara posible ejecutar

se vería obligado indefectiblemente a ingresar en un centro penitenciario para cumplir dicha pena corta privativa de libertad sin posibilidad de que le fueran aplicados, si se cumplen los requisitos legales, los sustitutivos penales. En definitiva, la posibilidad de interpretar la norma cuestionada en forma compatible con el art. 14 CE puesto en relación con el art. 17 CE determina que la presente cuestión de inconstitucionalidad esté incurso en la causa de inadmisión señalada (ATC 132/2006, de 4 de abril [LA LEY 21761/2006]).

Carácter potestativo de la sustitución en la Sentencia condenatoria: expulsión como regla general para penas de prisión inferiores a seis años

Con anterioridad a la modificación operada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, el art. 89 CP disponía en su inciso primero que las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España «podrán ser sustituidas por la expulsión de territorio nacional». Así, la doctrina de la Sala Segunda declaraba (véase 919/1999, de 2 de junio) que la decisión del Tribunal sentenciador en esta materia no era otra cosa que el ejercicio de una facultad discrecional de primer grado que le otorga la Ley, como se deduce del empleo de la expresión legal «podrán» de que se hace uso en el precepto y, por consiguiente, no censurable en casación, ya que, una vez acreditado que el acusado carece de residencia legal en España, se trata de una decisión del juzgador no sometida a condición ni a criterio legal alguno preestablecido, pues si así fuese estaríamos ante un caso de discrecionalidad reglada o arbitrio de segundo grado, que podría ser impugnada casacionalmente cuando se alegase la falta de concurrencia de dichas condiciones. La mencionada Ley Orgánica 11/2003, ha modificado el art. 89 CP, utilizándose ahora la fórmula imperativa del «serán», que determina la obligatoriedad de la sustitución en los mismos supuestos, pero, no obstante esa regla general, admite la excepción cuando el Juez o Tribunal, de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España (1249/2004, de 28 de octubre [LA LEY 74/2005]). Las diferencias básicas respecto de la regulación anterior son dos. En primer lugar, la configuración de la expulsión como la regla general, aun cuando cabe no acordarla como excepción, ya que en el sistema anteriormente vigente la decisión era facultativa para el Tribunal. En segundo lugar, en la regulación actual no se menciona expresamente la necesidad de oír al penado con carácter previo a acordar la sustitución, lo que podría indicar la posibilidad de prescindir de la audiencia antes prevista expresamente. Pero al no ser automática la sustitución de la pena por la expulsión, en cuanto exige algunos requisitos sobre los que puede practicarse prueba, y en cuanto cabe una excepción basada en las características del hecho criminal, incluyendo en ellas las circunstancias del culpable, es preciso oír al acusado sobre la cuestión; que haya existido la posibilidad de que el acusado proponga prueba sobre los hechos pertinentes y alegue lo que le convenga sobre el particular, y que en la Sentencia se efectúe una motivación suficiente en función de las características del caso que justifique la resolución finalmente adoptada, 710/2005, de 7 de junio [LA LEY 12798/2005]. Ya 901/2004, de 8 de julio [LA LEY 1682/2004] (que ha sido seguida, en el mismo sentido, por otras como 1249/2004, de 28 de octubre [LA LEY 74/2005], y 1546/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 323/2005]), señaló con carácter general la posibilidad de acudir a interpretaciones de la norma que no habrían de conducir obligadamente a la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, como parecería deducirse de una lectura literal de los términos del art. 89 del Código Penal, tras la reforma operada en el mismo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre. Con ello se abrían por tanto expectativas de interpretación del precepto, alejadas de automatismos simplistas, que permiten avalar plenamente en esta ocasión el criterio seguido al respecto por la Resolución de instancia y que tan razonablemente encuentra en

la misma fundamento por estrictas razones de cumplimiento de los fines del sistema penal, cuando advierte, con toda sensatez, que «La sustitución de la pena por la expulsión en tales casos de tráfico de cantidades intermedias de cocaína (de 200 a 500 gramos) excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, generándoseles como única consecuencia negativa la devolución a su país de origen. Tal situación de impunidad no sólo desactivaría el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal (perspectiva de la prevención general negativa), sino que generaría en el ciudadano cumplidor de la Ley una sensación de desprotección y desasosiego ante ciertos actos delictivos, sensación que derivaría en la pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves (perspectiva de la prevención general positiva)». En definitiva, es de todo punto correcto sostener que, permitiendo precisamente el propio art. 89.1 la excepción debidamente motivada a la regla inicial de la sustitución de la pena privativa de libertad impuesta al extranjero sin residencia legal en nuestro país, es en supuestos tanto de justicia material favorable al reo como de eficacia del sistema penal en su contra, en los que el apartamiento de la regla general alcanza cabal sentido (1189/2005, de 24 de octubre [LA LEY 207107/2005]).

En el caso del tráfico de drogas, los argumentos para la no expulsión son de peso. El análisis de la naturaleza del delito puede aconsejar, dentro de la variedad de tipos penales englobados en el art. 368 CP, que se sustituya la pena en la hipótesis de un vendedor callejero de papelinas (pongamos por caso), pero no respecto a un importador de droga, en cantidades considerables. La que le fue intervenida al acusado tenía un valor de más de 39.000 euros. Ningún extranjero que se mueva en el ámbito de los delitos de esta clase dejaría de probar suerte introduciendo droga «dura» en España, ante la eventual posibilidad de sufrir unos pocos meses de prisión preventiva, con la expectativa razonable de que si el plan delictivo resultaba exitoso tendría pingües beneficios a costa de la salud de los españoles o extranjeros legalmente residentes en nuestro país. Tales potenciales delincuentes sólo tendrían que procurar no importar por encima de 750 gramos de cocaína, reducida a pureza. Tratándose de un solo acto (el delito del art. 368 es de actividad, con posibilidad de incluir en el mismo injusto típico diversas conductas referidas al tráfico ilícito de drogas) y ante la ausencia de antecedentes penales, tendría muchísimas posibilidades de que la pena impuesta no excediera de seis años de prisión. Esa situación supondría un auténtico desarme del Derecho penal, convirtiéndose la facultad judicial del art. 89.1 en instrumento desprotector del bien jurídico tutelado (salud pública) y favorecer del delito (1546/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 323/2005]) (en este sentido, 906/2005, de 8 de julio [LA LEY 13285/2005]).

Con respecto a la aplicación de la sustitución por el órgano sentenciador sin impulso de las partes y sus efectos sobre el principio acusatorio, señala 165/2009, de 19 de febrero [LA LEY 8771/2009], que la exigencia de una previa petición del Ministerio Fiscal pudiera encontrar justificaciones no sólo en el principio acusatorio, sino incluso en la puesta en práctica de un sistema que pretenda la obtención racional de la uniformidad en la resolución de estas cuestiones. Desde el principio acusatorio, dadas las características de la expulsión, sería aconsejable que las consecuencias del delito vinieran precedidas de una petición de la acusación, especialmente si se trata de una posibilidad que apareja consecuencias graves. No obstante, la Sala Segunda entiende que el tenor literal de la ley contempla la sustitución de la pena por la expulsión como la regla general exigiendo exclusivamente la previa audiencia del Ministerio Fiscal, lo cual es coherente

con las previsiones que, para otras sustituciones de la pena impuesta, prevé el art. 88 del Código Penal. En cuanto a la posibilidad de que el Tribunal haya perdido su posición de neutralidad, es de tener en cuenta que la sustitución está prevista por la ley como la solución generalmente aplicable, y que la medida de seguridad es de gravedad inferior a la pena privativa de libertad aunque sus efectos sean considerables. Dicho de otra forma, el Tribunal se limita a sustituir según la ley una pena privativa de libertad solicitada por la acusación, que además es procedente, por una medida de seguridad de inferior gravedad, en cuanto que sólo causa una restricción de aquélla. Y, finalmente, en cuanto a la indefensión, se excluye cuando el propio Tribunal suscita la posibilidad de sustitución y es oído el acusado y su Letrado, permitiéndoseles la defensa efectiva. En consecuencia, no se infringe el principio acusatorio cuando se sustituye la pena privativa de libertad por la expulsión. Parece que para los casos en los que la medida no entró en el debate procesal y contradictorio, señala la 498/2009, de 30 de abril [LA LEY 67221/2009] que todas las Sentencias de la Sala Segunda, acertadamente invocadas por el Ministerio Público, declaran la necesidad de que medie petición de la medida por alguna de las partes personadas para que pueda sustituirse la prisión por la expulsión. Así, la Sentencia 1099/2006, de 13 de noviembre [LA LEY 138574/2006], declara que «la medida de expulsión ha de pedirse por la acusación o defensa, ha de oírse a la parte contraria, ha de someterse a debate contradictorio, ha de resolverse en la Sentencia que ha de dictarse tras el Juicio Oral correspondiente y finalmente cabrá contra ella el oportuno recurso devolutivo de apelación o casación». En el sentido de exigir la previa petición de parte con el correspondiente debate contradictorio, también las Sentencias citadas en el recurso de 23 de noviembre y 1 de diciembre de 2006, y 20 de febrero de 2008. En este caso, la ausencia de toda pretensión al respecto dejó la posibilidad de acordar la medida fuera del ámbito de la contradicción entre partes; y al decidirla el Tribunal, sin ponderar las circunstancias concretas justificativas de la medida, y sobre la única base de la cuantía de la pena y de la ilegal residencia en España del acusado, a modo de efecto automático de la norma, se interpretó su alcance al margen de la doctrina referida.

Ante la conformidad mostrada por el acusado y su defensa con la calificación del Ministerio Fiscal, se consideró innecesaria la continuación del juicio, quedando reducido el acto de la vista a la cuestión de la eventual sustitución de la pena por la expulsión, oponiéndose a ello el Ministerio Fiscal, lo que pudo ser conocido por el recurrente, quien pudo efectuar las oportunas alegaciones. Por tanto, el trámite audiencia del Ministerio Fiscal al que se refiere el art. 89.1 CP no tenía ya ningún fundamento en el presente caso (ATS 1278/2005, de 28 de junio [LA LEY 297885/2005]). Señala 200/2007, de 16 de marzo [LA LEY 8240/2007], que es cierto que en el acta de juicio aparece reflejado que la petición del Fiscal incluía formalmente la sustitución de la pena en los términos que permite la legislación vigente. Pero asimismo lo es que tal solicitud, mediante la fórmula elíptica utilizada, permite concluir que Óscar pudo muy bien no haber entendido que, en el momento de prestar su conformidad a las penas de privación de libertad, estaba aceptando la posibilidad de sustitución de ésta por la expulsión del país. Al mismo tiempo, a tenor de lo que consta, es claro que tal aspecto de la decisión, cuya posibilidad como hipótesis no se hizo explícita, no fue sometido a contradicción, lo que sin duda ha afectado negativamente al derecho a la tutela judicial efectiva de aquél. Siendo así, ya sólo por esta misma consideración, habría que entender lesionado ese derecho fundamental y también que la decisión impugnada está aquejada de incongruencia, puesto que va más allá y genera consecuencias más gravosas para el acusado de las que pudo contemplar cuando admitió los términos de la acusación. Por lo demás, la documentación aportada con el recurso es lo bastante sugestiva de que el interesado tiene años de permanencia e hijos nacidos en España; datos éstos que, en todo caso, tendrían que haber sido

contemplados por el Tribunal; y si no lo fueron es, sin duda, debido a que aquél no tuvo motivos para considerar que la petición del Fiscal comportase para él el riesgo de expulsión, y por eso no la discutió. En definitiva, y por todo, debe estimarse el recurso, en el sentido de dejarse sin efecto el único aspecto discutido del fallo de instancia.

Sustitución en acuerdo posterior a la Sentencia condenatoria: penas de prisión iguales o superiores a seis años

Señala la STC 110/2009, de 11 de mayo [LA LEY 58185/2009], que conforme se puso de manifiesto en la STC 145/2006, de 8 de mayo, el art. 89.1 establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal. Los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado art. 89.1 CP. Por añadidura, al igual que en la citada STC 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado art. 89.1 CP, y sin que el hecho, puesto de manifiesto por la Audiencia Provincial, de que con anterioridad a los hechos que dieron lugar a la causa penal existiera un expediente gubernativo de expulsión pueda servir de justificación, toda vez que, según es inconcuso, porque así está reconocido en el propio Auto de 11 de noviembre de 2005, el citado expediente gubernativo nada tiene que ver con la causa penal considerada.

SECCIÓN 3.^a

De la libertad condicional

Artículo 90.

1. Se establece la libertad condicional en la pena privativa de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

- a) Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.**
- b) Que se hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.**
- c) Que hayan observado buena conducta y exista respecto de los sentenciados un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido en el informe final previsto en el art. 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.**

No se entenderá cumplida la circunstancia anterior si el penado no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito en los supuestos y conforme a los criterios establecidos por el art. 72.5 y 6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

Asimismo, en el caso de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o por delitos cometidos en

el seno de organizaciones criminales, se entenderá que hay pronóstico de reinserción social cuando el penado muestre signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios de la actividad terrorista y además haya colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito, bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles motivadamente la observancia de una o varias de las reglas de conducta o medidas previstas en los arts. 83 y 96.3 del presente Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 32, 33, 35, 78, 83, 89, 91, 92, 93, 96 y 105.

LOGP (§ 3.1): arts. 17, 67, 72 y 76.

RP (§ 3.2): arts. 192 y ss.

Modificado por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, modificación que «*será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor (2 de julio de 2003, DF 2.ª), con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena*» (DT Única LO 7/2003, de 30 de junio), siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003:

«1. Se establece la libertad condicional en las penas privativas de libertad para aquellos sentenciados en quienes concurren las circunstancias siguientes:

1.ª Que se encuentren en el tercer grado de tratamiento penitenciario.

2.ª Que hayan extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta.

3.ª Que hayan observado buena conducta, y exista respecto de los mismos un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia estime convenientes.

2. El Juez de Vigilancia, al decretar la libertad condicional de los penados, podrá imponerles la observancia de una o varias de las reglas de conducta previstas en el art. 105 del presente Código».

La libertad condicional que prevé el nuevo Código Penal no es un elemento de determinación de la pena más favorable. Por una parte, no se trata de un extremo al que se haga referencia en las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y Quinta de la Ley Orgánica 10/1995. El motivo es evidente: por un lado, la libertad condicional es un beneficio penitenciario que no afecta al

cómputo del tiempo de prisión; por otra parte, la libertad condicional afecta a los presos que han cumplido tres cuartas partes de la condena como lo hacía en el Código Penal derogado, por lo que, al no ser un elemento de diferencia, difícilmente afecta a la comparación (667/1997, de 7 de mayo [LA LEY 6164/1997]).

Artículo 91.

1. Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, y siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, el Juez de Vigilancia penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales.

2. A propuesta de Instituciones Penitenciarias y previo informe del Ministerio Fiscal y de las demás partes, cumplidas las circunstancias de los párrafos a) y c) del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá adelantar, una vez extinguida la mitad de la condena, la concesión de la libertad condicional en relación con el plazo previsto en el apartado anterior, hasta un máximo de 90 días por cada año transcurrido de cumplimiento efectivo de condena, siempre que no se trate de delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII o cometidos en el seno de organizaciones criminales. Esta medida requerirá que el penado haya desarrollado continuamente las actividades indicadas en el apartado anterior y que acredite, además, la participación efectiva y favorable en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso.

CONCORDANCIAS

CP: art. 90.

RP (§ 3.2): arts. 153 y 192 y ss.

Modificado por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, modificación que *«será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor (2 de julio de 2003, DF 2.ª), con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena»* (DT Única LO 7/2003, de 30 de junio), siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003:

«Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias 1.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuamente actividades laborales, culturales u ocupacionales».

Artículo 92.

1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de 70 años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella o, en su caso, las dos terceras, podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables.

2. Constando a la Administración penitenciaria que el interno se halla en cualquiera de los casos previstos en los párrafos anteriores, elevará el expediente de libertad condicional, con la urgencia que el caso requiera, al Juez de Vigilancia Penitenciaria que, a la hora de resolverlo, valorará junto a las circunstancias personales la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad del sujeto.

3. Si el peligro para la vida del interno, a causa de su enfermedad o de su avanzada edad, fuera patente, por estar así acreditado por el dictamen del médico forense y de los servicios médicos del establecimiento penitenciario el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá, previa en su caso la progresión de grado, autorizar la libertad condicional sin más trámite que requerir al centro penitenciario el informe de pronóstico final al objeto de poder hacer la valoración a que se refiere el párrafo anterior, todo ello sin perjuicio del seguimiento y control previstos por el art. 75 de la Ley orgánica General Penitenciaria.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 90 y 91.

LOGP (§ 3.1): art. 75.

RP (§ 3.2): art. 196.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquella, o, en su caso, las dos terceras podrán obtener la concesión de la libertad condicional.

El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables».

Artículo 93.

1. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquiere o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y

el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional.

2. En el caso de condenados por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II de este Código, el Juez de Vigilancia penitenciaria podrá solicitar los informes que permitan acreditar que subsisten las condiciones que permitieron obtener la libertad condicional. Si en este período de libertad condicional el condenado delinquiera, inobservara las reglas de conducta o incumpliera las condiciones que le permitieron acceder a la libertad condicional, el Juez de Vigilancia penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda.

3. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el penado cumplirá el tiempo que reste de cumplimiento de la condena con pérdida del tiempo pasado en libertad condicional.

CONCORDANCIAS

CP: arts 90 a 92.

LOGP (§ 3.1): arts. 72 y 76.

RP (§ 3.2): art. 201.

Modificado por la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, modificación que *«será aplicable a las decisiones que se adopten sobre dichas materias desde su entrada en vigor (2 de julio de 2003, DF 2.ª), con independencia del momento de comisión de los hechos delictivos o de la fecha de la resolución en virtud de la cual se esté cumpliendo la pena»* (DT Única LO 7/2003, de 30 de junio), siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 1 de julio de 2003:

«El período de libertad condicional durará todo el tiempo que le falte al sujeto para cumplir su condena. Si en dicho período el reo delinquire o inobservare las reglas de conducta impuestas, el Juez de Vigilancia Penitenciaria revocará la libertad concedida, y el penado reingresará en prisión en el período o grado penitenciario que corresponda, sin perjuicio del cómputo del tiempo pasado en libertad condicional».

SECCIÓN 4.ª

Disposiciones comunes

Artículo 94.

A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello.

Para realizar este cómputo se considerarán, por una parte, el momento de posible suspensión o sustitución de la pena conforme al art. 88 y, por otra parte, la fecha de comisión de aquellos delitos que fundamenten la apreciación de la habitualidad.

CONCORDANCIAS

CP: art 88.

Modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«A los efectos previstos en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

TÍTULO IV**DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD****CAPÍTULO I****De las medidas de seguridad en general****Artículo 95.**

1. Las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el capítulo siguiente de este Código siempre que concurren estas circunstancias:

1.ª Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.

2.ª Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 96.3.

CONCORDANCIAS

CE: art. 25.

CP: arts. 1.2, 2.1, 3, 6, 96, 101 a 108, 135, 137 y Disposición Transitoria Décima.

RP (§ 3.2): arts. 161 y ss.

LOGP: art. 1.

CE: art. 25.

Real Decreto 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

La actual redacción del apartado 2 de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, siendo la versión anterior:

«2. Cuando la pena que hubiere podido imponerse por el delito cometido no fuere privativa de libertad, el Juez o Tribunal sentenciador sólo podrá acordar alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 105».

Ratio legis

El fundamento de la medida de seguridad no es el delito en sí, sino la peligrosidad del sujeto, que se exterioriza por la comisión de aquél, y sólo puede imponerse en Sentencia firme tras el correspondiente proceso con todas las garantías (1666/2000, de 27 de octubre [LA LEY 11986/2000]), o bien en fase de ejecución de Sentencia (579/2005, de 5 de mayo [LA LEY 1552/2005]), siendo facultativa su imposición para el Tribunal sentenciador (579/2005, de 5 de mayo [LA LEY 1552/2005] y 1015/2005, de 7 de septiembre [LA LEY 13619/2005]), lo cual parece rigurosamente lógico teniendo en cuenta que se trata de una decisión cuya adopción debe depender normalmente del examen directo de la persona y circunstancias que en ella concurren.

Cuando se trata de sujetos parcialmente inimputables, el fin prioritario de la medida de seguridad no es otro que la desaparición, a través del adecuado tratamiento terapéutico, de la peligrosidad del sujeto (354/2006, de 24 de marzo [LA LEY 36073/2006]).

Las medidas de seguridad no son pena en sentido estricto, ni principal ni accesoria, ni tampoco su consecuencia accesoria (1666/2000, de 27 de octubre [LA LEY 11986/2000]), pero se orientan al mismo fin que la pena (1332/2002, de 15 de julio [LA LEY 7782/2002]) señalado en el art. 25 CE y afectan ambas al valor superior de la libertad protegida por el art. 17 CE. La mayoría de los sistemas penales vigentes se califican como dualistas o de doble vía en lo referente a las consecuencias jurídicas del delito, ya que no es la pena la consecuencia esencial de la infracción penal, siendo posible la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales en aquellos casos en que el sujeto posee determinados componentes en su personalidad que revelan una peligrosidad delictiva, con probabilidad repetitiva, y además que requieren un tratamiento especial, derivado de sus especiales condiciones personales. Es por ello que si la pena ha de ser proporcionada al delito, la medida de seguridad se individualiza según la peligrosidad del sujeto; las penas se imponen a los imputables, y las medidas a los peligrosos, cualquiera que sea su grado de imputabilidad (345/2007, de 24 de abril [LA LEY 20349/2007]).

Se rigen por los principios de necesidad y proporcionalidad y han de llevarse a cabo siempre con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas (TC 218/2002, de 25 de noviembre [LA LEY 199/2003]).

La medida de seguridad constituye el remedio que prevé el CP para el tratamiento de los supuestos de imputabilidad o semiimputabilidad, fundamentalmente dirigida al cumplimiento de unos fines preventivos especiales a través de medidas de carácter terapéutico, educativo o asistencial. Se imponen en los supuestos en los que se haya declarado la comisión de un delito por un inimputable, o de imputabilidad reducida, y pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la comisión de nuevos hechos delictivos (773/2005, de 15 de junio [LA LEY 2024707/2005]).

Así como para la atenuación de la pena debe tenerse en cuenta el estado del sujeto al tiempo de delinquir, para la justificación de una medida de seguridad ha de valorarse su situación al tiempo de su posible imposición (579/2005, de 5 de mayo [LA LEY 1552/2005]).

Presupuestos para su aplicación

Son requisitos que deben concurrir para la aplicación de la medida de seguridad (2107/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 986/2002], 464/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4156/2002], y 345/2007, de 24 de abril [LA LEY 20349/2007]):

1.º Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito (arts. 6.1 y 95.1.1.^a), estando excluidas las faltas, y que se le haya considerado inimputable o semiimputable.

2.º Que ese delito aparezca sancionado en la Ley Penal con pena privativa de libertad (art. 95.2), que son las del art. 35 CP.

3.º Que haya peligrosidad criminal (art. 6.1), esto es, que una persona se considere potencialmente idónea para cometer acciones «antisociales», o dañosas. A dicho conocimiento se refiere el art. 95.1.2.^a cuando dice que es preciso «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos».

4.º Que sea necesaria esta medida de seguridad concreta («si fuere necesaria», dice el art. 101.1). Es decir, estos internamientos (los del art. 101, y también los de los arts. 102, 103 y 104) tienen carácter subsidiario respecto de las demás medidas que no consisten en privación de libertad: si puede obtenerse un adecuado tratamiento de la peligrosidad sin acudir al internamiento, habrán de aplicarse alguna o algunas de las previstas en los arts. 105 a 108 CP. Además, desaparecida la necesidad de esta medida concreta, habrá de cesar, o ser sustituida por otra o suspendida (arts. 6.2 y 97).

Si falta alguno de tales requisitos no puede imponerse medida de seguridad (1679/1999, de 7 de febrero de 2000 [LA LEY 3996/2000]).

El principio de legalidad no opera respecto de las medidas de seguridad con la misma estricta exigencia que lo hace sobre las penas, aunque de sendas consecuencias jurídicas del hecho delictivo estemos hablando. Y así, en el propio articulado del Código se introduce en la regulación de las medidas, por ejemplo, la posibilidad de cese anticipado, sustitución o suspensión de la medida inicialmente aplicada (art. 97), atendiendo a la mejor obtención del fin prioritario de la misma, que no es otro que el de la desaparición a través del tratamiento terapéutico de la peligrosidad del sujeto inimputable, que le sirve de fundamento para su aplicación y mantenimiento. Por ello, junto al principio de legalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de las medidas de seguridad, y de otros principios que se deducen de la propia literalidad de los preceptos que integran el Título IV del Libro II del texto legal y otras normas conexas, tales como, el de jurisdiccionalidad, tanto en la aplicación como en la ejecución de la medida (arts. 3.1 y 2, 95.1 y 97 CP), el de proporcionalidad en relación con la gravedad del hecho cometido y de su sanción punitiva (arts. 6.2, 95.2, 101.1 inciso 2.º, 102.1 inciso 2.º, 103.1 inciso 2.º y 104 inciso 2.º CP) o el de obligatoriedad del cumplimiento de la medida impuesta (arts. 100 y 468 CP), adquiere un carácter también esencial, si no incluso prioritario, el de la finalidad terapéutica de la intervención penal para el supuesto del sujeto inimputable, que late como fundamento y objetivo último de este instrumento legal, vinculado a la pena en su función de reinserción social por mandato del art. 25 CE (464/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4156/2002]).

Aunque por regla general el Tribunal no impondrá una medida de seguridad sin que se haya solicitado por alguna de las partes en el proceso, pues podría vulnerarse el principio acusatorio (1666/2000, de 27 de octubre [LA LEY 11986/2000]), lo cierto es que concurriendo la situación de peligrosidad —circunstancias personales del sujeto de las que pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos—, la adopción de una medida de seguridad se revela como necesaria y consecuencia de esa peligrosidad, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad como si se tratase de la imposición de una pena, encontrándonos en sistema dual que opera en planos distintos (730/2008, de 22 de octubre [LA LEY 176087/2008]). La discrecionalidad que la ley otorgue al Juzgador no le exime del deber de pronunciarse sobre la adopción de la medida de seguridad y de fundamentar jurídicamente la resolución tomada, porque, de lo contrario, la omisión de decisión al respecto y la falta absoluta de razonamiento que justificara dicha decisión, fuera la que fuere, transmuta en arbitrariedad la discrecionalidad del órgano jurisdiccional (175/2008, de 14 de mayo [LA LEY 53310/2008]). Cuestión diferente es que la persona sujeta a la medida goce del necesario derecho de defensa que ha de resolverse asegurando la vigencia del principio de contradicción, debiendo introducirse en el debate procesal la conveniencia de su aplicación (509/2000, de 27 de marzo [LA LEY 6011/2000] y 1825/2002, de 4 de noviembre [LA LEY 183294/2002]) por los beneficios que supone para el reo y la sociedad (776/2000, de 4 de mayo [LA LEY 7486/2000]), pero se puede acordar en fase de ejecución de Sentencia si concurren los requisitos exigidos en el art. 95 CP teniendo en cuenta el sistema vicarial de cumplimiento previsto en el art. 99 CP (87/2001, de 29 de enero [LA LEY 1978/2001] y 15/2000, de 19 de enero [LA LEY 3673/2000]).

Eso sí, la imposición de una medida de seguridad por tiempo superior al solicitado por el Ministerio Fiscal o las acusaciones infringe el principio acusatorio, que es indiscutible rige para la imposición de medidas de seguridad debido al «aspecto punitivo» que contienen y que se ve corroborado por el hecho de que su imposición sólo es posible tras la comisión de un delito (arts. 6 y 95 CP). Este carácter de «consecuencia jurídica del delito» y su contenido privativo o limitativo de derechos es lo que le confiere tal naturaleza punitiva (SAP 1.ª Burgos 279/2007, de 26 de noviembre [LA LEY 290046/2007]).

La atribución a las medidas de seguridad de funciones de prevención especial, impone un conocimiento y valoración previos sobre las características del sujeto y las posibilidades de comisión de nuevos delitos, que sólo son alcanzables tras el examen de los datos pertinentes, siendo precisa además la posibilidad de un debate sobre la cuestión no siempre realizable en el juicio oral, o en cualquier caso, antes de dictar la Sentencia en la que se establecen los hechos y responsabilidad del acusado, siendo posible su imposición en la fase de ejecución de la Sentencia (579/2005, de 5 de mayo [LA LEY 1552/2005]).

Artículo 96.

1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1.ª El internamiento en centro psiquiátrico.

2.ª El internamiento en centro de deshabitación.

3.ª El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

1.ª La inhabilitación profesional.

2.ª La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

3.ª La obligación de residir en un lugar determinado.

4.ª La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

5.ª La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

6.ª La custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

7.ª La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

8.ª La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

9.ª La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

10.ª La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal.

11.ª La sumisión a tratamiento externo en centro médicos o establecimientos de carácter sanitario.

12.ª El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20.1.º, 2.º y 3.º; 33.2.b), c), d), e), f), h), i), j); 33.3.b), c), d), e), f), g), h), k); 33.4.a), b), c), d), e), g), h); 39, 45, 47, 48, 49, 57, 89, 101, 105, 135.

LOPJ: Disp. Ad. 17.ª (comunicaciones de los órganos judiciales a la autoridad gubernativa en relación con extranjeros).

LECrim.: arts. 381 a 383 y 991 a 994.

LOGP (§ 3.1): art. 11.

RP (§ 3.2): arts. 182 y ss.

CPM: art. 156.

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: art. 28.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003. El actual artículo amplía, por una parte, el elenco de medidas de seguridad no privativas de libertad y, por otra, ordena y comprende en un solo precepto las que antes de la reforma se contemplaban en los arts. 96 y 105. Su versión anterior era:

«1. Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son privativas y no privativas de libertad.

2. Son medidas privativas de libertad:

1.ª El internamiento en centro psiquiátrico.

2.ª El internamiento en centro de deshabitación.

3.ª El internamiento en centro educativo especial.

3. Son medidas no privativas de libertad:

1.ª La prohibición de estancia y residencia en determinados lugares

2.ª La prohibición del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

3.ª La privación de licencia o del permiso de armas.

4.ª La inhabilitación profesional.

5.ª La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España.

6.ª Las demás previstas en el art. 105 de este Código».

No pueden imponerse medidas distintas a las señaladas en el precepto porque así lo impone el principio de legalidad (464/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4156/2002]).

No cabe la aplicación de las medidas de seguridad incluidas en este precepto cuando el autor es imputable. Caso de deducirse del comportamiento delictivo una peligrosidad de que los hechos, por los que ha sido condenado u otros semejantes, pudieran repetirse, cabe aplicar las penas accesorias de los arts. 54 a 57 CP (30/2001, de 17 de enero [LA LEY 15418/2001]).

Tratándose de medidas de seguridad privativas de libertad, junto al principio de legalidad adquiere un carácter esencial el de la finalidad terapéutica de la medida, principalmente en el supuesto de inimputables, en los que además de la concurrencia de los requisitos ineludibles para la imposición de la medida, se ha de comprobar la necesidad de la misma a los fines terapéuticos exigidos (464/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4156/2002]). Por ello, no cabe imposición de medida de seguridad —con el efecto sustitutorio de la pena que prácticamente le vincula el art. 99 CP— a quien padece un «trastorno orgánico de personalidad» o a quienes se encuentran ya prácticamente liberados de la drogodependencia que en el pasado tuvieron (1288/2001, de 28 de junio [LA LEY 6488/2001]). La S 823/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6679/2001], desestimó la aplicación de medida de seguridad consistente en internamiento en centro de deshabitación de un psicópata con alcoholismo crónico por no encontrarse justificada la necesidad al ser la psico-

patía, más que una enfermedad, un modo de ser que no admite tratamiento y, por lo que se refiere al alcoholismo, porque podía ser tratado en la misma prisión.

Al Tribunal corresponde elegir la clase concreta de tratamiento (terapéutico, psiquiátrico, deshabitador, educativo especial, etc.) en aras de la óptima eficacia, pero tiene un deber específico de motivación, de justificar su decisión, que necesariamente habrá de apoyarse en los dictámenes e informes emitidos (773/2005, de 15 de junio [LA LEY 2024707/2005]).

Son muchas las Sentencias en las que se impone al acusado una pena inferior en uno o dos grados por la concurrencia de eximente incompleta o atenuante de drogadicción o alteración psíquica pero no prevé medida de seguridad alguna (548/2002, de 2 de abril, 218/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1790/2003], 240/2003, de 18 de marzo [LA LEY 53836/2003], 439/2003, de 18 de marzo [LA LEY 12341/2003] y 1483/2003, de 7 de noviembre).

Artículo 97.

Durante la ejecución de la sentencia, el Juez o Tribunal sentenciador adoptará, mediante un procedimiento contradictorio, previa propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, alguna de las siguientes decisiones:

- a) Mantener la ejecución de la medida de seguridad impuesta.
- b) Decretar el cese de cualquier medida de seguridad impuesta en cuanto desaparezca la peligrosidad criminal del sujeto.
- c) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida.
- d) Dejar en suspenso la ejecución de la medida en atención al resultado ya obtenido con su aplicación, por un plazo no superior al que reste hasta el máximo señalado en la sentencia que la impuso. La suspensión quedará condicionada a que el sujeto no delinca durante el plazo fijado, y podrá dejarse sin efecto si nuevamente resultara acreditada cualquiera de las circunstancias previstas en el art. 95 de este Código.

A estos efectos, el Juez de Vigilancia Penitenciaria estará obligado a elevar al menos anualmente, una propuesta de mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de la medida de seguridad de la pena privativa de libertad impuesta.

CONCORDANCIAS

CP: art. 60.

LOPJ: arts. 94 y 95.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003, introduciéndose la decisión a) y precisando los términos de la medida c), respecto de la anterior

redacción en el supuesto de evolución desfavorable del sujeto a quien le hubiera sido sustituida una medida de seguridad por otra. La versión anterior era:

«b) Sustituir una medida de seguridad por otra que estime más adecuada, entre las previstas para el supuesto de que se trate. En el caso de que fuera acordada la sustitución y el sujeto evolucionara desfavorablemente, se dejará tal medida sin efecto».

En atención a la evolución del condenado es posible, durante la ejecución de la Sentencia, modificar las medidas adoptadas en aquella (1217/2002, de 28 de junio [LA LEY 10141/2003]), pues el fin prioritario de la medida de seguridad es la desaparición de la peligrosidad del sujeto (464/2002, de 14 de septiembre [LA LEY 4156/2002]). Desaparecida la necesidad de la medida, habrá de cesar ésta, ser sustituida por otra o suspendida (2107/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 986/2002]).

Es en el momento de la ejecución, y a la vista de la evolución del condenado, cuando se tienen los elementos de juicio precisos para decidir sobre la imposición de alguna de las medidas de seguridad legalmente previstas o acordar la suspensión de la ejecución de la pena (1544/1999, de 27 de octubre), lo cual resulta también de aplicación en los supuestos de atenuante del art. 21.2 CP cuando se estima como muy cualificada (1288/2001, de 25 de marzo [LA LEY 6488/2001], 1096/2002, de 12 de junio [LA LEY 111658/2002] y 1498/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 7852/2002]).

En ocasiones, en la propia Sentencia que impone la medida se determina cuándo han de hacerse las revisiones para conocer la evolución del sujeto, como en la S 369/2005, de 30 de marzo [LA LEY 11913/2005], que dispuso que la primera revisión de la medida de seguridad de internamiento impuesta con un límite de cinco años, debía hacerse a los dos años de cumplimiento, y sucesivas revisiones anuales después de dicho término. En otras ocasiones, sólo se establece que los controles y revisiones han de hacerse periódicamente, con obligación de informar al Tribunal sobre el resultado del tratamiento (971/2004, de 23 de julio [LA LEY 2585/2004]).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo viene admitiendo la posibilidad de acordar la aplicación de medidas de seguridad en supuestos de grave adicción a sustancias estupefacientes en ejecución de Sentencia después de un minucioso examen individualizado de cada caso, comprobando las posibilidades de aplicación de un tratamiento de deshabitación y rehabilitación al condenado y con las correspondientes garantías de seguimiento y voluntariedad en su realización (15/2000, de 19 de enero [LA LEY 3673/2000], 232/2000, de 18 de febrero [LA LEY 41410/2000], 628/2000, de 11 de abril [LA LEY 78901/2000], 1830/2000, de 23 de noviembre [LA LEY 6441/2001], y 1498/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 7852/2002]), permitiéndose así sustituir las penas impuestas por medidas alternativas a la prisión que en realidad son alternativas a la drogodependencia, atajando de este modo la actividad delictiva de la persona y prosiguiendo su rehabilitación y reinserción, y ello aunque nada se diga en la Sentencia sobre dichas medidas alternativas (1458/2000, de 18 de septiembre [LA LEY 11610/2000] y 2037/2001, de 26 de octubre [LA LEY 1818/2002]).

En la reunión de Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid celebrada para la unificación de criterios el 29 de mayo de 1994, se resolvió que la aplicación de este artículo debe ser interpretado en el sentido de referirse únicamente a personas que están cumpliendo la pena o medida de seguridad en centro penitenciario, debiendo realizarse el control último de la aplicación de las medidas de seguridad que impliquen un tratamiento externo a través de la Clínica Médico-Forense. Y en la reunión de 25 de mayo de 2007 se acordó que la intervención del Juez de Vigilancia Penitenciaria se producirá siempre que se trate de medidas privativas

de libertad, ejecutadas o no en un centro penitenciario y tanto autónomamente como junto con otras medidas de seguridad no privativas de libertad; si sólo concurren éstas, la competencia es exclusiva del órgano judicial sentenciador.

Ya antes de la aprobación del CP vigente, el Tribunal Constitucional (SSTC 112/1988, de 8 de junio [LA LEY 3677-JF/0000] y 24/1993, de 21 de enero [LA LEY 2107-TC/1993]) había establecido que resulta obligado el cese del internamiento, mediante la concesión de la autorización precisa, cuando conste la curación o la desaparición del estado de peligrosidad que motivó el mismo, correspondiendo al Tribunal penal realizar a tal fin los pertinentes controles sucesivos.

Artículo 98.

Para formular la propuesta a que se refiere el artículo anterior el Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sometido a medida de seguridad y, en su caso, el resultado de las demás actuaciones que a este fin ordene.

Artículo 99.

En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 96.3.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, diciendo la versión derogada:

«En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el Juez o Tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. Una vez alzada la medida de seguridad, el Juez o Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma, o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105».

Es posible la aplicación combinada de pena y medida de seguridad apropiada (1096/2002, de 12 de junio [LA LEY 111658/2002] y 1170/2004, de 18 de octubre [LA LEY 72/2005]), estableciéndose un sistema vicarial para los supuestos de eximente incompleta (1498/2000, de 30 de septiembre [LA LEY 175066/2000] y 75/2000, de 3 de mayo [LA LEY 3620/2001]), en los que el cumplimiento de la medida precede al de la pena (468/2000, de 11 de abril [LA LEY 6063/2000], 571/2002, de 25 de marzo [LA LEY 6644/2002] y 734/2002, de 17 de abril [LA LEY 5920/2002]).

A la vista de la evolución del acusado se puede decidir sobre la imposición de alguna de las medidas de seguridad legalmente previstas o acordar la suspensión de la ejecución de la pena (1544/1999, de 27 de octubre).

En relación a los inimputables, las medidas presentan un carácter sustitutivo de la pena y respecto de los semiimputables actúan ocasionalmente como un instrumento complementario a la misma.

Cuando, en caso de exención incompleta de responsabilidad, se impone medida de seguridad consistente en internamiento en centro adecuado a la alteración psíquica que sufre el sujeto además de pena de prisión, el tiempo de cumplimiento de la medida se abonará para el de la pena (354/2006, de 24 de marzo [LA LEY 36073/2006]) y, una vez alzada la medida de seguridad, el Tribunal podrá, si con la ejecución de la pena se pusieran en peligro los efectos conseguidos a través de aquélla, suspender el cumplimiento del resto de la pena por un plazo no superior a la duración de la misma o aplicar alguna de las medidas previstas en el art. 105 del CP (734/2002, de 17 de abril [LA LEY 5920/2002]).

Corresponde al Tribunal sentenciador en fase de ejecución de su Sentencia, y siempre que así lo considerase oportuno, la aplicación, a la vista del reconocimiento de la condición de drogodependiente por parte del condenado y de su acreditación de sometimiento voluntario a tratamiento terapéutico, de medidas de seguridad, dentro del denominado sistema «vicarial» consagrado en el art. 99 CP, de acuerdo con la interpretación que se ha venido haciendo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el supuesto de apreciación de atenuante de drogadicción o, en todo caso, puesto que la entidad de la pena impuesta lo permite, a la de la suspensión condicional de la pena, que contemplan con especificidad para estos casos, el art. 87 y concordantes CP (1754/2003, de 26 de diciembre [LA LEY 1598159/2003]).

Artículo 100.

El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar a que el Juez o Tribunal ordene el reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado.

Si se tratare de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la del internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad.

En ambos casos el Juez o Tribunal deducirá testimonio por el quebrantamiento.

CONCORDANCIAS

CP: art. 468.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003. Decía la redacción anterior:

«1. El quebrantamiento de una medida de seguridad de internamiento dará lugar al reingreso del sujeto en el mismo centro del que se hubiese evadido o en otro que corresponda a su estado, sin perjuicio de deducir testimonio por el quebrantamiento de la medida en los casos de los sometidos a ella en virtud del art. 104 de este Código.

2. Si se tratare de otras medidas, el Juez o Tribunal podrá acordar la sustitución de la quebrantada por la del internamiento si ésta estuviese prevista para el supuesto de que se trate y si el quebrantamiento demostrase su necesidad».

El delito de quebrantamiento se comete en los supuestos de los arts. 37.3.º, 88 y 100 CP (AP Valladolid de 30 de septiembre de 2000).

CAPÍTULO II

De la aplicación de las medidas de seguridad

SECCIÓN 1.^a

De las medidas privativas de libertad

Artículo 101.

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1.º del art. 20, se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 6.2, 20.1.º y 60.

LOGP: art. 11.b).

RP: arts. 183 y 184.b).

LECR: arts. 381, 382 y 383.

Apreciada la eximente completa por alteración psíquica, no se puede condenar a pena de prisión, sino imponer medida de internamiento y alguna otra de las previstas en el art. 96.3 CP (551/2000, de 3 de abril [LA LEY 6188/2000] y 1110/2005, de 5 de octubre [LA LEY 14034/2005]). La medida de seguridad no puede ser considerada pena (75/2001, de 22 de enero [LA LEY 3260/2001]), sino que reemplaza a la pena (1498/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 7852/2002]).

Esta medida resulta legítima cuando la persona que comete el delito y tiene su capacidad de motivación excluida o limitada por padecer una anomalía o alteración psíquica, presenta un riesgo fundado y relevante de recidiva —peligrosidad criminal— y necesita, para su contención, la implantación imperativa de un marco terapéutico formativo o inocuidador (SAP 1.^a Guipúzcoa 73/2009, de 27 de febrero). Aunque no se impone —sin más— como un remedio terapéutico para el enfermo mental, inimputable penalmente, sino en función de la peligrosidad social del sujeto y del pronóstico de reincidir en su comisión criminal (345/2007, de 24 de abril [LA LEY 20349/2007]).

A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, y también en España antes del CP 1995, en la Sentencia habrá de fijarse el límite máximo de la medida de seguridad, particularmente cuando ésta consista en privación de libertad, con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la Sentencia con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica. El criterio para la fijación de dicho límite es el tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, pero considerada en abstracto y no en la sanción concreta que hubiera podido imponerse al sujeto caso de ser declarado responsable (1648/2002, de 14 de octubre [LA LEY 11525/2003], y 1939/2002, de 19 de noviembre [LA LEY 647/2003], 1110/2005, de 5 de octubre [LA LEY 14034/2005], y 345/2007, de 24 de abril [LA LEY 20349/2007]). Es decir, que la «pena abstractamente aplicable al hecho cometido» ha de referirse a la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta el grado de ejecución —consumación y tentativa— y de participación —autoría y complicidad— y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico que pudieran concurrir —arts. 21, 22 y 23— (1176/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 10073/2004] y **FGC Consulta 5/1997, de 24 de febrero**).

El Acuerdo de 31 de marzo de 2009 del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha establecido que la duración máxima de la medida de internamiento se determinará en relación a la pena señalada en abstracto para el delito de que se trate.

El límite máximo no es irreversible o inmodificable, sino que, por su propia naturaleza, permite que la duración del internamiento acordado se interrumpa antes del vencimiento de dicho tope cuando la recuperación o mejora de la salud del enajenado permita sustituir el internamiento por otra medida o incluso suspender por innecesaria cualquier medida (75/2001, de 22 de enero [LA LEY 3260/2001]). Ese límite máximo no es el tiempo de internamiento que la Sentencia prevé en el fallo, sino la fijación de un plazo máximo transcurrido el cual el interno debe recuperar su libertad aunque el tratamiento dispensado no hubiera alcanzado sus objetivos (773/2005, de 15 de junio [LA LEY 2024707/2005]).

El art. 383 LECrim., que autoriza a que el Juez de Instrucción aplique sin juicio previo las medidas de seguridad que el Código Penal prevé para los inimputables o incapaces de culpabilidad, debe ser entendido conforme a la Constitución. En este sentido, el Juez de Instrucción sólo deberá adoptar una medida provisoria de seguridad, pero deberá remitir la causa a la Audiencia (o Juez de lo Penal) para que juzgue al procesado o acusado que ha caído en estado de inimputabilidad de acuerdo a la ley, pues siempre ha de considerarse más respetuoso con los derechos del inimputable, la aplicación de la medida, que se hace imprescindible, tras la celebración de un juicio en el que el Tribunal pueda apreciar, con intervención del Letrado defensor, las pruebas existentes sobre comisión de hechos, autoría, etc., y el dictado de una resolución que motive las conclusiones alcanzadas por el Juzgador, que omitir este trámite esencial y pasar directamente a imponer una consecuencia tan afflictiva como el internamiento con pérdida de libertad, sin más constatación que la de que el sospechoso de haber cometido los hechos sufre una grave alteración psíquica (971/2004, de 23 de julio [LA LEY 2585/2004]).

Ni el internamiento es obligado, pues para decretarlo resulta indispensable la previa emisión de un juicio sobre responsabilidad criminal suficientemente motivado, ni el art. 101.1 CP impone que necesariamente haya de tener lugar en un establecimiento psiquiátrico penitenciario. En contraste con esta falta de determinación legal del tipo de establecimiento en el que, en su caso, ha de internarse al declarado exento de responsabilidad criminal por motivo de enfermedad

mental, el art. 184.b) del Reglamento Penitenciario dispone que dicho internamiento habrá de efectuarse en «establecimientos o unidades psiquiátricas penitenciarias», definidas en su art. 183 como «aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes». Además de en este supuesto, cuyo punto de partida es la existencia de un pronunciamiento judicial acerca de la exención de responsabilidad penal del inimputable y la consiguiente posibilidad de imponerle una medida de seguridad postdelictual cuya duración máxima ha de fijarse en la Sentencia (art. 101.1 CP), y del supuesto constituido por los ya penados a los que aqueja una enfermedad mental sobrevenida [art. 184.b) RP], el art. 184.a) RP también dispone el ingreso en un establecimiento de este tipo de «los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda» (STC 191/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 2438/2004]).

Artículo 102.

1. A los exentos de responsabilidad penal conforme al número 2.º del art. 20 se les aplicará, si fuere necesaria, la medida de internamiento en centro de deshabitación público, o privado debidamente acreditado u homologado, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiere sido declarado responsable, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará ese límite máximo en la sentencia.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código.

En aras de la búsqueda de una óptima eficacia del tratamiento terapéutico que al acusado se dispense, el Tribunal podrá optar por aplicar la medida de internamiento en centro psiquiátrico —prevista en el art. 101 CP—, aun cuando se le haya absuelto a causa de la intoxicación plena, en lugar de la medida de internamiento en centro de deshabitación que, en principio, según el art. 102 CP, resulta de aplicación (464/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4156/2002]).

La posibilidad de sumisión a tratamiento de deshabitación del sujeto condenado, que fue declarado semiimputable por su drogodependencia, en sustitución de la pena de prisión impuesta, puede establecerse en la Sentencia, aunque debe ser acordada en ejecución su aplicación después de comprobar las posibilidades de aplicación del tratamiento deshabitador y rehabilitador, las garantías de seguimiento y la voluntariedad en su realización (167/2005, de 8 de febrero [LA LEY 30578/2005]).

La condición de drogadicto, no obstante, no predetermina la imposición de medida de seguridad, no siendo aplicable al acusado cuya atenuación de responsabilidad fue estimada por su condición de toxicómano de larga duración, por no haberse apreciado que tuviera una voluntad decidida de deshabitarse de su adicción a las drogas cuando, a pesar de su largo período de consumo, sólo estuvo con anterioridad en tratamiento durante un año con nulos resultados (1015/2005, de 7 de septiembre [LA LEY 13619/2005]).

Resulta aplicable medida de seguridad de internamiento en centro de deshabitación en sujeto exento de responsabilidad por intoxicación plena de alcohol, benzodiazepinas y cocaína (557/2005, de 27 de abril [LA LEY 12545/2005]).

En casos en los que la drogadicción ha conducido al delito y tiene una muy severa manifestación, se deberá aplicar, por regla general, una medida de internamiento de las previstas en el art. 102 CP, puesto que el fracaso de tratamientos anteriores desaconseja un tratamiento ambulatorio. Estos casos requieren completar la pena reducida por la menor culpabilidad, con una medida de tratamiento de la drogodependencia de las previstas en el citado art. 104 CP. La primera es una razón humanitaria y considera a la persona ante todo: un Estado que se define como social y de derecho no debe desentenderse de la posibilidad de curar y atender a una persona que ha cometido un delito por una situación de grave drogodependencia. Aquí importa especialmente la recuperación física y espiritual del ser humano. La segunda razón es social y considera también los intereses del mundo social circundante del autor del delito que ha obrado bajo los efectos de un padecimiento que reduce su capacidad de inhibir el impulso delictivo. No hay necesidad de extenderse en una argumentación que es sobradamente conocida y que forma parte de la ciencia penal moderna y que ha incorporado a nuestro derecho vigente el art. 25 CE: sólo podrán ser adecuadamente protegidos la sociedad y el orden público en la medida en la que este tipo de autores sea socialmente recuperado (1535/2003, de 21 de noviembre [LA LEY 11324/2003]).

Artículo 103.

1. A los que fueren declarados exentos de responsabilidad conforme al número 3.º del art. 20, se les podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento en un centro educativo especial o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado tercero del art. 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si el sujeto hubiera sido declarado responsable y, a tal efecto, el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador de conformidad con lo previsto en el art. 97 de este Código.

3. En este supuesto, la propuesta a que se refiere el art. 97 de este Código deberá hacerse al terminar cada curso o grado de enseñanza.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 96.3 y 99.

La S 1242/2005, de 11 de octubre [LA LEY 14065/2005], estimó insuficiente la medida de seguridad acordada en la instancia consistente en sumisión por cinco años a tratamiento terapéutico externo, habida cuenta que el sujeto, declarado exento de responsabilidad por padecer esquizofrenia paranoide con trastorno delirante y politoxicomanía, constituía, en libertad, una amenaza para la víctima, razón por la que se impuso medida de internamiento en centro psiquiátrico por tiempo máximo de ocho años.

En el mismo sentido, S 47/2004, de 23 de enero [LA LEY 1003/2004].

Artículo 104.

1. En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en los arts. 101, 102 y 103. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena impuesta sea privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la pena prevista por el Código para el delito. Para su aplicación se observará lo dispuesto en el art. 99.

2. Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los arts. 101, 102 y 103, el Juez o Tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su vencimiento, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional Primera de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: Disp. Adic. 1.^a.

El segundo párrafo ha sido introducido por la LO 15/2003.

La aplicación de la medida de seguridad es posible cuando haya sido apreciada una eximente incompleta relacionada con los números 1.º, 2.º o 3.º del art. 20 CP (354/2006, de 24 de marzo [LA LEY 36073/2006]), habiéndose excluido en supuestos de aplicación de simple atenuante (2066/2002, de 10 de diciembre [LA LEY 206118/2002]), pero no cuando se ha apreciado la atenuante muy cualificada de drogadicción (293/2001, de 28 de febrero [LA LEY 6831/2001]).

Sin embargo, es doctrina constante de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que siempre que concurra una circunstancia atenuante por analogía **está abierta la posibilidad de acordar medidas de seguridad no privativas de libertad** de las previstas en el art. 105 del Código Penal, que permite esta adopción, ya se acuerde en Sentencia o bien en fase de ejecución, no siendo obstáculo a su adopción que se haya estimado sólo una atenuante analógica y no una eximente incompleta, pues el acceso a las medidas alternativas o complementarias a la prisión está abierto también en los supuestos de simple atenuante (1645/1999, de 22 de noviembre, 628/2000, de 11 de abril [LA LEY 78901/2000], y 1458/2000, de 18 de septiembre [LA LEY 11610/2000]).

La aplicación de la medida de internamiento a los sentenciados semiexentos de responsabilidad criminal en un centro adecuado a su anormalidad, es una facultad —y no un deber— del juzgador, cuyo ejercicio le está encomendado exclusivamente, en razón del conocimiento directo que el mismo ha tenido de las circunstancias personales del acusado, por lo que el uso que de la misma hiciera no está sometido a la censura casacional (571/2002, de 25 de marzo [LA LEY 6644/2002]).

Es preciso tener en cuenta: a) que la imposición de las medidas de seguridad en los casos previstos en el art. 104 del Código Penal es facultativa para el Tribunal sentenciador («el Juez o Tribunal podrá imponer (...)»); b) que la reeducación y la reinserción social de los delincuentes (art. 25.2 CE) no constituyen los únicos fines lícitos de las penas privativas de libertad, que también persiguen una finalidad de prevención (general y especial); y c) que los fines legalmente perseguidos con la imposición y cumplimiento de las penas privativas de libertad pueden alcanzarse a través del régimen y del tratamiento penitenciario (992/2000, de 2 de junio [LA LEY 113795/2000]).

La aplicación de las medidas de seguridad a situaciones de grave adicción, requiere unas previsiones de aplicación específicas, toda vez que la reducción de la culpabilidad no se presenta

con la intensidad de la aplicación de la eximente incompleta del art. 21.1 en relación con el 20.1 y 20.2 del Código Penal. En este sentido, la resolución judicial debe valorar el cumplimiento de las finalidades de la pena, retribución, prevención general y especial, y las posibilidades y garantías de rehabilitación en cada caso concreto. En orden a su aplicación será preciso su adopción en un proceso contradictorio en el que se deberá partir de la voluntariedad en el tratamiento (380/2002, de 27 de febrero [LA LEY 4207/2002]).

El límite máximo para la medida de seguridad habrá de coincidir con el límite máximo de la pena señalada para el delito de que se trate. Adviértase que la norma general del art. 6.2 CP habla de este límite máximo con referencia a la «pena abstractamente aplicable al hecho cometido». Ha de calcularse, pues, ese límite máximo de la duración de la medida de seguridad por el límite máximo de la pena a imponer, no por la pena concreta con que se hubiera sancionado de no existir esa eximente (1939/2002, de 19 de noviembre [LA LEY 647/2003], 47/2003, de 23 de enero y 376/2005, de 6 de abril [LA LEY 1960700/2005]), entendiendo como tal la prevista en el correspondiente artículo definidor del delito teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 61 a 64 a propósito del grado de ejecución (consumación y tentativa) y de participación (autoría y complicidad) y sin consideración a las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter genérico (arts. 21, 22 y 23 CP), aunque si existe alevosía ha de entenderse como asesinato (47/2004, de 23 de enero [LA LEY 1003/2004] y 1110/2005, de 5 de octubre [LA LEY 14034/2005]). Así habrá de fijarse en la Sentencia absolutoria el límite máximo de la medida privativa de libertad, siempre con la correspondiente motivación exigible para todo el contenido de la Sentencia (art. 120.3 CE), con lo que quedarán satisfechas las exigencias propias de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica (1176/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 10073/2004]).

SECCIÓN 2.^a

De las medidas no privativas de libertad

Artículo 105.

En los casos previstos en los arts. 101 a 104, el Juez o Tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter sociosanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales, o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

b) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores.

Para decretar la obligación de observar alguna o algunas de las medidas previstas en este artículo, el Juez o Tribunal sentenciador deberá valorar los informes emitidos por los facultativos y profesionales encargados de asistir al sometido a la medida de seguridad.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios de la Administración correspondiente informarán al Juez o Tribunal sentenciador.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003. Decía la derogada:

«En los casos previstos en los arts. 101 a 104, el Juez o Tribunal cuando imponga la medida privativa de libertad, o durante la ejecución de la misma, podrá acordar razonadamente la obligación de que el sometido a la medida observe una o varias de las siguientes medidas:

1. Por un tiempo no superior a cinco años:

a) Sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio-sanitario.

b) Obligación de residir en un lugar determinado.

c) Prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. En este caso, el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan.

d) Prohibición de acudir a determinados lugares o visitar establecimientos de bebidas alcohólicas.

e) Custodia familiar. El sometido a esta medida quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado.

f) Sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo profesional, de educación sexual y otros similares.

g) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, o de comunicarse con ellos.

2. Por un tiempo de hasta diez años:

a) La privación de la licencia o del permiso de armas.

b) La privación del derecho a la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

El Juez de Vigilancia Penitenciaria o los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior o de la Administración Autonómica informarán al Juez o Tribunal sentenciador sobre el cumplimiento de estas medidas».

Como sucede en el caso de las medidas de seguridad privativas de libertad, las que no son privativas de libertad sólo son aplicables en casos de exención de responsabilidad, bien sea completa o incompleta (30/2001, de 17 de enero [LA LEY 15418/2001]), e igualmente su adopción depende del arbitrio del Tribunal sentenciador como lo proclaman los términos «podrá acordar razonadamente» (645/2002, de 16 de abril [LA LEY 5927/2002]), siendo posible que el órgano jurisdiccional ejecutor a posteriori las repute convenientes y pueda acordarlas en ejecución de Sentencia (1096/2002, de 12 de junio [LA LEY 111658/2002]).

El art. 101, como norma general aplicable a los casos en que se aprecia la eximente completa de anomalía o alteración psíquica del n.º 1.º del art. 20, prevé la aplicación de la medida de seguridad consistente en el internamiento para tratamiento médico o educación especial, pero dicha medida privativa de libertad puede ser sustituida «razonadamente» desde un principio o durante la ejecución de la Sentencia por alguna de las no privativas de libertad que se relacionan en el art. 105, como la sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos sociosanitarios por un período no superior a cinco años. Esta sustitución es facultad del Tribunal de instancia, si bien está obligado a argumentarlo «razonadamente». La Sala Segunda del Tribunal Supremo (833/2003, de 9 de junio [LA LEY 13033/2003]) entendió conforme a derecho la imposición de tal medida de seguridad no privativa de libertad a la acusada declarada inimputable —que padecía una depresión acompañada de brotes—, consistente en la sumisión continuada y controlada a tratamiento externo, lo cual le permitiría desarrollar una vida sin riesgo para terceros por efecto del control y la observación médica regular que se venía practicando y habrá de permanecer, acuerdo que está en la línea de la psiquiatría actual que patrocina el tratamiento de las enfermedades psiquiátricas en régimen de libertad, siempre que ello sea posible, como forma de asistencia médica más acorde con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), fuente de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

La sustitución es facultad del Tribunal de Instancia («podrá», dice el art. 105 CP en su encabezamiento), si bien, como no podía ser de otro modo, tal facultad la limita en el sentido de que obliga a argumentar sobre este acuerdo de medida no privativa de libertad cuando manda que se adopte «razonadamente», lo cual quiere decir dos cosas: 1.ª) que ha de explicarse en el texto de la propia Sentencia el porqué de tal acuerdo, y 2.ª) que, si esta explicación no se encuentra debidamente argumentada, puede ser objeto de modificación por vía de recurso (833/2003, de 9 de junio [LA LEY 13033/2003]).

El tratamiento ambulatorio se reserva a supuestos en donde existe una menor probabilidad de que el hecho se vuelva a cometer (773/2005, de 15 de junio [LA LEY 2024707/2005]), o cuando resulta aconsejable en atención a la evolución del sujeto (1380/2003, de 22 de octubre [LA LEY 11127/2004]).

Pueden imponerse varias medidas de seguridad, como el sometimiento a tratamiento psiquiátrico externo en un centro médico idóneo y la medida de prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas durante un período de cinco años (1380/2003, de 22 de octubre [LA LEY 11127/2004]), o el internamiento en establecimiento adecuado para el tratamiento de la alteración psíquica y la prohibición de volver al lugar donde resida la víctima por tiempo de cinco años (734/2002, de 17 de abril [LA LEY 5920/2002]).

La prohibición de residir en el lugar de los hechos y acercarse a los familiares de la víctima se justifica porque los hechos transcurren en una pequeña localidad, en la que se conocía la existencia de rencillas anteriores entre el acusado y la familia de la víctima, por lo que el impacto social y personal ha sido mucho más intenso que si hubiere sucedido en un núcleo urbano en el que las circunstancias ambientales hubieran amortiguado la conmoción social y diluido sus efectos personales. Ahora bien, con esta medida de seguridad, que equivale a un destierro, se puede incidir sobre bienes constitucionales cuya afectación no estaba prevista por el legislador. Una vez cumplida la pena privativa de libertad, el derecho a la libre circulación del condenado se encontraría limitado, en cuanto que existiría una zona del territorio a la que no podría encaminarse, lo que limitaría el derecho reconocido en el art. 19 CE, recayendo sobre una persona que al cumplir la pena de prisión ya no está privada de libertad, amén de que las posibilidades de reinserción social serían menores si se le privase de la posibilidad de vivir con su familia y acceder a un puesto de trabajo, lo que supondría una confrontación con el art. 25.2 CE que establece que no sólo las penas, sino también las medidas de seguridad, estarán encaminadas a la resocialización. Por ello, durante los posibles permisos penitenciarios que se le concedan al condenado, la prohibición de acercarse al lugar donde tuvo lugar el crimen está plenamente justificada, en cuanto que nos encontramos ante una consecuencia natural de la pena privativa de libertad que, si cumplierse sin interrupciones, impediría la presencia del condenado en su lugar de residencia y de la familia de la víctima. Ahora bien, una vez extinguida la pena de privación de libertad, la medida fijada en la Sentencia deberá ser atemperada en función de varios factores, es decir, se deberá solicitar el parecer de las víctimas y la decisión variará si, efectivamente, las circunstancias que concurren en ese momento hacen que la medida de alejamiento carezca de sentido, por no concurrir circunstancia alguna que la justifique. Las medidas de seguridad tienen carácter complementario y buscan una finalidad, que no es necesario prolongar durante el tiempo marcado, pudiendo en todo caso alzarse si sus efectos ya se han producido o resultan absolutamente innecesarios. Todo el contenido del art. 97 CP pone de relieve que el sistema está basado en la posibilidad de sustituir las medidas, ordenar su cese o dejarlas en suspenso. Por tanto, y de forma análoga a lo previsto en este último precepto, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, deberá elevar la propuesta que considere adecuada a las circunstancias que concurren en el momento de terminar el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Mantener a ultranza la prohibición, cuando ya no existen las circunstancias individuales que la aconsejan, sería tanto como regresar al medioevo, imponiendo una especie de destierro tribal (369/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1408/2004]).

Artículo 106.

En los casos previstos en el artículo anterior, el Juez o Tribunal sentenciador dispondrá que los servicios de asistencia social competentes presten la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad.

Parece lógico que «una vez concretada la ayuda o atención que precise y legalmente le corresponda al sometido a medidas de seguridad no privativas de libertad», sean los servicios de asistencia social competentes los que realicen el informe periódico al Tribunal, cuyo alcance y periodicidad puede acordarse en sentencia o en ejecución (833/2003, de 9 de junio [LA LEY 13033/2003]).

Artículo 107.

El Juez o Tribunal podrá decretar razonadamente la medida de inhabilitación para el ejercicio de determinado derecho, profesión, oficio, industria o comercio, cargo o empleo, por un tiempo de uno a cinco años, cuando el sujeto haya cometido con abuso de dicho ejercicio, o en relación con él, un hecho delictivo, y cuando de la valoración de las circunstancias concurrentes pueda deducirse el peligro de que vuelva a cometer el mismo delito u otros semejantes, siempre que no sea posible imponerle la pena correspondiente por encontrarse en alguna de las situaciones previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del art. 20.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20.1.ª, 2.ª y 3.ª; 21.1.ª y 2.ª; 42 a 48; 96.3, 105 y Disp. Adic. 2.ª.

Artículo 108.

1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España.

La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

CONCORDANCIAS

CE: art. 13.4.

CP: arts. 89 y 96.3.2.ª.

LO 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la misma.

Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo, y el Reglamento para su aplicación aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero.

RD 178/2003, de 14 de febrero, de entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Decía la anterior redacción:

«1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables.

2. El sujeto a esta medida no podrá volver a entrar en España durante el plazo que se señale, sin poder exceder de diez años».

Las bases y límites para la aplicación de la sustitución de la medida de seguridad impuesta por la de expulsión del territorio nacional en el caso de extranjero no residente legalmente en España, son los mismos que se utilizan para la sustitución de la pena privativa de libertad conforme a lo previsto en el art. 89 CP. La doctrina establecida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en esta materia es la siguiente (901/2004, de 8 de julio [LA LEY 1682/2004], 1546/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 323/2005], 906/2005, de 8 de julio [LA LEY 13285/2005] y 1120/2005, de 28 de septiembre [LA LEY 2090720/2005]):

a) La excepción que el art. 89 CP prevé a la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio español, para los extranjeros no residentes legalmente en España, y que consiste en que el Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ha de comprender los casos de conformidad entre el Ministerio Fiscal y el acusado, salvo que éste haya condicionado la conformidad con los hechos y con la sanción penal a la opción de expulsión.

b) La motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito sino las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal sino también a la salvaguardia de derechos fundamentales.

c) El acuerdo sobre sustitución no puede venir justificado por la conformidad con los hechos y las penas que comprenda la acusación pública.

La aplicación automática del art. 89 CP promueve la comisión de delitos graves en el territorio español que quedan impunes desvirtuándose así el efecto de prevención general y especial que tienen las penas y ocasionando evidente discriminación respecto a españoles, extranjeros residentes legalmente en España y ciudadanos de la Unión Europea.

Las Secciones de lo Penal de la Audiencia Provincial de Madrid asumieron, con fecha 28 de mayo de 2004, el siguiente criterio: *«Se considera que con la aplicación automática y rutinaria —sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto— de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que*

cuando las penas sean superiores a los tres años, y con mayor razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estime razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto» (906/2005, de 8 de julio [LA LEY 13285/2005]).

TÍTULO V

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LOS DELITOS Y FALTAS Y DE LAS COSTAS PROCESALES

CAPÍTULO I

De la responsabilidad civil y su extensión

Artículo 109.

1. La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados.

2. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 1089 y 1092.

LECrim.: arts. 100, 107, 108 a 117, 650, 742, 781, 843 y 989.

Ley 35/1995, de 11 diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (§ 3.5).

Precisión inicial

El precepto consignado en el art. 19 CP (hoy 109) no ha de interpretarse de una manera absolutamente literal en cuanto que no es cierto que de todo delito o falta se derive responsabilidad civil, ya que hay delitos, como muchos meramente formales o de actividad o que no infringen un derecho económico de los que no se deriva responsabilidad civil alguna, el precepto ha de interpretarse en el sentido de que el delito que siempre produce un daño criminal que se sanciona con la correspondiente pena, puede producir, también, un daño civil, o sea, que puede ocurrir que el mismo hecho constituya, conjuntamente, un ilícito penal y un lícito civil en cuyo supuesto junto con la penal nace la consiguiente acción civil para obtener la reparación del daño de esta naturaleza que salvo en caso de extinción o reserva expresa ha de entenderse siempre ejercitada junto con la acción penal aprovechando la oportunidad de acumulación de las dos en el proceso penal que permite nuestra LECrim. (31 de enero de 1989 [LA LEY 113971-JF/0000]). La declaración de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, ha

de interpretarse como que cualquier persona en tales condiciones puede ser responsable civil, y lo será efectivamente cuando el delito haya ocasionado en ese orden aquellas consecuencias a las que responden la restitución de la cosa, la reparación de daños y la indemnización de perjuicios (23 de mayo de 1987 [LA LEY 110116-JF/0000]).

Ahora bien, si ciertamente la responsabilidad civil no es predicable de todos los delitos, es orientación de la jurisprudencia que, cada vez con mayor vigor, se declare ésta por los Tribunales en aquellos comportamientos delictivos que causen daños y perjuicios para los afectados de alguna manera por su comisión. Se trata, en definitiva, de una mayor protección de las víctimas, camino éste que se abre con fuerza, cada vez más en la doctrina legal, como modo de dar satisfacción a los ofendidos por el delito, y de ahí nuestro centenario art. 110 LECrim., posibilitando la personación de los perjudicados, ejercitando la acción penal y civil en toda clase de procesos penales (172/2005, de 14 de febrero [LA LEY 11811/2005]).

Aspectos básicos

Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesaria la declaración de su existencia), sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios (298/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003]).

Las normas que articulan la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito no pierden su naturaleza civil aunque se hallan recogidas en una norma penal (39/1999, de 22 de enero [LA LEY 2218/1999]; y 895/1997, de 26 de septiembre [LA LEY 9933/1997], entre otras) por una elemental razón histórica: cuando se promulgó el primer CC español, ya habían visto la luz los CCPP de 1822, 1848, 1859 y 1870. En sentido análogo, el hecho de que se reclamen las responsabilidades civiles en un procedimiento penal no les priva de su naturaleza civil con lo que ello significa de necesidad de respetar los principios de rogación y de congruencia (1222/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 1483692/2003] y 1217/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 150259/2003], ambas con cita de la 783/1998, de 5 de junio [LA LEY 7203/1998]). No obstante, aunque la acusación particular no haya solicitado la responsabilidad civil subsidiaria, cabe la condena si la solicitó el Ministerio Fiscal (360/2008, de 30 de mayo [LA LEY 68700/2008]). Por ello no es posible ir más allá de lo solicitado por las partes (104/2004, de 30 de enero [LA LEY 11877/2004] y 329/2007, de 30 de abril [LA LEY 14320/2007]). En materia de responsabilidad civil rigen los principios de cautela y prevención, sin la taxatividad que se exige exclusivamente para la interpretación de los tipos penales (388/2004, de 25 de marzo [LA LEY 1200/2004]). De ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan (y deban) interpretarse, bien extensivamente, bien por analogía, no ciñéndose al estrecho margen interpretativo que necesariamente se impone cuando se trata de normas puramente penales (895/1997, de 26 de septiembre [LA LEY 9933/1997]). Además, la retroactividad de las normas que se contienen en las diversas leyes penales sólo es predicable cuando se trata de normas de ese orden que favorezcan al reo, pero no de los que regulan la responsabilidad civil, directa o subsidiaria, nacida de delito, pues al tener esa naturaleza civil están sujetas al principio de irretroactividad que proclama el art. 3 CC, que por estar incluido en el Título Preliminar, constituye un principio general de derecho que sólo puede quebrar en causas puntuales y excepcionales como son las normas penales más favorables al reo (39/1999, de 22 de enero [LA LEY 2218/1999]; y 172/1998, de 14 de febrero [LA LEY 2693/1998]). Y, en fin, la responsabilidad civil no puede ser considerada en el marco de la presun-

ción de inocencia. Sin embargo, la omisión de mencionar las pruebas y de exponer los criterios de la decisión afecta al derecho a la tutela judicial efectiva (563/2002, de 2 de abril).

Aunque la acción ejercitada en el procedimiento penal para exigir la responsabilidad civil participa de los principios y la naturaleza de la acción civil y, de otro lado, la Exposición de Motivos de la LECrim. hace una equiparación entre la acción civil a dilucidar en el procedimiento penal y la demanda en el proceso civil, existen normas específicas en dicha Ley rituaría sobre el formal planteamiento de la acción de responsabilidad civil, de forma que un escrito de acusación no debe articularse como si de una demanda civil se tratase, por lo que un déficit formal en el planteamiento de la exigencia de responsabilidad civil no debe tener el mismo tratamiento que un vicio en el modo de proponer la demanda (1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003]).

En el proceso penal las responsabilidades civiles no pueden establecerse si no es en la medida en que se derivan del hecho delictivo. El CP de 1995 en su art. 109 dispone que la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados; precisando en el art. 116 que toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios (132/2008, de 12 de febrero [LA LEY 20911/2008] con cita de la 1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003]).

En nuestro Derecho positivo existen preceptos inequívocos que remiten los pronunciamientos civiles, cuando todos los procesados han sido absueltos, a la jurisdicción civil. Entre éstos citamos: 1) El art. 116 C.P dice: «Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente». A *sensu contrario* absuelto del delito no puede existir pronunciamiento sobre responsabilidades civiles distintas a las admitidas excepcionalmente por el Código (art. 118 y 119 CP). En tales casos es posible en el mismo proceso penal pronunciarse sobre medidas de seguridad, responsabilidades civiles, costas, etc. 2) Esta idea la reafirma el art. 109 CP: «La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados». De igual modo, el fundamento único, raíz u origen de la indemnización, es causar un daño a través de la ejecución de un delito, luego quien es absuelto de un delito no puede responder civilmente *ex delicto*. Libres de cualquier pronunciamiento condenatorio, por estimar prescritos los hechos, resulta a todas luces impropio imponer responsabilidades civiles dimanantes de delito a sujetos que han sido absueltos. Ni una sola vez esta Sala, fuera de los casos previstos por nuestro texto punitivo básico (art. 118 y 119 CP) se ha pronunciado sobre responsabilidades civiles *ex delicto* cuando todos los procesados o acusados de una causa criminal han resultado absueltos (430/2008, de 25 de junio [LA LEY 62312/2008]). Extinguida la responsabilidad penal por razón de la muerte, no cabe hacer en la causa ningún pronunciamiento sobre las posibles responsabilidades penales ni tampoco sobre sus posibles responsabilidades civiles, en tanto en cuanto ello pudiera ser causa de indefensión para las personas que traigan causa del fallecido, de ahí que no sea jurídicamente correcta la condena por el simple hecho de ser herederos, sin mayor justificación. Cosa distinta es que la correspondiente acción civil hubiera sido dirigida directamente contra dichos herederos en cuanto posibles partícipes a título lucrativo de los efectos del delito (600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY 117982/2007]). Caso distinto es, sin embargo, el de la excusa absoluta del art. 268 CP, que establece de forma expresa que la exención de responsabilidad penal no alcanza a la responsabilidad civil derivada de los hechos cometidos («están exentos de la responsabilidad penal y sujetos únicamente a la responsabilidad civil (...)»). Tal afirmación normativa puede ser entendida en el sentido de autorizar al Tribunal del orden jurisdiccional penal a fin de que, una vez

apreciada la excusa, pero declarada la existencia de un hecho típicamente antijurídico y culpable, se pronuncie sobre la responsabilidad civil. Es cierto que no faltan precedentes jurisprudenciales que han considerado que el autor beneficiado por la excusa absolutoria queda sujeto a la responsabilidad civil *ex delicto* en la misma causa en que se haya podido decretar su absolución, excepto en los casos de renuncia o reserva de la acción civil. También, la 719/1992, 6 de abril [LA LEY 1851/1992], con cita de la 10 de mayo de 1988 [LA LEY 3834-JF/0000], estimó que ejercitada la acción penal, conjuntamente con la civil, no hay obstáculo alguno para que el Tribunal del orden penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil. Ahora bien, por más que esta doctrina jurisprudencial encuentre inspiración en consideraciones ligadas a la adecuada protección de la víctima y en argumentos de economía procesal, mal puede declararse una responsabilidad civil subsidiaria, con fundamento en el art. 120.3 CP, cuando la Sentencia impugnada no acoge un pronunciamiento de responsabilidad civil directa (361/2007, de 24 de abril [LA LEY 17325/2007]).

Possible renuncia o reserva

La acción civil es renunciable o se puede reservar para ejercitarla en el procedimiento correspondiente. Su ejercicio y efectividad en el procedimiento penal dependerá de que no se haya renunciado a la misma o no se haya acudido a esa vía alternativa (117/1997, de 4 de febrero [LA LEY 2025/1997]). La renuncia a las acciones civiles es un acto de disposición de los derechos que le competen al titular de la acción, que debe exteriorizarse en una manifestación de voluntad libre, clara, manifiesta e inequívoca, que de ningún modo puede parecer afectada por alguno de los vicios que anulan una manifestación de voluntad. Si en el curso del proceso penal los perjudicados son engañados cuando se les promete una reparación sin un propósito firme y veraz de cumplir esta promesa, está permitido a las partes rectificar sus manifestaciones o declaraciones hasta la finalización del juicio oral (578/2000, de 7 de abril [LA LEY 6061/2000]). La transacción sobre la responsabilidad civil no necesariamente extingue la acción civil para reclamarla, ya que puede ceñirse a aspectos parciales (846/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8925/2000]). Cabe la renuncia a la acción frente al responsable civil subsidiario, sin renunciar a la acción frente al responsable directo (190/2003, de 14 de febrero [LA LEY 12393/2003]).

Prescripción

La responsabilidad civil nacida del delito tiene un régimen especial y su plazo de prescripción habrá de ser el residual del art. 1964 CC —15 años— (7/2000, de 18 de enero de 2001 [LA LEY 16359/2001]). En el mismo sentido la 329/2007, de 30 de abril [LA LEY 14320/2007], con cita de las de la Sala Primera TS de 21 de marzo de 1984 [LA LEY 46793-NS/0000], 3 de marzo de 1988 [LA LEY 59311-JF/0000], 1 de abril de 1990 [LA LEY 1579-JF/0000] y 10 de mayo de 1993 [LA LEY 742-5/1993].

Artículo 110.

La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende:

1. La restitución.

2. La reparación del daño.**3. La indemnización de perjuicios materiales y morales.****CONCORDANCIAS**

CC: art. 1813.

LECrIm.: arts. 619, 620, 635 y 844.

Para la restauración del orden jurídico perturbado en el aspecto civil, se contienen en el art. 101 (hoy 109) y siguientes las formas de proceder a la reparación del daño, pretendiendo restablecer la situación en la forma en que se hallaba antes de producirse la perturbación o el ilícito civil, de manera que, en primer término, se decreta la restitución cuando se trate de cosas que puedan ser habidas y devueltas, y cuando la reparación no pueda hacerse mediante la restitución o el daño hubiese tenido su origen en causas distintas del ilícito apoderamiento, se establecen como medios subsidiarios la reparación y la indemnización de perjuicios a los que se refieren los números 2.º y 3.º del mentado precepto de derecho sustantivo, doble expresión que implica un pleonasma ya que ambos (daños y perjuicios) son términos en derecho equivalentes, dado que el contenido del resarcimiento es idéntico, cual es, el neutralizar el detrimento sufrido, el que debe lograrse a través de la Sentencia penal (31 de enero de 1989 [LA LEY 113971-JF/0000]). La restitución, la reparación del daño y la indemnización pertenecen al concepto más amplio de resarcimiento, entendiendo por tal la forma genérica de eliminación o neutralización del daño ya causado por el delito, mediante la prestación de un equivalente, cualquiera que sea la naturaleza del daño patrimonial o no patrimonial y cualquiera que sea el modo mediante el cual esa finalidad se logre, prestación pecuniaria o específica reparación o indemnización entran en el concepto general de resarcir (15 de febrero de 1986 [LA LEY 10781-JF/0000]). Cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el art. 110 CP, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales.

Sin embargo, más recientemente se ha afirmado que el daño es concepto jurídico distinto del perjuicio es algo evidente, de ahí que tradicionalmente se distinguiera entre el daño emergente y el lucro cesante, daño realmente producido y en su caso ganancia dejada de obtener. Es sabido, de acuerdo con las SS 744/1998, de 16 de mayo [LA LEY 6513/1998] y 599/1998, de 5 de mayo [LA LEY 6111/1998], que la responsabilidad civil derivada del delito supone la restauración del orden jurídico-económico alterado y perturbado, en mayor o menor medida, por la infracción punible —14 de mayo de 1985—, restauración que ha de operar siempre sobre realidades y no respecto de hipotéticos y futuros perjuicios que, englobados en el amplio concepto de la indemnización (perjuicio propiamente dicho y ganancia dejada de obtener), no son susceptibles de presunción legal sino que de manera cierta han de resultar probados por quien intente percibirlos, al no ser la indemnización consecuencia directa del delito que puede existir, pero que no necesariamente sigue al hecho punible, habiendo de rechazarse, desde el plano estrictamente jurídico, todo aquello que represente consecuencias dudosas, supuestos posibles pero inseguros, meros cálculos, hipótesis o suposiciones. En suma, beneficios, daños o perjuicios desprovistos de certidumbre; indemnización que, en cualquier caso, se desenvuelve y se diversifica a través de las tres vertientes contenidas en el art. 110 del Código Penal (722/1999, de 6 de mayo [LA LEY 6211/1999]).

El daño moral es consecuencia de determinados hechos delictivos que cabe presumir siempre que exista una relación adecuada entre la gravedad de éstos y su influencia o incidencia en la

psiquis de la víctima con arreglo a pautas del comportamiento humano comúnmente aceptadas. Tal sucede, entre otros casos, cuando se trata de delitos contra la vida en relación con los perjudicados o herederos o contra la libertad sexual en relación con la víctima (823/2005, de 24 de junio [LA LEY 2025032/2005]). La existencia de daños morales para la persona víctima de un delito de agresión sexual es, en principio, una consecuencia inherente a dicho tipo delictivo y, por ende, demanda el consiguiente resarcimiento (1029/2004, de 17 de septiembre [LA LEY 14047/2004]). En relación con el daño moral, la 1/2007, de 2 de enero [LA LEY 86/2007], señala que la indemnización a la víctima, dentro del correspondiente marco jurídico, habrá de resolverse conforme a los oportunos criterios jurídico privados, siendo de destacar, a este respecto, que, según se previene en el art. 110.3.º CP, la responsabilidad civil *ex delicto* (arts. 1089 y 1092 CC) comprende «la indemnización de perjuicios materiales y morales», precisándose, luego, en el art. 113 CP que dicha indemnización «comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o terceros». Consiguientemente, la acción penal y la civil derivadas del hecho delictivo tienen una indudable autonomía, sin que, por tanto, la respuesta penológica de la norma penal condicione ni afecte, en su caso, ni a la existencia ni a la cuantía de la correspondiente obligación indemnizatoria. Por consiguiente, la responsabilidad civil *ex delicto*, cualquiera que sea la vía procesal elegida para su reclamación (arts. 108 y 111 de la LECrim.) no exige, para su efectividad, más que la prueba de la existencia del daño o del perjuicio causados por el delito o falta cometidos. Y, en este sentido, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS adoptó, el 20 de diciembre de 2006 [LA LEY 176038/2006], el siguiente acuerdo: «Por regla general, no se excluye la indemnización por daños morales en los delitos patrimoniales, y es compatible con el art. 250.1.6.º CP». En lo que se refiere a la indemnización por daños morales, su existencia aparece unida a determinadas clases de acciones criminales que, generalmente, afectan a bienes jurídicos de carácter personal. En esos casos puede afirmarse que las características del hecho delictivo necesariamente conducen a la causación de un daño moral. No es excluible de modo absoluto que también vengán causados por delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, según el CP, o incluso por delitos de falsedad, pero en esos casos, en los que no sólo depende de las características del hecho delictivo, sino especialmente de su relación con las circunstancias particulares del perjudicado, es precisa su debida acreditación mediante las oportunas pruebas (66/2007, de 5 de febrero [LA LEY 3272/2007]).

No basta la voluntad del perjudicado de obtener un pronunciamiento en materia de responsabilidad civil. No es suficiente añadir al objeto del proceso penal el eventual objeto de una pretensión civil. Ésta ha de ser ejercida con respeto a los principios estructurales de cualquier contienda jurisdiccional. Sin posibilidad de contradicción y sin capacidad de defensa, no caben pronunciamientos que afecten a terceros (167/2008, de 14 de abril [LA LEY 26042/2008]). No puede pretenderse la aplicación de los arts. 109.1.º, 110 y 112 CP, que regulan la responsabilidad civil derivada de la infracción delictiva, en la pretensión de que se declare la nulidad de los contratos de préstamo suscritos por la víctima de la estafa con ciertas entidades financieras, pues ni puede afirmarse propiamente que esas relaciones contractuales fueran consecuencia de la infracción delictiva, sino más bien el medio utilizado por la recurrente para obtener unos fondos que posteriormente pondría a disposición del autor del delito, ni cabe anular unos contratos en los que no sólo la contraparte actuó en todo momento con desconocimiento del fraude que sufría la prestataria, sino que, además, supuso un efectivo desplazamiento patrimonial, amparado por la buena fe, del que debe ser resarcido quien lo sufrió, máxime cuando, al no ser parte en el procedimiento penal, no pudo defender la validez de tales contratos (842/2007, de 17 de octubre [LA LEY 180057/2007]).

Artículo 111.

1. Deberá restituirse, siempre que sea posible, el mismo bien, con abono de los deterioros y menoscabos que el Juez o Tribunal determinen. La restitución tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta.

2. Esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 464, 1955, 1956, 1957 y 1962.

CCom.: arts. 85, 86, 324, 560 y 561.

LH: art. 34.

LECrin.: arts. 367, 619, 620, 635, 843 y 844.

Consulta 11/1985 de la FGE.

Existiendo la cosa de que el perjudicado hubiera sido desposeído, es imperativa la devolución de la misma (1727/2002, de 22 de octubre [LA LEY 8004/2002]).

Restituir es volver una cosa a quien la tenía antes. Acción que, por tanto, había que entender era sólo susceptible de imponerse jurídicamente, en casos de ilegítima desposesión, cuando ésta hubiera recaído sobre objetos perfectamente identificables, que subsistieran como tales. De ahí que la opinión más común era que el dinero quedaba al margen de esa posibilidad; como resultaba del CP derogado, cuyo art. 102 condicionaba la restitución a que pudiera versar sobre la misma cosa. El CP de 1995, en el art. 111, significativamente, sustituye el término cosa por el de bien, con una apertura significativa del concepto, que ahora, en principio, puede incluir también al dinero. Pero, tratándose de dinero, lo devuelto, aun siendo de la misma especie y calidad que, por ejemplo, lo sustraído, es decir, aunque consistiera en el mismo bien, siempre sería algo distinto en su individualidad estricta. De manera que, al final, la distinción entre los dos posibles títulos de resarcimiento quedaría en una cuestión de puro nominalismo y, por tanto, carente de trascendencia (1727/2002, de 22 de octubre [LA LEY 8004/2002]).

El art. 111.1 CP establece como regla general en materia de responsabilidad civil *ex delicto* la restitución del mismo bien, añadiendo que tendrá lugar aunque el bien se halle en poder de un tercero y éste lo haya adquirido legalmente y de buena fe, dejando a salvo su derecho de repetición contra quien corresponda y, en su caso, el de ser indemnizado por el responsable civil del delito o falta. Sin embargo, el segundo párrafo de dicho precepto establece la excepción a dicha regla en los siguientes términos: esta disposición no es aplicable cuando el tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable, emanación del principio de unidad del ordenamiento jurídico, lo que merma extraordinariamente el ámbito de aplicación de la regla general que incluye las adquisiciones legales y de buena fe (el antiguo art. 102 no incluía este último requisito). Las Leyes extrapenales llamadas por el legislador penal, además de las atinentes a bienes muebles —arts. 464.2 y 3, 1940 o 1955, todos CC, 85, 86, 324, 560 o 561 del CCom.—, incluyen indudablemente en relación con los inmuebles, además del art. 1957 CC, el art. 34 LH, que consagra el principio de la fe pública registral, emanación del de publicidad junto con el de legitimación. La buena fe debe existir en el momento de

la adquisición o celebración del contrato y no en la fecha de la inscripción del título en el Registro (1939/2001, de 27 de octubre [LA LEY 2364/2002]).

En los delitos en los que haya habido un desplazamiento patrimonial que constituya el instrumento del delito o se encuentre en íntima conexión con él, la restitución que proceda acordar como responsabilidad del delito puede conllevar la declaración de nulidad del negocio jurídico subyacente —233/1995, 15 de febrero [LA LEY 16715-R/1995] y 532/1996, de 12 de julio [LA LEY 8630/1996]—. En definitiva, los Tribunales penales tienen competencia en orden a disponer la adopción de las medidas necesarias, incluidas las que exceden en significación a la simple entrega material, para la restitución de la cosa a quien legítimamente le corresponda como víctima del delito o falta cometido; pero teniendo presente: a) que las medidas decretadas deben ser necesarias para la restitución, pues sólo así pueden considerarse incluidas en el párrafo segundo del art. 742 de la LECrim.; y b) que en la adopción de las medidas debe estarse a lo dispuesto en el Derecho privado (817/1999, de 14 de diciembre).

La anulación de un negocio jurídico en vía penal exige que los terceros a los que afecta hayan sido parte en el procedimiento para la debida defensa de sus derechos (881/2003, de 16 de junio [LA LEY 106836/2003] y 537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002], entre otras).

Cuando la restitución no es posible se sustituye por la correspondiente indemnización de daños y perjuicios (1662/2002, de 15 de octubre [LA LEY 181/2003], 2055/2001, de 29 de diciembre [LA LEY 1611/2001] y 817/1999, de 14 de diciembre, entre otras).

Artículo 112.

La reparación del daño podrá consistir en obligaciones de dar, de hacer o de no hacer que el Juez o Tribunal establecerá atendiendo a la naturaleza de aquél y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable, determinando si han de ser cumplidas por él mismo o pueden ser ejecutadas a su costa.

CONCORDANCIAS

CP: art. 216.

CC: arts. 1088 y 1902.

LECrim.: arts. 365 y 366.

La reparación del daño para alcanzar efectividad debe comprender la neutralización de los efectos de la acción criminal, potenciales o en curso (1702/2003, de 16 de diciembre [LA LEY 211547/2003], con cita de la 1490/2001, de 24 de julio [LA LEY 8608/2001]).

El valor venal, por sí solo, no constituye reparación suficiente pues no repone al perjudicado en la situación anterior al siniestro, en la que disponía de un vehículo propio que satisfacía un valor de uso notablemente superior al valor venal. Ésta es la razón por la que en la práctica jurisdiccional es frecuente incrementar dicho valor venal en una proporción aproximada del 50% para incorporar tanto el valor de afección, como la notoria discordancia de los precios de compra y de venta en el mercado de vehículos usados, atendiendo a las circunstancias de cada caso (833/1999, de 28 de mayo [LA LEY 6433/1999]).

En el delito de alzamiento de bienes la reparación del daño no consiste en la obligación de pagar los créditos burlados, sino en la restauración del orden jurídico perturbado declarando la nulidad de los negocios celebrados en fraude de acreedores de manera que los bienes retornen al patrimonio del deudor. Ahora bien, si dicha restauración no es posible, entonces procede declarar una indemnización pecuniaria (1101/2002, de 13 de junio [LA LEY 10139/2003] y 2055/2000, de 29 de diciembre [LA LEY 1611/2001], entre otras).

Artículo 113.

La indemnización de perjuicios materiales y morales comprenderá no sólo los que se hubieren causado al agraviado, sino también los que se hubieren irrogado a sus familiares o a terceros.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 1100, 1101, 1106, 1107 y 1108.

Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Instrucción de la FGE de 9 de abril de 1991, sobre criterios orientativos en materia de indemnizaciones.

Aspectos generales

El derecho al resarcimiento en razón a la responsabilidad *ex delicto*, constituye un valor económico perteneciente a la víctima, e integra un derecho de reclamación hasta cubrir el importe de los daños y perjuicios causados por la transgresión punible, para cuyo reconocimiento es necesario que la Sentencia sienta, entre los hechos que estima probados, los imprescindibles para deducir el menoscabo patrimonial efectivo, como elemento objetivo de la declaración indemnizatoria y, además, debe quedar acreditada la relación de causalidad efectiva y eficaz entre el hecho punible y el daño que se reclama, porque únicamente aquellos perjuicios que sean consecuencia directa y necesaria del hecho delictivo son los que deben indemnizarse, de suerte que para que pueda establecerse legalmente la responsabilidad civil procedente de la infracción penal, es absolutamente indispensable que se pruebe no sólo la existencia del daño y el perjuicio, sino también que éstos fueron consecuencia directa del delito o falta (747/2002, de 23 de abril [LA LEY 5960/2002], con cita de la de 9 de octubre de 1990 [LA LEY 452/1991]). La indemnización ha de corresponderse con el perjuicio de la víctima del delito y no con el beneficio del autor (64/2009, de 29 de enero [LA LEY 1931/2009]). El término perjudicado tiene un mayor alcance que el de ofendido directo o sujeto pasivo del delito (677/2008, de 4 de noviembre [LA LEY 169548/2008]).

Ausencia de método de tasación

Con carácter general y al margen de la responsabilidad civil dimanante del tráfico automovilístico, es preciso reconocer que el legislador no indica a los Jueces y Tribunales método alguno para fijar la indemnización, de tal modo que el juzgador ha de acudir a unos principios generales,

tales como el de que en la Sentencia se debe determinar el alcance del daño a indemnizar, en la medida de lo posible, como si de una acción civil se tratara —como efectivamente lo es, aunque se ejercite en un proceso penal—, que —igualmente, en la medida de lo posible— ha de razonarse la cuantía de la indemnización. Como la indemnización deberá alcanzar tanto los perjuicios materiales como los morales, los primeros habrán de ser convenientemente probados, en tanto que, respecto de los segundos —no susceptibles de prueba—, el juzgador habrá de ponderar el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso (edad, sexo, profesión, salud, estética, estado previo a la lesión, grado de parentesco y de dependencia económica —en su caso—, etc.) y tener en cuenta los criterios socialmente admitidos sobre el particular. Todo ello, como es lógico, dentro de unos límites suficientemente flexibles (1154/2003, 18 de septiembre [LA LEY 10130/2004]). En sentido análogo se ha señalado que la fijación de la cuantía de la indemnización de daños físicos y económicos requiere la prueba de su existencia y del montante económico que han alcanzado. Pero tales cálculos evaluatorios no son aplicables a los casos de daños morales que pueden establecerse mediante un juicio global que evalúe los criterios sociales de reparación de tal clase de daño sufrido por la víctima como consecuencia del delito, y que no tiene por qué concretarse en alteraciones psicológicas para ser indemnizado (64/2001, de 27 de enero [LA LEY 23643/2001], con cita de 416/1997, de 24 de marzo [LA LEY 5418/1997] y 744/1998, de 16 de mayo [LA LEY 6513/1998]).

El sistema de baremo

El sistema tasado o de **baremo introducido por la Ley 30/1995** vincula, como es propio de una disposición con ese rango normativo, a los Jueces y Tribunales en todo lo que atañe a la apreciación y determinación, tanto en sede de proceso civil como en los procesos penales, de las indemnizaciones que, en concepto de responsabilidad civil, deben satisfacerse para reparar los **daños personales irrogados en el ámbito de la circulación de vehículos de motor**. Tal vinculación se produce no sólo en los casos de responsabilidad civil por simple riesgo (responsabilidad cuasi objetiva), sino también cuando los daños sean ocasionados por actuación culposa o negligente del conductor del vehículo. El ámbito de aplicación del sistema legal tasado de valoración de los daños no queda limitado al del aseguramiento obligatorio (STC 181/2000, de 29 de junio [LA LEY 134400/2000]). En aplicación de esta STC, el carácter obligatorio del baremo de valoración de daños de la LRCSCVM ha sido establecido en la doctrina jurisprudencial del TS (1915/2002, de 15 de noviembre [LA LEY 10800/2003], 1612/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 8399/2001], 632/2001 de 16 de abril [LA LEY 4527/2001], y 232/2001, de 15 de febrero [LA LEY 3940/2001]).

El baremo es vinculante en el sistema tabular de cuantificación de daños, así como en relación a los factores de individualización previstos como factores de corrección o concreción de índices, pero no lo es, entre otros aspectos, ni en la determinación del causante del daño ni en la determinación de los perjudicados, aspecto este último que debe quedar para la determinación judicial, pues es preciso recordar que el estatus de perjudicado en caso de fallecimiento no deriva de la relación de parentesco con el fallecido, sino que dimana del perjuicio material y moral que se le causa derivado del siniestro, esto es, no es *iure hereditatis*, sino *ex delicto*, por ello, en cada caso el Juez o Tribunal deberá indagar quién o quiénes han quedado desamparados y desasistidos moral y económicamente a consecuencia del fallecimiento, cuestión estrictamente reservada a la decisión judicial a la vista del caso concreto, con independencia que identificados los perjudicados, la cuantificación de sus perjuicios se efectúe de acuerdo con las previsiones del baremo (1915/2002, de 15 de noviembre [LA LEY 10800/2003]).

La Sala ha decidido en JG de 14 de febrero de 2003 [LA LEY 32823/2003] que «la cuantía indemnizatoria prevista en el grupo IV de la Tabla I del Baremo contenido en el Anexo a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, en supuesto de fallecimiento de víctima sin cónyuge ni hijos y con ascendientes, en tanto que expresamente atribuye a los padres, ha de entenderse que se trata de la concesión del importe total a ambos progenitores conjuntamente, de modo que ni procede otorgar la totalidad de esa cantidad, legalmente fijada, a cada uno de ellos por separado, en caso de supervivencia de ambos, ni reducirla a la mitad de la prevista, cuando fuere uno solo el superviviente».

El Baremo no resulta de aplicación vinculante en el caso de **delitos que no traen causa de accidentes de circulación**. No obstante lo cual, esta Sala tiene reiteradamente reconocida la utilidad, como criterio orientativo que aporta seguridad jurídica e igualdad de trato, de esa norma valorativa para la cuantificación de los perjuicios derivados de conductas, dolosas o imprudentes, ajenas al ámbito automovilístico, habiendo llegado a afirmarse, con todo acierto, que, existiendo semejante instrumento, incorporado a nuestro sistema legal indemnizatorio, habrá de exigirse precisamente a la exclusión de los criterios baremados una adecuada justificación del porqué de ese apartamiento —461/2003, de 4 de noviembre [LA LEY 199/2004]—. Pero igualmente tiene también declarado este Tribunal que ese efecto, meramente orientativo, del Baremo, ha de modularse cuando nos encontramos ante un hecho como el que aquí nos ocupa, en el que, incuestionablemente y dadas las propias circunstancias especialmente dramáticas en las que se inscribe, el daño moral sufrido por los perjudicados tiene un componente de gravedad mayor que el derivado por ese mismo resultado producido en el curso de la circulación rodada. Y si referida modulación ha de aludir, por las razones expuestas, a la concreta cuantificación indemnizatoria, a fin de permitir cierto incremento respecto de los importes legalmente previstos, otro tanto debe ocurrir con la propia enumeración de la categoría de perjudicados que el sistema legal también contempla, de modo que se acuda, en casos como el presente, a criterios más realistas y directamente vinculados a la verdadera existencia de un perjuicio, o daño moral, por parte de las personas efectivamente vinculadas con el fallecido. Lo que, por otra parte, viene haciéndose incluso en el propio ámbito de los accidentes automovilísticos, con uso por parte de los Tribunales de Justicia de interpretaciones analógicas que sirvan a una adecuada reparación de perjuicios para quien realmente los sufrió como consecuencia del evento causante del daño (80/2007, 9 de febrero [LA LEY 2442/2007]).

En el caso de delitos que no traen causa de accidentes de circulación, se ha dicho que de la forma dolosa o culposa de actuar no se deriva una diferenciación del resultado lesivo o de las secuelas causadas por la conducta, por lo que el perjuicio indemnizable puede ser idéntico en uno y otro caso. De manera que en esta materia es posible partir de una consideración inicial en la que se otorgue una valoración similar para los perjuicios sufridos a causa de lesiones y secuelas por las víctimas de delitos dolosos y culposos, de forma que las primeras no resulten injustificadamente de peor condición que las segundas en el aspecto que tratamos. Ello no significa que las previsiones del referido sistema deban ser consideradas como un mínimo necesariamente aplicable de modo automático a los perjuicios causados por delitos dolosos, pero sí implica que el Tribunal debe explicar suficientemente en la Sentencia las razones que ha tenido, en el caso concreto, para no atender a los criterios objetivos introducidos por la norma. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el Tribunal dispone de unos criterios objetivos establecidos por el legislador, que son útiles, con carácter orientativo, como base para determinar la cuantía de la indemnización por perjuicios personales derivados de delitos dolosos, es exigible que razone expresamente en la

Sentencia su decisión de separarse de los mismos. Es por esto que aquella consideración inicial puede resultar modificada en cada caso en atención a las circunstancias que concurran, las cuales debe tener en cuenta el Tribunal al establecer razonadamente en la Sentencia las bases de las que resulta la cuantía de la indemnización. Pues el baremo en cuestión, sin suponer una inflexible limitación en la valoración de los perjuicios, brinda cuando menos criterios objetivos, y generales para todos, introduciendo claridad, precisión y certeza. Por ello su observancia no precisa de una expresa justificación, exigible, por el contrario, cuando el Tribunal decide separarse de las valoraciones normadas (1461/2003, de 4 de noviembre [LA LEY 199/2004], citando la 130/2000, de 10 de abril [LA LEY 8286/2000]).

Las cantidades establecidas reglamentariamente en el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en cuanto constituyen una generalización establecida normativamente, pueden ser tomadas como referencia útil para excluir la arbitrariedad o la desproporción manifiesta. No existe ninguna razón de carácter general que determine que una muerte dolosa ha de ser considerada a estos efectos indemnizatorios de forma distinta a una causada de forma imprudente, o al menos puede afirmarse que no se justifica que dé lugar a una indemnización inferior. El Tribunal puede fijar la responsabilidad civil libremente en atención a las circunstancias del caso, pero no puede conceder una cantidad menor por un homicidio o asesinato doloso de la que correspondería por un homicidio imprudente sin justificarlo adecuadamente en la Sentencia (822/2005, de 23 de junio [LA LEY 2025035/2005]). En sentido análogo se ha dicho que tratándose de delitos dolosos no es exigible la aplicación del baremo, aunque, partiendo de su posible utilización como elemento orientativo, las cantidades que resulten de su aplicación pueden considerarse mínimas, de modo que el Tribunal debe explicitar las razones de no ajustarse a ellas, al menos cuando establezca indemnizaciones inferiores (104/2004, de 30 de enero [LA LEY 11877/2004] y 363/2004, de 17 de marzo [LA LEY 1558/2004]). Para fijar en el caso de delitos dolosos una cantidad mayor que la establecida en el baremo se ha señalado que, precisamente por ello, la respuesta debe ser más generosa no *pietatis causa*, sino por razones de estricta justicia, pues la muerte intencional supone un plus de aflicción a lo que se une la corta edad de las niñas y a que en casos dolosos, la jurisdicción penal no tiene limitado normativamente el *quantum* indemnizatorio. Por todo ello hay que tender a una mejor y más ampliada respuesta indemnizatoria (195/2005, de 17 de febrero [LA LEY 11591/2005]). En sentido análogo se dice en la 375/2008, de 28 de junio [LA LEY 86397/2008] que la circunstancia de que la adecuación a las prescripciones del baremo, tomado como referencia, no haya sido plena, es una objeción aquí inatendible, pues sus previsiones tienen que ver con acciones de muy distinto tenor de la enjuiciada. Y es que, en efecto, desde el punto de vista de la afección moral no es lo mismo resultar víctima de un accidente propio de los del tráfico rodado que de una acción dolosa, reflexivamente orientada a causar daño. En este caso en una región anatómica como la del impacto. Así, es razonable que ese plus de gravedad y de gravamen se traduzca en un incremento del monto de la indemnización.

Intereses

La 394/2009, de 22 de abril [LA LEY 49582/2009] hace exposición muy completa acerca de la responsabilidad civil *ex delicto* a efectos de pronunciarse posteriormente respecto de los intereses procesales y moratorios. Empieza señalando la Sentencia que: 1.º La acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para

hacerlo en el correspondiente civil. 2.º Las obligaciones civiles *ex delicto* no nacen propiamente del delito (aunque es necesario la declaración de su existencia) sino de los hechos que lo configuran, en cuanto originadores de la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización de los perjuicios. 3.º Constituye doctrina general de esta Sala, reconducir el régimen de la responsabilidad civil dimanante de delito al campo del derecho civil, a sus principios y normativa específica, siempre que no exista un especial precepto de naturaleza penal que limite o modifique su régimen (art. 1092 CC). 4.º Los daños y perjuicios, cuando de reclamación dineraria se trata, se contraen a los intereses contractuales o legales que procedan. En este caso la restitución del principal en concepto de *damnum emergens* deberá completarse, en concepto de daños y perjuicios, con el *lucrum censans* o privación del disfrute del numerario indebidamente apropiado. Tal finalidad se alcanza a través de los intereses moratorios. 5.º En toda reclamación judicial civil, de una cantidad proveniente ora de una fuente legal, ora de un contrato, ora de un cuasicontrato, ora de un delito (caso de reclamación separada o de actos y omisiones en los que intervenga cualquier género de culpa o negligencia, los daños y perjuicios se rigen por lo dispuesto en los arts. 1100, 1101 y 1108 CC, esto es, el devengo de intereses se produce cuando el deudor incurre en mora. Quedarían a salvo los intereses moratorios imperativamente impuestos por la Ley. 6.º La Sala 1.ª TS hace pocos años que ha dado un giro jurisprudencial (consolidado desde 1997), a la hora de interpretar el brocardo *in illiquidis non fit mora*, entendiendo que tal principio no debe regir, cuando de un modo u otro esté determinada la cantidad reclamada o pueda determinarse, aunque sea con aproximación. Basta que se trate de un daño preexistente, susceptible de delimitación —SSTS, Sala 1.ª, 2853/1997, de 13 de octubre [LA LEY 9765/1997], 1117/2001, de 3 de diciembre [LA LEY 1789/2002], 1170/2001, de 14 de diciembre [LA LEY 1799/2002], 891/2002, de 24 de septiembre [LA LEY 345/2003], 1006/2002, de 25 de octubre [LA LEY 7956/2002], 1080/2002, de 19 de noviembre [LA LEY 1873/2003], 1223/2002, de 19-diciembre [LA LEY 1123/2003] y otras—. 7.º No deben confundirse en ningún caso los intereses moratorios propiamente dichos (daños y perjuicios) que contempla el art. 1108 CC y los recogidos en el art. 921 de la LEC (hoy art. 576) o intereses de la mora procesal. Sobre este último punto será necesario hacer las siguientes consideraciones: Dentro del concepto intereses legales deben diferenciarse los intereses procesales, a que se refiere el art. 576 LEC, de los llamados «intereses moratorios», que se regulan en los arts. 1108, 1100 y 1101 CC. Los primeros, considera la doctrina científica de manera pacífica, tienen su razón de ser en la pretensión del legislador de disuadir al condenado que pretenda con la interposición de recursos, incidentes en la ejecución de la Sentencia u otras maniobras dilatorias, retrasar el pago de la cantidad líquida a la que le condena la Sentencia. Es decir, estos intereses procesales son una suerte de mecanismo de presión destinado a conseguir que el perjudicado quede pronta y totalmente satisfecho en su interés económico, sin que recaigan sobre él los costes de la dilación que supone la interposición y sustanciación de los recursos de apelación y eventualmente de casación. Las características más sobresalientes de estos intereses, es que: a) han sido configurados con esta doble finalidad: mantener el valor de aquello a lo que condena la Sentencia, de un lado y, de otro, como intereses «punitivos» o «disuasorios» de la interposición de recursos temerarios; b) nacen *ex lege* (o, lo que es igual: el supuesto de hecho del que depende su producción es la simple existencia de una Sentencia que condena al pago de cantidad líquida); c) nacen sin necesidad de que la parte los haya pedido previamente...; d) nacen, incluso, sin necesidad de que a ellos condene la Sentencia y sin necesidad de que la Sentencia sea firme. Los intereses procesales, cuando no se interponga recurso o cuando el interpuesto sea desestimado, se computan tomando como base la cantidad líquida fijada en la Sentencia de primera instancia y el día en que se dictó, hasta la completa ejecución de la misma. El art. 576 LEC no deja margen a la duda: desde que fuese dictada en primera instancia, toda Sentencia o resolución que condene al

pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos. El apartado 3 de dicho precepto es, por su parte, sumamente explícito cuando establece que su aplicación se extiende a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional que condenen al pago de cantidad líquida, con la sola excepción de las especialidades legales previstas para las Haciendas Públicas. Otra cosa son los intereses moratorios, cuando por ley o por pacto, el condenado a pagar la indemnización sea, además, deudor de intereses moratorios según lo que establecen los ya citados arts. 1108, 1100 y 1101 CC. Partiendo de que por disposición legal (art. 1106 CC) la indemnización por daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida sufrida, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor; y que en caso de dolo el deudor responde de todos los daños y perjuicios conocidos (art. 1107 CC), el art. 1108 CC establece que cuando la obligación consista en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurra en mora, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses de demora, que tienen por finalidad no el conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial, sino indemnizar el lucro cesante. La distinción entre ambas clases de intereses se reitera en la jurisprudencia del orden civil, diferenciando entre los intereses moratorios del art. 1108 CC en relación con el 1101 CC, de los intereses sancionadores, punitivos o procesales del art. 921 LEC. Así como los intereses legales procesales a que se refiere el art. 576.1 LEC se computan desde que se dicte la Sentencia en primera instancia, por expresa disposición del precepto, los intereses moratorios regulados por los preceptos citados del CC se computan desde el día en que el acreedor los reclame judicial o extrajudicialmente, según establece el art. 1100 CC, de manera que así los intereses procesales del art. 576.1 LEC nacen sin necesidad de petición previa del interesado, cuando se trata de intereses de demora deberá producirse una expresa reclamación al respecto. Así lo establecen las SSTs de la Sala 1.ª de 30 de diciembre de 1994 [LA LEY 16624-R/1994], 8 de febrero de 2000 [LA LEY 5003/2000], 15 de noviembre de 2000 [LA LEY 11911/2000] y 10 de abril de 2001 [LA LEY 5176/2001] cuando declaran que los intereses moratorios de una cantidad líquida se devengan desde la interposición de la demanda a falta de reclamación anterior. En el mismo sentido se ha pronunciado la 1.130/2004, de 14 de octubre [LA LEY 14128/2004], diciendo que cuando nos encontramos ante casos como el presente, en el que ese *quantum* resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito, a efectos civiles y tal como ocurriría en semejante orden jurisdiccional, no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora. Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como ha hecho el Juzgador a quo (en línea incluso con alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de abril de 1998, con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el art. 921 de la antigua LEC (hoy 576 de la vigente) De otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el CC, a su vez los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados. Esa reclamación, en el orden penal, sólo se produce, por consiguiente, con la interposición de la querrela oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de Acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como Acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada STS de 14 de marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas resoluciones de este Tribunal como las de **29 de octubre de 1991** y 1 de febrero [LA LEY 2278/1996] y **18 de octubre**

de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos. Por lo que, como quiera que la recurrente no sólo interpuso querrela, sino que en la misma ya cifraba el montante de sus perjuicios en una cantidad que exactamente acogió a efectos resarcitorios la Audiencia en su resolución, ha de entenderse desde esa fecha de interposición de la Querrela nacida la obligación del pago de los intereses para la condenada, obligada al mismo. También, la ya citada S 298/03, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003], señalaba: A la luz de tales orientaciones jurisprudenciales y trasladándolas a nuestro caso, no puede prosperar en su integridad la pretensión alegada, al solicitar el devengo del interés (daños y perjuicios) desde la fecha de comisión del delito. En mora sólo incurrieron los acusados desde el momento de la presentación de la querrela en que se reclaman los daños y perjuicios (aunque sea de forma genérica) ocasionados por el delito. Si algún acusador particular, se personó sin querrela, constituyéndose en parte como perjudicado, desde la fecha, en que haciéndolo así, interesó la condena de los culpables y la reparación del daño sufrido (escrito de calificación provisional). Las Sentencias invocadas por los recurrentes y el M.º Fiscal que apoyó el motivo, constituyen excepcionales desviaciones que no alteran, en esencia, la doctrina general. Por ejemplo, la más moderna de las citadas, la núm. 846 de 22-mayo-2000 [LA LEY 8925/2000] de esta Sala, sitúa el arranque del devengo de los intereses moratorios en la fecha de comisión del delito; pero lo determinó así, porque, conforme al art. 1100 CC, desde ese preciso momento se entendió que comenzó la mora del deudor, acusado y condenado. Por tanto, no procederá computar los intereses desde la fecha del delito, sino desde la interpelación judicial. De cuanto ha quedado expuesto se desprenden las siguientes conclusiones: 1.ª Respecto a los intereses procesales que establece el art. 576.1 LEC debe considerarse incluida en la expresión devengando esta cantidad el interés legal desde la fecha de esta Sentencia, de suerte que la determinación de la cantidad correspondiente se efectuará en ejecución de Sentencia de acuerdo con lo establecido en dicha disposición legal, a la que no contradice la Sentencia impugnada, sino que su aplicación se encuentra implícita en la resolución judicial. 2.ª En lo que hace a los intereses moratorios por lucro cesante, aunque también podría considerarse integrada en la expresión interés legal que se emplea en el fallo de la Sentencia, el cómputo de la cantidad a abonar por el condenado no se iniciará el día de la fecha de la Sentencia, sino que, según ha quedado expuesto, desde el día en que se presentó la querrela, al no haber existido reclamación por dicho concepto, judicial o extrajudicial, con anterioridad.

En el mismo sentido que la S que se acaba de transcribir, la 298/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003], considera que los intereses se deben desde que el deudor incurre en mora, lo que ocurre con la presentación de la querrela en la que se reclaman los daños y perjuicios. Y, por su parte, la 1130/2004, de 14 de octubre [LA LEY 14128/2004] ha distinguido entre las deudas líquidas y las ilíquidas y entre los intereses moratorios y los estrictamente procesales, diciendo que la acción civil *ex delicto* no pierde su naturaleza civil por el hecho de ejercitarse en proceso penal. El tratamiento debe ser parejo, so pena de establecer agravios comparativos, o verdaderas injusticias, según decida el sujeto perjudicado ejercitar su derecho resarcitorio en el propio proceso penal, o lo reserve para hacerlo en el correspondiente civil (arts. 110 y 111 de la LECrim. y 109.2.º CP). La deuda, en este caso la obligación de resarcimiento, surge, es cierto, de los hechos delictivos causantes del perjuicio, pero ocurrirá que, en ocasiones, esa cantidad no puede concretarse hasta el pronunciamiento judicial que, declarando la existencia del delito (naturaleza declarativa de la resolución), condena al pago de la cantidad correspondiente (aspecto constitutivo de la misma). Lo que impediría, por mor del principio *in illiquidis non fit mora*, el devengo, desde la fecha de comisión del delito y en todo caso de cualquiera anterior al pronunciamiento judicial correspondiente, de unos intereses que ostentan un

carácter evidentemente moratorio, en los términos de las previsiones del art. 1108 del CC, tendentes a compensar el lucro cesante producido al perjudicado por el retraso en ver íntegramente restituido su patrimonio. No obstante, en el ámbito civil, tiene proclamado la más reciente Jurisprudencia de la Sala Primera de este Tribunal (SS de 25 de octubre, 4 de noviembre y 19 de diciembre de 2002) que el requisito de liquidez de la deuda abarca también a aquellos supuestos en los que, desde su origen, la cantidad reclamada pueda determinarse, siquiera aproximadamente. Por ello, cuando nos encontramos ante casos en los que el *quantum* resarcitorio está claramente establecido, por referirse a un delito contra el patrimonio, que originó un concreto desplazamiento patrimonial ilícitamente provocado, la ausencia de pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de delito no puede determinar la improcedencia del devengo de intereses de mora. Por lo que, desde este punto de vista, existe derecho a la percepción de tales intereses, independientemente de los previstos en la norma procesal. Otra cosa será, sin embargo, la fecha concreta del inicio de su devengo, pues si, de una parte, ésta no debe fijarse en la de la Sentencia de instancia, porque, como se acaba de ver, esos intereses moratorios compensatorios del perjuicio que el transcurso del tiempo ocasiona con el retraso de la satisfacción de lo adeudado, en forma de lucro cesante, nunca han de confundirse, como hizo incluso alguna Sentencia de esta misma Sala como la de 29 de abril de 1998, con los de estricto carácter procesal, que se justifican por la dilación en el cumplimiento del mandato judicial, previstos en el art. 921 de la antigua LEC (hoy 576 de la vigente), de otro lado, también hay que recordar que, según el régimen establecido en el CC, a su vez, «Los intereses vencidos devengan el interés legal desde que son judicialmente reclamados (...)» (art. 1109). Esa reclamación, en el orden penal, sólo se produce, por consiguiente, con la interposición de la querrela oportuna o, en todo caso, con la presentación del escrito de acusación por quien se personó en los autos con posterioridad a su inicio, como acusador particular (en el mismo sentido, la ya citada de 14 de marzo de 2003, frente a lo que, en su día, efectivamente, han sostenido algunas resoluciones de este Tribunal, como las de 29 de octubre de 1991 y 1 de febrero y 18 de octubre de 1996, que establecían el comienzo de la producción de intereses de mora coetáneo a la fecha de comisión del delito origen de éstos).

Sin embargo, en ocasiones también se ha entendido que el momento desde que se devenga intereses moratorios es aquel en que se cometieron los hechos causantes de los perjuicios (95/1999, de 12 de mayo, 1957/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 1379/2003], 2167/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 1546/2003], citando la 715/1996, de 18 de octubre [LA LEY 10775/1996], y 605/1998, de 30 de abril [LA LEY 7867/1998]). En ese sentido, la más reciente 1034/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216844/2007], señala que el art. 109 CP establece, como consecuencia indisoluble de la condena por delito, la obligación *ex lege* de reparar el perjuicio causado, obviamente, en los términos de mayor proximidad a la magnitud del realmente producido. Tiene que hacerse dentro del marco de las leyes y, como quiera que en lo relativo al lucro cesante el instrumento brindado por éstas es el del art. 576, 1 de la LEC, a él hay que acudir, aplicando, por tanto, ese «interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos» a las cantidades de referencia, o sea, la originariamente defraudada y la representada por los gastos bancarios. En uno y otro caso, a partir del momento en que cada una de esas cantidades salió del patrimonio del perjudicado.

No revisabilidad casacional

La **cuantía de la indemnización** no puede ser revisada en casación. La cuantía del resarcimiento es cuestión reservada al prudente criterio del Tribunal de Instancia, y no puede someterse a censura casacional. Podrán excepcionalmente revisarse las cifras indemnizatorias fijadas cuando se acredita una manifiesta y evidente discordancia entre las bases determinantes de aquéllas y las

sumas señaladas para el resarcimiento (534/2003, de 9 de abril [LA LEY 68714/2003], 395/1999, de 15 de abril [LA LEY 5620/1999], y 1200/1997, de 6 de octubre [LA LEY 10368/1997], entre otras). En casación, únicamente son impugnables las bases sobre las que la indemnización se asienta (348/2004, de 18 de marzo [LA LEY 1343/2004], 1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001], 1162/1999, de 9 de julio [LA LEY 11687/1999] y 1042/1996, de 20 de diciembre [LA LEY 3228/1997], entre otras) o cuando la fijada por el Juez o Tribunal supere la solicitada por las partes acusadoras (1164/2001, de 18 de junio [LA LEY 122253/2001]). Los daños morales no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada —1366/2002, de 22 de julio— lo que aquí no se aprecia. En el mismo sentido, la 1479/1998, de 30 de noviembre (822/2005, de 23 de junio [LA LEY 2025035/2005]). En sede casacional no son revisables las cuantías en que los Tribunales fijen las indemnizaciones civiles provenientes del delito, dado el carácter discrecional del juzgador de instancia en este ámbito. Sí es recurrible el pronunciamiento indemnizatorio cuando se constate la inexistencia de las bases determinantes de las indemnizaciones fijadas, o la arbitrariedad de la resolución cuantificadora (796/2005, de 22 de junio [LA LEY 2024705/2005]).

En el mismo sentido, pero aduciendo más argumentos, las 957/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 193604/2007], y 78/2009, de 11 de febrero [LA LEY 1930/2009], dice que como hemos precisado en las 105/2005 de 29 de enero [LA LEY 870/2005], y 131/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9728/2007], la indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del *quantum* de las responsabilidades civiles por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede ser sometida a la censura de la casación por ser una cuestión totalmente autónoma y la de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar o si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS de 18 de marzo de 2004 [LA LEY 1343/2004], 29 de septiembre de 2003 [LA LEY 150260/2003], **29 de septiembre de 1999** y 24 de mayo de 1999 [LA LEY 5310/1999]). Es decir que la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando: a) existe error en la valoración de las pruebas que hubieran determinado la fijación del *quantum* indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes, en virtud del principio acusatorio que rige nuestro Derecho procesal penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penas correspondientes.

Véase también la jurisprudencia citada al respecto en el art. 115 CP.

Acreedores de la indemnización

Respecto de las **personas con derecho a indemnización**, los perjuicios materiales no conllevan mayor cuestión siempre y cuando, establecida la relación de causalidad con el hecho ilícito, se justifiquen y cuantifiquen, pues su expresión material consiste en el menoscabo patrimonial

sufrido por el agraviado, sus familiares o terceros en su propio patrimonio. Mayores problemas plantea el resarcimiento de los perjuicios morales, no sólo por su cualidad materialmente inaprensible, sino, principalmente, por la delimitación subjetiva de sus potenciales titulares dentro de los ámbitos personales referidos. La aplicación práctica de esta cuestión se ha planteado fundamentalmente en relación con los delitos contra la vida. Debiendo partirse de la imposibilidad de que el extinto pueda hacer efectiva su indemnización, así como tampoco transmitirla a sus herederos pues el derecho nace posteriormente al fallecimiento, aquéllos y los perjudicados por el mismo, donde deben comprenderse familiares y terceros, siendo los primeros una especie de los segundos, resultarán acreedores de una indemnización por perjuicios morales, pues en rigor no es posible resarcir el daño ocasionado por la muerte del fallecido en sí mismo y no sería justo liberar al deudor de su responsabilidad civil por el hecho del fallecimiento. Sin embargo, cuando son otros los bienes jurídicos afectados o lesionados por el delito, es el padecimiento del agraviado en sí mismo lo que constituye el objeto de la indemnización, es decir, el perjuicio moral lo constituye el propio del sujeto pasivo de la infracción. Precisamente por ello la regla general, en este caso, consiste en entender agotada la responsabilidad civil por este concepto en la satisfacción indemnizatoria de la víctima. Por otra parte, este resarcimiento también debe considerarse que irradia y compensa a las personas que constituyen su círculo familiar o afectivo inmediato partiendo de la base de la existencia de un vínculo de solidaridad familiar, y esta perspectiva incluso puede constituir un factor relevante para determinar el *quantum* indemnizatorio. Es cierto que el adverbio «también» empleado por el legislador, como señala el Ministerio Fiscal en su informe, prevé la indemnización en favor de los familiares o terceros además de la correspondiente al propio agraviado, pero ello no significa que en todos los supuestos, tanto desde el punto de vista del objeto como de los titulares de la misma, deba producirse dicha concurrencia, siendo compatible por ello también con el texto legal el alcance de éste delimitado más arriba, pues de seguirse un criterio extensivo los límites subjetivos de la indemnización resultarían prácticamente inalcanzables (1574/2000, de 17 de octubre [LA LEY 122/2001]).

En principio la pérdida de un hijo implica perjuicios morales que deben ser indemnizados. Las circunstancias de la relación entre padre e hijo pueden dar lugar a precisiones respecto a la cuantía de la indemnización e incluso a justificar la supresión de la misma, pero es preciso que tales circunstancias estén acreditadas y se reflejen como tales en la Sentencia (182/2007, de 7 de marzo [LA LEY 8220/2007]).

El art. 113 CP habla —como receptores de la indemnización— de quienes hubieren sufrido daños materiales o morales, debiéndose reservar esta segunda eventualidad a quienes, efectiva y realmente, hayan padecido una severa aflicción por el fallecimiento de la víctima derivada de unas especiales relaciones previas de afectividad con ésta y, desde luego, cabe advertir que la mera circunstancia de la consanguinidad no es elemento suficiente para determinar automáticamente la realidad de esa significada afectividad, en ocasiones inexistente y que, sin embargo, se puede apreciar en relación a miembros más lejanos de la familia en la línea de consanguinidad o afinidad o, incluso, respecto a personas no integradas en el ámbito familiar (1625/2003, de 27 de noviembre [LA LEY 439/2004]). Así, se ha declarado procedente la indemnización a la mujer del acusado y a su compañero sentimental en delito de violencia habitual (1750/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 1073/2004]).

En relación con las **aseguradoras** han pagado a la víctima, la 1913/2002, de 22 de noviembre [LA LEY 785/2003] las consideró acreedoras de la indemnización satisfecha. Con posterioridad, la 225/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1204/2005], con cita de la 800/1997, de 3 de junio, señala

que el pago efectuado por la aseguradora, si bien tiene su origen en la infracción penal, no representa sino el cumplimiento de la obligación nacida de un contrato y asumida en contraprestación al pago de la prima. En suma, tal pago no constituye más que el cumplimiento de una obligación contractualmente asumida, no deriva por tanto directamente del hecho delictivo y, por ende, ha de concluirse que dicha entidad aseguradora carece de la condición de tercero perjudicado por el delito. La entidad aseguradora tiene una acción de reembolso frente al tomador del seguro, pero no se subroga en los derechos del asegurado frente al tomador del seguro (criminal y civilmente responsable), que no es un tercero sino parte contratante en el contrato de caución. De ahí que carezca de la condición de tercero perjudicado por el delito. Y la más reciente 199/2007, de 1 de marzo [LA LEY 10735/2007], con cita de la 1913/2002 (y también de la 225/2005, entendiéndose equivocadamente que su doctrina es favorable a la admisión en el proceso penal como parte perjudicada de las compañías aseguradoras), señala que la doctrina de esta Sala a lo largo de muchos años ha venido entendiendo que cuando los daños patrimoniales a indemnizar a favor, no del agraviado, por el delito, sino de terceras personas, como lo eran las compañías de seguros, las acciones civiles correspondientes no podían ejercitarse en el proceso penal, sino de modo separado ante la jurisdicción civil. Se fundaba tal jurisprudencia en la expresión «por razón del delito» utilizada en el art. 104 CP anterior. Se decía que el daño no se había producido por el delito sino por el contrato. Ciertamente podría haberse dicho que lo había producido el delito aunque indirectamente a través del contrato. Lo cierto es que nuestro legislador conocía este problema y el alcance que esta Sala venía dando a esta expresión «por razón del delito», y cuando se redacta el nuevo art. 113 CP, que reproduce casi literalmente el texto del anterior 104, hace desaparecer esta expresión. A la vista de tal modificación legislativa entendemos que es ahora más adecuado al espíritu de la Ley el que esa acción de reembolso pueda ejercitarse dentro del proceso penal. En este sentido se ha pronunciado la Sala General de la Sala Segunda en la reunión de del día 30 de enero de 2007 [LA LEY 2587/2007], acordando que «cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, si puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado».

Artículo 114.

Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización.

CONCORDANCIAS

CC: art. 1103.

Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Este precepto incorpora al Código Penal la regulación de la concurrencia de conductas en el ámbito de la responsabilidad civil, que ya venía siendo tratado por la jurisprudencia, especial-

mente en supuestos de imprudencia, atribuyéndose al órgano juzgador una facultad discrecional para moderar el importe de la reparación o la indemnización de los efectos del delito siempre que la víctima y destinataria de la responsabilidad civil hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido (507/2001, de 26 de marzo [LA LEY 4234/2001]).

La aplicación del art. 114 CP tiene carácter facultativo para el Tribunal, al decir textualmente ese precepto que los Juzgadores «podrán moderar el importe» de la reparación (1441/2003, de 31 de octubre [LA LEY 10476/2004]). La moderación tanto de la reparación como de la indemnización de daños y perjuicios, es una facultad discrecional atribuida a los Jueces y Tribunales que se acordará por éstos, siempre que la víctima del delito y destinataria de la responsabilidad civil, hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre exclusivamente en la producción del daño, lo que permite modular la cuantía final de la indemnización. Tal discrecionalidad se deduce de la palabra «podrán» utilizada en el texto del art. 114 CP. Y si hay discrecionalidad en cuanto a la posibilidad de acordar o no esa moderación en el importe de la reparación o indemnización, entendemos que, con mayor razón aún, habrá de reconocerse también esa discrecionalidad *pro* de una facultad del Tribunal de instancia para fijar ese porcentaje que han de soportar en su perjuicio las personas que con su negligencia han favorecido la comisión de estos delitos dolosos (9/2008, de 18 de enero [LA LEY 472/2008], con cita de las 1739/2001, de 11 de octubre [LA LEY 181300/2001], y 1804/2001, de 8 de octubre [LA LEY 1234/2002]).

El art. 114 contiene una potestad exclusiva del juzgador de instancia y es inaccesible a la casación, a excepción de los casos en que la cuantía fijada rebase o supere la cantidad pedida por las partes acusadoras (1804/2001, de 8 de octubre [LA LEY 1234/2002] y 796/2005, de 22 de junio [LA LEY 2024705/2005]).

El precepto no es de aplicación en el caso de **delitos dolosos** (2417/2001, de 17 de diciembre [LA LEY 226950/2001], 507/2001, de 26 de marzo [LA LEY 4234/2001], citando ambas la 582/1996, de 24 de septiembre [LA LEY 8661/1996] y 796/2005, de 22 de junio, [LA LEY 2024705/2005]). Ahora bien, aunque es cierto que esta Sala, ha aplicado normalmente el art. 114 CP a la concurrencia de conductas culposas y no se suele incluir en los delitos dolosos (582/1996 [LA LEY 8661/1996] y 1804/2001 [LA LEY 1234/2002]) lo cierto es que en el Código actual no efectúa limitación alguna en el precepto mencionado (605/1998 de 30 de abril [LA LEY 7867/1998], y así ha aplicado la técnica de compensación en vía indemnizatoria, en casos de agresión provocada por la víctima, supuestos que se admite la moderación tanto de la reparación como de la indemnización de daños y perjuicios, facultad discrecional atribuida a los Jueces y Tribunales que se acordará por éstos, siempre que la víctima del delito y destinataria de la responsabilidad civil, hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre exclusivamente en la producción del daño, lo que permite modular la cuantía final de la indemnización (1739/2001 de 11 de octubre [LA LEY 908018/2001]). La 98/2009, de 10 de febrero [LA LEY 7024/2009], se ha hecho eco de la división de la doctrina jurisprudencial, optando por la postura favorable a la aplicación del art. 114 CP a los delitos dolosos, diciendo que la cuestión a decidir es si su ámbito sólo es el de la responsabilidad civil *ex delicto* de imprudencia, o también puede operar en el ámbito de la responsabilidad civil *ex delicto* doloso, es decir cuando la víctima de un delito doloso ha contribuido, incluso inconscientemente, de algún modo, en su propia victimización, sin que ello suponga transferir la responsabilidad penal del agresor a la víctima, ni siquiera atenuarla, pero si puede tener relevancia en la fijación de la responsabilidad civil, esta es

la cuestión que plantea la interpretación del art. 114 CP. Así centrado el problema, hay que convenir que la respuesta de esta Sala ha sido diversa. Unas resoluciones no admiten esta atemperación en casos de delitos dolosos, y otras sí la aceptan. La compensación en materia de responsabilidad civil no se ha admitido en el caso de delitos dolosos, en las 796/2005, de 22 de junio, [LA LEY 13103/2005] con cita de otras anteriores como la 582/96 [LA LEY 8681/1996], 1804/2001 [LA LEY 1234/2002], 507/2001 [LA LEY 4234/2001] o 917/2002 [LA LEY 99661/2002]. Una referencia particular merece la 1541/2002 [LA LEY 1720/2003], que revocó en casación la aminoración de la indemnización concedida en la instancia al lesionado con base en el art. 114 CP. Tal revocación fue debida a que la víctima no había iniciado ninguna agresión. Sin embargo, otras resoluciones de esta Sala —1739/2003, de 3 de marzo [LA LEY 217678/2003]— sostienen la tesis ya apuntada más arriba de que el tenor del art. 114 CP no permite su reducción exclusivamente a los delitos por imprudencia. De dicha resolución retenemos el siguiente párrafo: «(...) Lo cierto es que en el Código actual no efectúa limitación alguna en el precepto mencionado (605/1998 de 30 de abril [LA LEY 7867/1998]), y así ha aplicado la técnica de compensación en vía indemnizatoria (SSTS 19 de marzo de 2001 [LA LEY 5251/2001] y de 2 de octubre de 2002 [LA LEY 445/2003]), en casos de agresión provocada por la víctima, supuestos que se admite la moderación tanto de la reparación como de la indemnización de daños y perjuicios, facultad discrecional atribuida a los Jueces y Tribunales que se acordará por éstos, siempre que la víctima del delito y destinataria de la responsabilidad civil, hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido. Obviamente será la mayor o menor incidencia de esa conducta concurrente de la víctima, siempre exclusivamente en la producción del daño, lo que permite modular la cuantía final de la indemnización (1739/2001, de 11 de octubre [LA LEY 181300/2001]), y así en supuestos de rima mutua, salvo hipótesis de agresión exorbitante, la solución más equitativa es la de considerar que entre las contrapuestas acciones de resarcimiento se puede producir una compensación total que las extinga conjuntamente, conforme al art. 1156 CC, a fin de evitar una prima económica, por razones normalmente aleatorias, a quien resultó llevar la peor parte en la pelea, pero que más que perjudicado debe considerarse copartícipe de un mismo hecho punible. En estos casos, cuando la víctima de una infracción penal dolosa, sea, a su vez y al propio tiempo, responsable de otra infracción cuya víctima sea la misma persona autora de la primera, como ocurre en los supuestos de agresiones recíprocamente aceptadas sufriendo lesiones ambos contendientes y siendo los mismos condenados como autores de sendas infracciones, si será factible la compensación, incluso total, ya que en estos supuestos los responsables penales y al propio tiempo víctimas, sin duda contribuyen con su conducta a la producción de los daños y perjuicios que sufran al existir una evidente relación de causalidad entre sus actos y esos daños y perjuicios (...)). Y en el mismo sentido se pueden citar la más reciente 778/2007 de 9 de octubre [LA LEY 165800/2007]). En definitiva el alcance del art. 114 CP se refiere a aquellos casos —dolosos o culposos— en los que la contribución de la víctima al suceso, y por tanto a su propia victimización no es causal ni penalmente relevante, ni por tanto deba tener reflejo en los pronunciamientos penales, pero sin embargo puede haber facilitado, la acción del autor de la infracción penal y es en esa situación cuando surge la facultad discrecional a que se refiere el art. 114 CP para atemperar la cuantía indemnizatoria en atención a la contribución que la propia víctima haya tenido en el desarrollo de la acción punible, incluso vía dolosa. No se trata, como ya se ha dicho, tanto de una cuestión de compensación de culpas que tendría difícil encaje en los supuestos de delito doloso, sino que más limitadamente el campo del art. 114 CP, como se opina por algún sector de la doctrina científica, se situaría en aquellos supuestos en los que la contribución de la víctima no siendo causal ni por tanto situarse en el resultado, puede tener alguna relevancia en la materia

indemnizatoria en virtud de la facultad de discrecionalidad que en relación a la responsabilidad civil otorga este artículo a los Tribunales.

La conducta de la víctima, gravemente provocadora primero, e ilegítimamente agresiva después, debe dar lugar a la aplicación del precepto (1630/2002, de 2 de octubre [LA LEY 445/2003]). Pero la discusión previa entre el acusado y la víctima, llegando incluso a las manos, no da lugar a la aplicación del precepto, dada la reacción absolutamente desproporcionada del recurrente (297/2001, de 14 de febrero, 1682/1999, de 30 de noviembre [LA LEY 2328/2000] y ATS 327/2001, de 21 de febrero [LA LEY 41531/2001]). La previa comisión de un delito de sustracción de vehículo a motor e, incluso, la actitud de salir huyendo ante el requerimiento de la fuerza actuante no puede, en modo alguno, considerarse contribución por parte del posteriormente lesionado al resultado dañoso que padeció, pues son conductas ajenas a la mecánica de producción de sus lesiones, exclusivamente dependientes del comportamiento imprudente del agente (1441/2003, de 31 de octubre [LA LEY 10476/2004]).

Artículo 115.

Los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, establecerán razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 24.1 y 120.

LECrim.: art. 365.

El art. 115 CP impone a los Jueces y Tribunales, al declarar la existencia de responsabilidad civil, la obligación de establecer razonadamente las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, pudiendo fijarla en la propia resolución o en el momento de su ejecución. Ello significa en línea de principio que tales indemnizaciones no son susceptibles de revisión casacional en la medida que quedan abiertas al libre y ponderado criterio del Tribunal de instancia, de forma que sólo serán revisables las bases en que se fundamenten aquéllas o la denuncia que alcance la ausencia de las mismas (877/2004, de 12 de julio [LA LEY 13872/2004]). Lo que está proscrito es diferir la liquidación de los daños y perjuicios a la ejecutoria sin que previamente se hayan sentado las bases correspondientes para la misma en la Sentencia. Los arts. 115 CP y 790.5, 798, regla 1.ª, y 974 y 984, todos ellos LECrim., bien directa o implícitamente autorizan dicha forma de proceder dando lugar a un incidente contradictorio posterior en el que se fijará definitivamente la cuantía del perjuicio con arreglo a las bases señaladas previamente (2520/2001, de 31 de diciembre [LA LEY 3092/2002]).

La razón de ser del requisito de dejar constancia de las mencionadas bases, no es otra que la de evitar que el prudente arbitrio se transforme en arbitrariedad, fijándose por el Tribunal sentenciador unas cantidades desproporcionadas a las consecuencias del delito, bien por exceso, bien por defecto. Pero cuando, aun en ausencia de las citadas bases, el *quantum* indemnizatorio se verifique razonable y prudente en relación con los perjuicios materiales y morales ocasionados, sin que se aprecien graves discrepancias entre ambos factores, la irregularidad omisiva cabe ser

subsanada en sede de casación teniendo en cuenta que la estimación del reproche formulado por la parte no tendría incidencia ninguna en el fallo, que se mantendría incólume una vez constatada que la cuantía fijada en la Sentencia se adecua razonablemente a los perjuicios ocasionados que se señalan en la misma (884/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8629/2000]). En el mismo sentido de excluir de la revisión en casación el *quantum* de la indemnización, la 348/2004, de 18 de marzo [LA LEY 1343/2004].

Si bien la Ley y la jurisprudencia obligan a establecer razonadamente las bases en que fundamenten la cuantía de los daños e indemnizaciones, no señalan expresamente cuál debe ser la calidad y cantidad de ese arbitrio racional o justificativo (402/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6650/2002]). La motivación no tiene que ser necesariamente exhaustiva agotando todas las posibilidades indemnizatorias, siendo suficiente con que se sienten unas bases objetivas para calcular el daño y se describan con detalle las secuelas originadas por el hecho lesivo (1740/2001, de 11 de octubre [LA LEY 181301/2001]). Para cumplir con las previsiones legales, no es necesario profundizar minuciosamente en cada una de las circunstancias concurrentes en el caso, siendo suficiente con una somera indicación, de cuáles son los parámetros que sirven de base para la decisión final (569/2001, de 6 de abril [LA LEY 5258/2001]).

Es doctrina reiterada (ver jurisprudencia aneja al art. 113) que las cantidades fijadas como indemnizaciones derivadas de la responsabilidad criminal no son revisables en casación, ya que se trata de una cuestión que queda al prudente arbitrio del juzgador de instancia, por lo que los efectos de un recurso de esta naturaleza sólo pueden circunscribirse a la determinación de las bases sobre las que se asienta el señalamiento de la cantidad fijada —por todas, 1200/1997, de 6 de octubre [LA LEY 10368/1997]—. Sin embargo, la 70/2009, de 7 de enero [LA LEY 678/2009], reconoce a las instancias superiores una residual competencia para controlar las irregularidades, rayanas en la arbitrariedad, que pueda haber deslizado el órgano jurisdiccional a quo (v.g., desatención a las bases o criterios normativos indemnizatorios, la utilización de argumentos absurdos o arbitrarios o absolutamente desajustados a la moderación y la prudencia, o apoyados en circunstancias falsas, erróneas o inexistentes, etc.).

El juzgador ha de acudir a unos principios generales tales como el de que en la Sentencia se debe determinar el alcance del daño a indemnizar, en la medida de lo posible, como si de una acción civil se tratara —como efectivamente lo es, aunque se ejercite en un proceso penal—, que —igualmente, en la medida de lo posible— ha de razonarse la cuantía de la indemnización (1154/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 10130/2004]). La determinación de la responsabilidad civil por **daños materiales y físicos**, económicamente evaluables, obedece a criterios compensatorios concretamente establecidos mediante las correspondientes pericias y otros elementos valorativos, así como al costo económico de la asistencia sanitaria y los perjuicios derivados de la pérdida de ingresos (821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003] y 592/2002, de 27 de marzo).

La necesidad de motivar las resoluciones judiciales que exige el art. 120.3 CE respecto a la responsabilidad civil *ex delicto*, ha sido puesta de relieve por el Tribunal Constitucional (SSTC 78/1986, de 13 de junio [LA LEY 75417-NS/0000] y 11 de febrero de 1987 [LA LEY 85965-NS/0000]) y por esta misma Sala (1768/1992, de 22 de julio de 1992, 2860/1993, de 19 de diciembre y 2/1995, de 28 de abril [LA LEY 14512/1995], entre otras muchas), señalando la obligación de los Jueces y Tribunales de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sus Sentencias, precisando —cuando ello sea posible—, las bases en que se fundamentan tales indemnizaciones; bases que, a diferencia del *quantum*, pueden ser objeto de

revisión casacional. Pero cuando se trata de fijar la indemnización por los **daños morales** derivados de la infracción penal, los órganos judiciales no pueden disponer de una prueba sobre la que establecer las bases indemnizatorias aptas para cuantificar con criterios económicos la indemnización procedente, de suerte que las bases para fijar el *pretium doloris* por los resultados dañosos o consecuencias negativas de índole psicológica, moral o sentimental padecidos por la víctima, las constituyen la propia descripción del hecho punible que ha generado esos efectos, ya que no existe baremo ni referencias preestablecidas que puedan objetivar la evaluación económica de un daño de esa naturaleza, razón por la cual el Tribunal ejerce, efectivamente, una legítima discrecionalidad al decidir el monto de la indemnización por tal concepto (821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], 396/2002, de 1 de marzo [LA LEY 4967/2002] y 1751/2002, de 21 de octubre [LA LEY 7985/2002]). En sentido análogo, las 681/2007, de 10 de julio [LA LEY 118133/2007], 957/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 193604/2007], 417/2008, de 30 de junio [LA LEY 96273/2008], 573/2008, de 3 de octubre [LA LEY 152141/2008] y 78/2009, de 11 de febrero [LA LEY 1930/2009] En sentido parecido se ha dicho que, cuando se trata de daños morales y en los hechos probados se ha dicho lo ocurrido, lo que revela claramente la causa de tales daños, no es necesario decir más para que cualquiera pueda comprender el fundamento de la cuantía de la indemnización correspondiente (609/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12728/2003]). Y también en sentido análogo se ha dicho que el establecimiento de las bases de las responsabilidades civiles dimanantes del delito, no tienen las mismas connotaciones o exigencias en aquellos daños y perjuicios indemnizables que poseen una naturaleza o soporte, fácilmente cuantificable, de aquellas otras, como los daños morales, más evanescentes en su concreción dineraria. Fundamentalmente, éstos dependerán de criterios de prudencia y proporcionalidad y hallarán como único soporte la naturaleza, gravedad del hecho y efectos psicológicos producidos o racionalmente esperables en la persona de la víctima o víctimas, sin excluir que, en ocasiones, se puedan computar perjuicios económicos indirectos (655/2005, de 20 de mayo [LA LEY 2017479/2005]).

CAPÍTULO II

De las personas civilmente responsables

Artículo 116.

1. Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

2. Los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas, y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables.

La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices.

Tanto en los casos en que se haga efectiva la responsabilidad solidaria como la subsidiaria, quedará a salvo la repetición del que hubiere pagado contra los demás por las cuotas correspondientes a cada uno.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 27 a 31.

CC: arts. 1144 y 1145.

LECrim.: arts. 589 y ss.

La expresión del art. 116 CP establece la responsabilidad civil como derivada de una previa imposición de responsabilidad criminal por delito o falta, si no ha habido pronunciamiento sobre la necesariamente previa responsabilidad criminal, no era procedente aplicar el citado art. 116 CP (243/2002, de 22 de febrero [LA LEY 5002/2002]). El Tribunal penal solamente debe hacer pronunciamiento acerca de las responsabilidades civiles cuando dicte Sentencia condenatoria o, cuando siendo ésta absolutoria, lo sea por alguna de las razones previstas en el art. 118 CP y no haya habido renuncia o reserva de la acción civil. No será procedente, por el contrario, tal clase de pronunciamiento en los casos en los que se haya dictado Sentencia absolutoria por no ser los hechos constitutivos de delito o falta (964/2003, de 27 de junio [LA LEY 13189/2003]).

El art. 122 CP sólo se refiere a personas que hubiesen participado por título lucrativo de los efectos de un delito o falta, pero no fuesen responsables criminalmente, dado que en los supuestos de responsabilidad criminal la norma aplicable es el art. 116 CP o, en su caso, el art. 19 del anterior (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

La 318/2003, de 7 de marzo [LA LEY 1862/2003], ha descompuesto el contenido del art. 116 CP de la forma siguiente:

1.º En los casos de pluralidad de responsables civiles, cuando esta responsabilidad admite su división en cuotas —en las reparaciones o indemnizaciones—, el Tribunal habrá de determinar la que tenga que abonar cada uno de los diversos responsables penales por el mismo hecho, y ello de modo forzoso por mandarlo así el art. 116.1. No hacerlo puede corregirse en casación (23 de diciembre de 1978 y 21 de marzo de 1979, entre otras).

El CP no nos dice qué criterios han de seguirse para esa determinación de cuotas. Parece lógico entender que esa cuantía venga determinada, al menos como criterio principal, por la incidencia de la conducta de cada uno de los responsables penales en la producción del daño a reparar o a indemnizar.

2.º Tal responsabilidad civil, en ese ámbito de las relaciones con las víctimas, se ejercerá primero contra los autores y luego contra el cómplice, pues para estos casos está prevista la subsidiariedad en el art. 116.2, que se hará efectiva, se dice, primero en los bienes de los autores y después en los de los cómplices.

3.º Dentro de cada uno de estos dos grupos de responsables penales —autores y cómplices— hay entre ellos solidaridad —arts. 1137 y ss. CC—, pero no existe solidaridad entre el cómplice o cómplices y el autor o autores; sí subsidiariedad.

4.º Si, como consecuencia de este sistema de reparto de la responsabilidad civil entre los varios responsables penales alguno hubiera pagado más de la cuota que le corresponde, quedan a salvo las respectivas acciones de repetición para recuperar lo indebidamente abonado, bien como resultado de la mencionada subsidiariedad de la responsabilidad civil del cómplice respecto de la de los autores, bien, entre los dos autores, por el pago de algo más de su cuota respectiva.

La solidaridad entre los autores, obligada por lo dispuesto en el art. 116.2 CP, no empece a que, de acuerdo con el apartado 1 del mismo artículo, se señale la cuota de que cada uno deba responder principalmente (1372/2003, de 30 de octubre [LA LEY 10485/2004], 14 de febrero de 1983 y 2 de febrero de 1981). Si bien, en principio, el señalamiento de cuotas es imperativo a fin de que los responsables puedan saber, dentro de la solidaridad que establece el art. 107 (hoy 116), cuál es su posibilidad de repetición respecto a los otros condenados en el caso de que sólo hubiera hecho pago uno o algunos de ellos, cuando una Sentencia de un mismo delito señale la indicada responsabilidad sin hacer distingos de cuotas, pero de cuyos delitos todos los condenados son igualmente responsables, lo que nos está enseñando implícitamente es que la cantidad total objeto de indemnización debe quedar dividida por un número igual al de los condenados penalmente (950/1994, de 7 de mayo [LA LEY 3237/1994] y 416/2007 de 23 de mayo [LA LEY 26759/2007]). En efecto, si nada se afirma en la Sentencia respecto de los condenados de una misma clase, la responsabilidad civil debe entenderse repartida por partes iguales y con carácter solidario. Por el contrario, si no se considera un idéntico grado de participación de los acusados, es ineludible dar expreso cumplimiento de los preceptos invocados (2943/1993, de 23 de diciembre [LA LEY 2268/1994]). La expresión «por partes iguales», en referencia al modo como deberán hacer frente a la responsabilidad civil los condenados expresa un criterio de distribución de la misma (535/2007, de 8 de junio [LA LEY 51976/2007]).

La responsabilidad conjunta y solidaria es improcedente si los distintos delitos apreciados cometidos cada uno por un acusado fueran autónomos, de tal modo que hubieran producido responsabilidades civiles diferenciadas, pero no lo es cuando, aun siendo delitos distintos los cometidos por cada imputado, no sean realmente autónomos entre sí, sino complementarios y concurrentes en su contribución al resultado dañoso, caso en que, sin perjuicio de señalar cuotas de responsabilidad civil para cada uno de los responsables, éstos responderán solidariamente de la totalidad de la responsabilidad civil declarada —27 mayo 1991 [LA LEY 10498/1991]— sin perjuicio de que entre ellos puedan ejercitar las acciones de repetición quienes pagaran por las cuotas correspondientes a cada uno de los otros, como establece el art. 116 CP (531/1998, de 15 de abril [LA LEY 6395/1998]). En el mismo sentido, la 2250/2001, de 13 de marzo de 2002 [LA LEY 5956/2002], si bien matizando que cuando la aportación de cada responsable al resultado final no es en modo alguno equivalente, lo coherente es establecer cuotas asimismo diferenciadas en la atribución de la responsabilidad civil, conforme dispone el art. 116.1.º *in fine* CP 1995 (2250/2001, 13 de marzo de 2002 [LA LEY 5956/2002]).

Un caso especial lo constituye el de la condena por delito de receptación, de los arts. 546 bis.a) y ss. CP, en el que siempre la responsabilidad civil del receptor, concurra o no con otros condenados por el hecho delictivo del que proceden los objetos receptados, se limita al lucro personal por él obtenido (14 de noviembre de 1991 [LA LEY 692/1992], con cita de otras muchas).

Artículo 117.

Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda.

CONCORDANCIAS

Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados).

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Real Decreto 2486/1998, de 20 noviembre, que aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Real Decreto 7/2001, de 12 enero, que aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

RD 731/1987, de 15 mayo, que aprueba el Reglamento del Consorcio de Compensación de Seguros.

LRRPM (§ 3.4): art. 63.

Ley 50/1980, de 8 de octubre, contrato de seguro: art. 76.

Se trata de una responsabilidad civil directa que también está recogida en el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro 50/1980 (2030/2002, de 4 de diciembre [LA LEY 1134/2003]).

En caso de crisis de la aseguradora, el Consorcio de Compensación de Seguros, conforme al art. 8.1.e) de la LRCSCVM, que impone a dicho organismo la obligación de indemnizar hasta el límite del seguro obligatorio, responsabilidad *ex lege* que, según la Sentencia de esta Sala de 28 de junio de 1993 [LA LEY 3128/1993], es de índole idéntica a la de las compañías aseguradoras (255/2003, de 24 de febrero [LA LEY 1792/2003]). En términos similares para supuestos próximos, también cubiertos por el Consorcio de Compensación de Seguros (1310/1998, de 4 de noviembre [LA LEY 101/1999], 1442/1999, de 18 de octubre [LA LEY 1479/2000] y 786/2001, de 8 de febrero [LA LEY 3942/2001]), declaran la responsabilidad civil directa, y no subsidiaria, del citado organismo oficial. Además, al Consorcio le son aplicables las normas establecidas sobre la mora del asegurador (232/2001, de 15 de febrero [LA LEY 3940/2001]).

El seguro de responsabilidad civil constituye tanto un medio de protección del patrimonio como un instrumento de tutela de los terceros perjudicados. El principio de no asegurabilidad del dolo, acogido en el art. 19 de la LCS, lo que excluye es que el asegurador esté obligado a indemnizar al propio asegurado por un siniestro ocasionado por la mala fe de éste, pero no impide que el asegurador responda frente a los terceros perjudicados tanto en el caso de que el daño o perjuicio causado a los terceros sea debido a la conducta dolosa del asegurado, disponiendo en este caso el asegurador de la facultad de repetición contra el asegurado reconocida expresamente en el art. 76 de la LCS, como cuando sea debido a un acto doloso de un tercero del que se derive responsabilidad civil subsidiaria para el asegurado (707/2005, de 2 de junio, 469/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12239/2003], 414/2002, de 11 de mayo [LA LEY 4994/2002] y 1574/2000, de 17 de octubre [LA LEY 122/2001], entre otras). En sentido análogo se ha dicho que el tercero inocente es ajeno a la causación del daño sufrido y debe ser indemnizado independientemente de que el evento generador del daño sea un ilícito civil o penal del propio asegurado (2071/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 855/2003] y 127/2004, de 4 de febrero). Los acuerdos de las JJ.GG. de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997, confirman el criterio expuesto. De cuanto se acaba de decir se excluyen aquellos casos en que el vehículo se utilice exclusivamente como instrumento a través de una acción totalmente extraña a la circulación (1207/2004, de 11 de octubre [LA LEY 13/2005]). Sin embargo, en el caso del seguro obligatorio los anteriores criterios han sido revisados por el Acuerdo de la Sala General de la Sala Segunda, adoptado en la reunión de día 24 de abril de 2007 [LA LEY 23079/2007], del que se hace

eco, entre otras la 437/2007, de 10 de mayo [LA LEY 26915/2007], con cita de la 427/2007, de 8 de mayo [LA LEY 23153/2007], diciendo que es una cuestión sumamente compleja que tiene dividida a la doctrina, por cuanto, si de un lado, el art. 1 de la Ley de Contrato de Seguro [LA LEY 1957/1980] habla de «indemnizar, dentro de los límites pactados», constituyendo un principio indiscutido del contrato de seguro la imposibilidad de asegurar los daños dolosamente causados, por lo que en el art. 19 de la misma Ley se establece que «el asegurador estará obligado al pago de la prestación salvo en el supuesto de que el siniestro haya sido causado por mala fe del asegurado»; por otro lado, el art. 73 de la propia Ley establece también que «por el seguro de responsabilidad civil, el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado conforme a Derecho», y el art. 76, por su parte, dispone que «el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero. La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado». Ante este problema jurídico, la Sala Segunda del TS, en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 14 de diciembre de 1994, puso de relieve la distinta situación que se planteaba en función de la legislación aplicable (seguro obligatorio o seguro voluntario), y sostuvo que la expresión «hechos de la circulación» no implica una distinción entre «accidente, doloso, culposo o fortuito», por lo que el dolo del asegurado no debe exonerar de responsabilidad a la entidad aseguradora; y en el Pleno no jurisdiccional celebrado el 6 de marzo de 1997, tomó el acuerdo de que las Sentencias condenatorias por delitos dolosos o culposos cometidos con vehículos de motor que determinen responsabilidad civil para las víctimas, deben incluir la condena a la entidad aseguradora dentro de los límites del seguro obligatorio, siempre que el daño se haya ocasionado «con motivo de la circulación», con lo que los supuestos jurídicamente conflictivos quedarían reducidos, en buena medida, a aquellos en que exista un dolo directo sobre el resultado. En el plano jurisdiccional, la STS de 12 de noviembre de 1994 [LA LEY 1810/1995] dice sobre esta cuestión, con todo acierto, que «una cosa es que no quepa asegurar conductas dolosas y otra muy distinta que entre los riesgos aleatorios del seguro esté incluido el de hacer frente a los perjuicios causados por actuación ilícita del conductor»; poniendo de relieve que, en estos casos, «el asegurador que se subroga en la obligación indemnizatoria tiene derecho a repetir sobre el asegurado culpable para resarcirse del perjuicio que a su vez sufre por esa conducta culpable», por lo que, en último término, el problema que puede plantear la frecuente insolvencia de los asegurados habría de ser afrontado desde la perspectiva de las primas del seguro. En el caso que se examina en esa Sentencia, la parte recurrente impugna la Sentencia de instancia fundamentalmente porque es contrario a la esencia del seguro la cobertura de los hechos dolosos, porque el hecho causante de las lesiones e incapacidad de la víctima ha sido una conducta del acusado ejecutada con dolo directo de primer grado, y porque, por ello, dicha conducta está fuera del marco de un «hecho de la circulación»; pretendiendo así fundamentar su impugnación —desde la perspectiva de la normativa jurídica vigente— en los preceptos cuya infracción se denuncia en el motivo. Entre dicha normativa, se cita la Convención Europea sobre responsabilidad civil en caso de daños causados por vehículos automóviles (art. 11) y la Directiva de la CEE de 24 de abril de 1972 [LA LEY 586/1972] —de la que son «destinatarios» los Estados miembros—. Tanto la Convención como las Directivas de la CEE han pretendido fundamentalmente armonizar, en esta materia, los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y mejorar la posición de las víctimas. Reflejo de estos compromisos internacionales han sido las reformas legales introducidas por el legislador en nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas las citadas expresamente por la parte recurren-

te: el art. 1.4 de la LRCSCVM [LA LEY 376/1968], reformado por la Ley 14/2000, [LA LEY 3654/2000] el art. 1.1 de la Ley 30/1995 [LA LEY 3829/1995] y del RD Legislativo de 29 de octubre de 2004, [LA LEY 1456/2004] y los arts. 3 y 9 del Reglamento del Seguro Obligatorio, de 12 de enero de 2001 [LA LEY 81/2001]. El Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor [LA LEY 1459/2004] dispone, en el art. 1, que «1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de éstos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación. (...) 4. Reglamentariamente, se definirán los conceptos de vehículos a motor y hecho de la circulación, a los efectos de esta ley. En todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes». El Reglamento del Seguro Obligatorio (RD 7/2001, de 12 de enero [LA LEY 81/2001]), establece, en su art. 3, «1. A los efectos de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y del seguro de suscripción obligatoria regulado en este Reglamento, se entienden por hechos de la circulación los derivados del riesgo creado por la conducción de los vehículos a motor a que se refiere el artículo anterior, tanto por garajes y aparcamientos, como por vías o terrenos públicos o privados aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, así como por vías o terrenos que sin tener tal aptitud sean de uso común»; y, en el art. 3, que «4. Tampoco tendrá la consideración de hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes. En todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el CP [LA LEY 3996/1995] como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el art. 383 de dicho CP»; y, en el art. 9, «1. El seguro de suscripción obligatoria comprende la cobertura de los daños a las personas y en los bienes causados a los perjudicados por hechos de la circulación, sin perjuicio de las exclusiones recogidas en el artículo siguiente» (que se refiere a los siguientes supuestos: a) muerte o lesiones del conductor del vehículo; b) daños sufridos por el vehículo, por las cosas transportadas y aquellas que sean propiedad de las personas que se citan; y c) los daños a las personas y en los bienes causados por un vehículo robado). En atención a las últimas reformas legales sobre la materia, se ha estimado procedente celebrar un nuevo pleno no jurisdiccional de esta Sala con objeto de precisar el alcance de las mismas en relación con los criterios adoptados en su día, en los plenos no jurisdiccionales anteriormente citados, como consecuencia de los cuales la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que la cobertura del Seguro Obligatorio del Automóvil «sólo quedará excluida excepcionalmente cuando se utilice un vehículo exclusivamente como instrumento del delito, a través de una acción totalmente extraña a la circulación» (179/1997, de 29 de mayo, [LA LEY 6362/1997] y 773/2004, de 23 de junio [LA LEY 13729/2004]); por cuanto una aplicación estricta de los términos de esta doctrina podría ser contraria a la mencionada reforma legal. En la deliberación llevada a cabo sobre esta materia, en el pleno no jurisdiccional del día 24 de abril de 2007 [LA LEY 23079/2007, se puso de manifiesto que la repetida reforma legal afectaba directamente a la línea jurisprudencial adoptada por esta Sala, y que, en consecuencia, era preciso determinar claramente «qué debe entenderse por hecho de la circulación» y valorar correctamente —desde la perspectiva del dolo de la acción— la circunstancia de que el vehículo de motor haya sido utilizado por el sujeto como instrumento para la comisión del delito contra las personas o los bienes, en cuanto el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor [LA LEY 1459/2004] se refiere a daños causados «con motivo de la circulación» (art. 1.1), y determina claramente que «en todo caso, no se considerarán hechos de la circulación los derivados de la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes» (art. 1.4). Principios recogidos igualmente en el

Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor [LA LEY 12751/2008], en el que se precisa algo más sobre el particular, al decirse que «en todo caso, será hecho de la circulación la utilización de un vehículo a motor en cualquiera de las formas descritas en el Código Penal como conducta constitutiva de delito contra la seguridad del tráfico, incluido el supuesto previsto en el art. 383 de dicho CP [LA LEY 3996/1995]» (art. 3.3), con lo que parece evidente que únicamente deben quedar fuera de la cobertura del Seguro Obligatorio los daños causados por «dolo directo». Y, en este sentido, el Pleno de la Sala tomó el siguiente acuerdo: «No responderá la aseguradora con quien tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil cuando el vehículo de motor sea instrumento directamente buscado para causar el daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor», con lo que se viene a eliminar la exigencia de que el hecho enjuiciado constituyera una acción totalmente extraña a la circulación como se había mantenido hasta el momento por la jurisprudencia de esta Sala.

Cuando en las condiciones generales existe una cláusula de exclusión para el supuesto de embriaguez, sólo procede indemnizar dentro de los límites del seguro obligatorio (240/2000, de 23 de febrero [LA LEY 44620/2000]).

No existiendo en la fecha de los hechos regulación legal o reglamentaria que establezca la obligación de asegurar, y establecidos convencionalmente los límites a esa obligación en la cantidad de cinco millones de pesetas por siniestro, la condena a la compañía de seguros como responsable civil directo no puede superar esa cifra (994/2002, 27 de mayo [LA LEY 5826/2002]).

La doctrina jurisprudencial exige, al menos, que la compañía aseguradora sea oída en lo relativo a su afianzamiento y, por supuesto, que se haya producido una pretensión indemnizatoria expresa, respecto de la misma, por parte de los perjudicados, pues no olvidemos que nos hallamos en el ámbito de lo civil y, por ende, bajo la vigencia del principio de justicia rogada, y, en definitiva, con la exigencia también de un pronunciamiento expreso, susceptible de ejecución, por parte del Tribunal que dicta la condena —STC 19/2002, de 28 de enero [LA LEY 3043/2002], y SSTS de 16 de febrero [LA LEY 86179-NS/0000], 18 de marzo [LA LEY 12051-JF/0000] y 25 de junio de 1987 [LA LEY 110-2/1987], **4 de junio de 1990**, 11 de octubre de 1991 [LA LEY 413/1992], 30 de mayo de 1992 [LA LEY 3007-JF/0000] y 23 de diciembre de 2002 [LA LEY 1540/2003] entre otras— (70/2009, de 7 de enero [LA LEY 678/2009]). Aun cuando la aseguradora no fue parte durante la instrucción, las partes acusadoras formularon una pretensión civil frente a aquélla, de la que se dio traslado a la misma, y que fue debatida en el acto del juicio oral, en el que la aseguradora contó con todas las posibilidades de alegación, contradicción y prueba en defensa de sus posiciones, por lo que no cabe apreciar indefensión alguna (1137/1998, de 4 de diciembre). No es suficiente para que no se produzca indefensión que la aseguradora haya intervenido en el procedimiento como acusación, sino que debe darse traslado a aquélla de las pretensiones deducidas frente a ella para formular escrito de defensa (568/2002, de 3 de abril [LA LEY 5938/2002]).

Artículo 118.

1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los números 1.º, 2.º, 3.º, 5.º y 6.º del art. 20, no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

1.^a En los casos de los números 1.º y 3.º, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

2.^a Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del número 2.º.

3.^a En el caso del número 5.º serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

4.^a En el caso del número 6.º, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

2. En el caso del art. 14, serán responsables civiles los autores del hecho.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 154, 171, 222, 303 y 1903.

LRRPM (§ 3.4): art. 61.

Frente al sistema del anterior CP que cargaba directamente la responsabilidad civil por hechos cometidos por los inimputables a aquellas personas que los tuvieran bajo su potestad, tutela o guarda, salvo el caso de que esas personas no existieran o fueran insolventes, el nuevo Código hace recaer la responsabilidad civil directa siempre en el propio inimputable, y una vez establecida tal responsabilidad civil, admitiendo responsables solidarios, junto a esos inimputables. En consecuencia, los declarados exentos de responsabilidad criminal de los núms. 1.º y 3.º del art. 20 CP, son personalmente responsables civiles, sin perjuicio de la responsabilidad civil también directa de las personas que los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, pero condicionada a que haya habido por su parte culpa o negligencia, no penal sino del género de la regulada en el art. 1104 del CC —diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, o a un buen padre de familia— (534/2004, de 22 de abril [LA LEY 12759/2004]).

La norma, contenida en el art. 116 CP establece con carácter general que la responsabilidad civil tiene como antecedente necesario la responsabilidad penal, pero excepcionalmente el art. 118 dispone que en determinados supuestos, la responsabilidad civil *ex delicto* derivada de la realización de ilícitos penales no queda excluida aun cuando los autores del acto que la genera no sean declarados penalmente responsables, por apreciarse la concurrencia de una circunstancia eximente. Esta excep-

ción resulta aplicable, como es lógico, tanto a la responsabilidad civil directa como a la subsidiaria, por lo que no cabe excluir la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por el hecho de que el agente policial, ocasionador del daño, haya sido declarado penalmente inimputable. El art. 118.1.º.1 al disponer que son también responsables por los hechos que ejecutaren los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda de hecho, no está estableciendo un régimen sustitutorio de quienes sean civilmente responsables, directos o subsidiarios, conforme a la normativa ordinaria, sino complementario (1573/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 260/1999]). La finalidad del art. 118 CP es ampliar el círculo de deudores de la responsabilidad civil (1648/2002, de 14 de octubre [LA LEY 11525/2003]). El art. 118 establece que la exención de responsabilidad criminal —en los supuestos que refiere— no comprende la de la responsabilidad civil, que, por tanto, pesará sobre el propio inimputable, sobre las personas que lo tengan bajo su custodia y sobre la aseguradora (970/2002, de 28 de mayo [LA LEY 7315/2002]).

En el caso de las personas que tengan bajo su potestad o guarda al inimputable, tanto el art. 118.1.º como el 120.1.º CP —*lex posterior* con respecto al Código Civil— exigen que haya mediado por parte de aquéllos culpa o negligencia, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada (473/1999, de 26 de marzo [LA LEY 2947/1999]).

Con arreglo a lo dispuesto en el apartado segundo del art. 20 CP anterior, al no estar incapacitado el culpable en el momento de cometer los hechos no existía persona que le tuviera bajo su potestad o guarda legal (el actual art. 118 hace también referencia a la guarda de hecho), será el propio agente comisor el que debe responder con sus bienes de las indemnizaciones que resulten de su acción delictiva (819/1998, de 12 de junio [LA LEY 8438/1998]).

Artículo 119.

En todos los supuestos del artículo anterior, el Juez o Tribunal que dicte sentencia absoluta por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a fijar las responsabilidades civiles salvo que se haya hecho expresa reserva de las acciones para reclamarlas en la vía que corresponda.

CONCORDANCIAS

CP: art. 109.2.
LECr.: art. 111.

Artículo 120.

Son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente:

1.º Los padres o tutores, por los daños y perjuicios causados por los delitos o faltas cometidos por los mayores de dieciocho años sujetos a su patria potestad o tutela y que vivan en su compañía, siempre que haya por su parte culpa o negligencia.

2.º Las personas naturales o jurídicas titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando los medios de los que sean titulares, dejando a salvo lo dispuesto en el art. 212 de este Código.

3.º Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción.

4.º Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios.

5.º Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 171, 222, 1783, 1784, 1903 y ss.

LECrim.: arts. 615 y ss.

Aspectos generales

En cuanto al problema que se detecta en relación a la fijación de cuotas indemnizatorias y su incidencia en el responsable civil subsidiario:

Es cierto que el art. 116 CP establece que cuando sean dos o más los responsables de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno. Sin embargo, esta norma de obligado cumplimiento y que, en realidad, refleja el concepto de las obligaciones mancomunadas, está referida exclusivamente a las relaciones internas entre los responsables penales, pero no a su relación externa con la víctima o víctimas del delito cometido, pues en este aspecto o área de la responsabilidad civil surge como norma general y aplicable la de la solidaridad que proclama el propio art. 116. Es decir, cuando existe coautoría —o, en segundo plano, complicidad conjunta— el sistema de cuotas únicamente incide en cada uno de los obligados respecto a los demás, también obligados, pero no respecto a los perjudicados, quienes pueden exigir la totalidad de lo debido a cualquiera de ellos, sin perjuicio de que una vez satisfecha la deuda por el reclamado, éste se convierta en acreedor de los demás en la cuota-parte que a cada uno le hubiera sido asignada. Esas mismas reglas cabe extenderlas a la responsabilidad civil subsidiaria, de forma que cuando dicha responsabilidad se hace efectiva al responsable de esta clase cabe exigirle lo mismo que al responsable criminal y civil directo respecto del que está declarado responsable civil subsidiario, ya que esas obligaciones subsidiarias por su propia naturaleza hay que medirlas con los mismos parámetros que las directas, de tal manera que si el acreedor directo debe responder de manera solidaria, en el mismo grado de responsabilidad hemos de entender que se halla el subsidiario, quien únicamente se distingue de aquél en lo que podríamos llamar orden de prelación de créditos, pues los afectados con derecho a indemnización sólo podrán reclamar al

segundo responsable cuando hayan agotado sus posibilidades de resarcimiento respecto al acreedor principal (895/1997, de 26 de septiembre [LA LEY 9933/1997]).

La fusión de empresas en modo alguno excluye las responsabilidades jurídicas en las que hubiera podido incurrir una de las sociedades integradas en el complejo con todas sus relaciones jurídicas y obligaciones contraídas (430/2007, de 30 de abril [LA LEY 26744/2007]).

Para declarar la responsabilidad civil subsidiaria de una persona física o jurídica la misma debe haber sido llamada al proceso con posibilidad de defenderse y probar que por su parte había existido una conducta en la que no pudiera tachárseles de haber incurrido en culpa o negligencia, ya que es principio indiscutible que nadie puede ser condenado sin ser previamente oído y teniendo previamente posibilidad de defenderse (1436/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 148741/2002]). No obstante, sí cabe el embargo de bienes de quien todavía no es parte, porque va a permitir, en la correspondiente pieza, que el embargado pueda efectuar alegaciones, proponer prueba y en definitiva obtener una decisión fundada conforme o adversa con lo que haya interesado (146/2004, de 6 de febrero [LA LEY 1598452/2004]).

Las pretensiones de un responsable civil subsidiario se limitan a las cuestiones relativas a la responsabilidad a él atinente (1779/2002, de 30 noviembre [LA LEY 10829/2003]). En el mismo sentido, la 684/2004, de 25 de mayo [LA LEY 11496/2004], pero reconociendo que en algunas ocasiones se ha permitido al responsable civil subsidiario argumentar sobre ciertas cuestiones en las que, careciendo, en principio, de legitimación, repercuten indirectamente en derechos propios.

Padres o tutores

El art. 120.1.º CP exige varios requisitos para que proceda declarar su responsabilidad. En primer lugar, ha de tratarse de hechos cometidos por mayores de dieciocho años, en congruencia con la regulación independiente de la responsabilidad civil en caso de tratarse de menores de esa edad, irresponsables penalmente. En segundo lugar, han de estar sometidos a patria potestad o tutela; tratándose de los padres esa patria potestad es la prorrogada a que se refiere el art. 171 del Código Civil. En tercer lugar, han de vivir en su compañía. En cuarto lugar, debe existir por su parte culpa o negligencia. En consecuencia, no procede la responsabilidad civil subsidiaria de los padres o tutores si el autor de los hechos es mayor de edad, no está incapacitado legalmente y no padece enfermedad alguna que pudiera dar lugar a su incapacidad (1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]).

Esta responsabilidad civil subsidiaria *ex delicto* no responde exactamente a los mismos principios que la responsabilidad civil extracontractual regulada en el art. 1903 CC. En este artículo, tras ser enumeradas las personas y entidades que deben responder de los daños ocasionados por quienes dependen de ellos en razón de alguno de los vínculos expresamente previstos, se dice: «la responsabilidad civil de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño», lo que claramente significa objetivizar la responsabilidad civil desplazando la carga de la prueba sobre las personas de las que dicha responsabilidad se cuestiona. Por el contrario, tanto el art. 118.1.º como el 120.1.º CP —*lex posterior* con respecto al Código Civil— exigen que haya mediado culpa o negligencia en quienes hayan de responder civilmente, lo que sólo puede ser interpretado en el sentido de que la culpa o negligencia tiene que ser probada (473/1999, de 26 de marzo [LA LEY 2947/1999]).

Titulares de establecimientos en los que se comete el delito

La responsabilidad civil subsidiaria que se regula en el número 3.º del art. 120 condiciona el surgimiento de tal responsabilidad para personas naturales o jurídicas a: 1.º) que sean titulares de los establecimientos en los que los delitos o faltas se cometan; 2.º) que las personas que las dirijan o administren o sus dependientes o empleados hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad. También los términos que aquí se utilizan son de la mayor amplitud en el sentido de definir las personas que tengan la capacidad de determinar el surgimiento de la responsabilidad civil que son tanto las que realizan funciones dirigentes como las que desempeñan otras tareas subordinadas como dependientes o empleados. La infracción podrá ser tanto por acción como por omisión y las normas que sean infringidas pueden haber adoptado tanto la forma general de reglamentos de policía, entendiendo por ello el orden y buen gobierno, como, la más especial y concreta, de simple disposición adoptada por quien sea autoridad —en sentido de jerarquía— y, evidentemente, obre en cumplimiento de sus funciones; y 3.º) esos reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad es preciso que tengan con el hecho punible una relación tal que, sin su infracción, el hecho no se hubiera producido. Si la definición de las personas que pueden ser civilmente responsables y de los establecimientos de que sean titulares son amplias, así como la enumeración de las que pueden con su acción u omisión determinar el surgimiento de la responsabilidad, la referencia a los reglamentos de policía y a las disposiciones de la autoridad se restringen a aquellas cuya infracción esté relacionada causalmente con la ocurrencia del hecho punible. Claramente se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del hecho penalmente sancionado mediante una conducta infractora de normas —1308/2002, de 13 de julio [LA LEY 7747/2002]—. De forma semejante se ha dicho que los requisitos legales que son necesarios para el nacimiento de dicha responsabilidad civil, son los siguientes: a) que se haya cometido un delito o falta; b) que tal delito o falta se haya cometido en un establecimiento dirigido por el sujeto pasivo de dicha pretensión; c) que se haya infringido un reglamento de policía o alguna disposición de la autoridad, entendidos estos reglamentos como normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por Ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros); d) que dicha infracción sea imputable no solamente a quienes dirijan o administren el establecimiento, sino a sus dependientes o empleados; e) que tal infracción esté relacionada con el delito o falta cometido de modo que éstos no se hubieran producido sin dicha infracción (nexo de causalidad, operativo, eficaz y eficiente) (229/23007, de 22 de marzo [LA LEY 10733/2007]).

La tendencia de la jurisprudencia de esta Sala ha sido objetivar en la medida de lo posible la responsabilidad civil subsidiaria de tales titulares de los establecimientos en donde se cometan los delitos o faltas, marcando dos ejes en su interpretación: el lugar de comisión de las infracciones penales (en tanto, su control es mayor por producirse precisamente tales ilícitos en espacios físicos de su titularidad dominical) y la infracción de normas o disposiciones de autoridad que estén relacionadas causalmente con su misma comisión, al punto que propician la misma. Pero obsérvese que el precepto no reside únicamente en los titulares de tales establecimientos (o que los dirijan o administren) tal infracción reglamentaria, sino también en los mismos dependientes o empleados. Por lo demás, continúan vigentes los tradicionales criterios empleados por esta Sala Casacional en materia de responsabilidad civil subsidiaria, que se fundamentan en la *culpa in eligendo* y en la *culpa in vigilando*, como ejes sustanciales de dicha responsabilidad civil. No nos movemos, pues, en este ámbito en puro Derecho penal, sino precisamente en derecho civil resarcitorio de la infracción penal cometida, como acción distinta aunque acumulada, al proceso

penal por razones de utilidad y economía procesal, con finalidad de satisfacer los legítimos derechos (civiles) de las víctimas. De modo que la infracción reglamentaria debe ser enjuiciada con criterios civiles, y no propiamente extraídos de la dogmática penal *estrictamente*, por más que su regulación se aloje de ordinario en los códigos penales (140/2004, de 9 de febrero [LA LEY 824/2004]). En el caso de entidades bancarias se ha llegado a reconocer una responsabilidad civil subsidiaria *ope legis*, sin necesidad de que exista una infracción por parte de sus empleados o directivos (599/2005, de 10 de mayo [LA LEY 1641/2005]).

Se ha señalado que el número tercero del art. 120 del Código Penal es un precepto mucho más amplio que los arts. 21 y 22 del CP 1973 (615/2001, de 12 de abril [LA LEY 4756/2002]) y, además, la doctrina jurisprudencial viene interpretando extensivamente la norma. Así, se ha considerado que: establecimiento puede ser un molino (1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]); la relación entre el autor del delito y el titular del establecimiento puede ser familiar (928/2003, de 27 de junio [LA LEY 44/2003]); los reglamentos incluyen las normas de actuación profesional en el ramo de que se trate (abarcando cualquier violación de un deber impuesto por ley o por cualquier norma positiva de rango inferior, incluso el deber objetivo de cuidado que afecta a toda actividad para no causar daños a terceros), declarando así la responsabilidad de la entidad bancaria en el caso del pago de un cheque falsificado (615/2001, de 12 de abril [LA LEY 4756/2002]).

Con base en el art. 120.3.º CP se viene declarando la responsabilidad civil subsidiaria del **Estado**, señalando que los arts. 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el art. 121, lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el art. 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado (1171/2000, de 30 de junio [LA LEY 10004/2000] y 35/2005, de 20 de enero [LA LEY 905/2005]). Igual doctrina se había consolidado a la hora de interpretar los arts. 21 y 22 del anterior CP —precedentes de los actuales 120 y 121—, señalando que la responsabilidad que se reside en el art. 21 se orienta por razón del lugar —establecimiento— en el que se comete el hecho delictivo y gira en torno a la idea de culpa, infracción de reglamentos generales o especiales de policía, y extiende su cobertura ya se cometa el delito o falta por los dependientes o por un tercero, mientras que la del art. 22 se decanta por la idea de dependencia del sujeto que ha generado, por su acción u omisión, un daño (1246/1995, 13 de diciembre de 1995 [LA LEY 884/1996], 316/1996, de 20 de abril [LA LEY 5189/1996] y 188/1997, de 14 de febrero [LA LEY 3800/1997]). Profundizando en la interpretación armónica de los arts. 120.3.º y 121, la 355/2008, de 3 de junio [LA LEY 92708/2008], pone de manifiesto que hay que recordar que la responsabilidad civil subsidiaria del Estado u otros entes públicos por hechos ocurridos en las prisiones tiene dos fuentes de creación no excluyentes y, por el contrario armónicas porque se refieren a situaciones y conductas diferentes. Estas dos fuentes están constituidas por el art. 120.3.º y el art. 121 del CP.

La responsabilidad civil subsidiaria con apoyo en el art. 120.3.º se justifica por dos notas, una positiva y otra negativa: a) el escenario donde se comete el hecho delictivo, un centro penitenciario gestionado por el Estado, o, en este caso por la Generalidad en virtud de la transferencia operada en su día; y b) como nota negativa la ausencia de cualquier vínculo laboral administrativo

entre el agente del hecho delictivo y el ente público. La responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás organismos públicos con apoyo en el art. 121 del mismo texto, tiene como núcleo esencial de anclaje la dependencia funcional del autor del delito con los entes públicos citados en dicho artículo, con independencia del lugar o escenario en el que se cometa el delito, por ello las condiciones para su declaración exigen la concurrencia de: a) vínculo personal del autor del hecho delictivo con la Administración concernida, tiene que ser un funcionario público en el sentido amplio al que se refiere el art. 24 CP [LA LEY 3996/1995]; b) que el hecho se haya cometido en el ejercicio de sus funciones; y c) que la lesión o daño se haya producido como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos confiados al autor. Por eso, esta Sala, en el **Pleno no Jurisdiccional de 28 de mayo de 2000** declaró que «El art. 121 del nuevo CP [LA LEY 3996/1995] no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos en establecimientos sometidos a su control, cuando concernían infracciones reglamentarias en los términos del art. 120-3.º del CP». Se trata en definitiva de dos supuestos autónomos e independientes. Es evidente que tratándose de un delito cometido contra un interno por otro interno, el anclaje normativo para derivar una responsabilidad civil subsidiaria se encuentra en el art. 120-3.º CP. Los requisitos exigibles para en este ámbito declarar tal responsabilidad civil subsidiaria son de acuerdo con la 35/2005, de 20 de enero [LA LEY 905/2005], son: a) que los hechos delictivos se hayan cometido en un establecimiento del que sea titular o esté contratado por el Estado o los demás organismos públicos concertados, que en el presente caso se concreta en el Departamento de Justicia de la Generalidad en virtud de la transferencia de la materia penitenciaria operada en su día; b) que sea verificable y constatable la vulneración de la Ley o demás disposiciones, que en el presente caso se deben concretar en la violación tanto de la Ley General Penitenciaria [LA LEY 2030/1979] como del Reglamento Penitenciario [LA LEY 955/1981]; c) que dicha vulneración esté relacionada con el hecho punible cometido, es decir, dicha omisión debe ser causalmente influyente en la producción del hecho enjuiciado, lo que exige un examen cuidadoso de forma individualizada, es decir, caso a caso. Con idéntica doctrina pueden citarse las recientes 47/2007 de 8 de enero [LA LEY 1245/2007], y 433/2007 de 30 de mayo [LA LEY 42157/2007], en ellas a la vista de las concurrentes circunstancias en los casos enjuiciados se declaró la Responsabilidad Civil Subsidiaria de la Generalidad de Cataluña y del Estado, respectivamente, en relación a delitos ocurridos en el ámbito penitenciario. En sentido análogo, la 1461/2003, de 4 de noviembre [LA LEY 199/2004], citando la 860/2003, de 13 de junio [LA LEY 11283/2004] y 35/2005, de 20 de enero [LA LEY 905/2005], había dicho que los requisitos en orden a la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado o de otras Administraciones Públicas por la comisión de una infracción delictiva por terceros son los siguientes: 1.º Que se cometan en un establecimiento del que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos. 2.º Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible. 3.º Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria causalmente influyente en el delito cuyos daños se tratan de resarcir.

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por razón del lugar ha sido declarada en el caso de muerte producidas en establecimientos penitenciarios (135/2001, de 31 de enero [LA LEY 3569/2001] y 954/2000, de 28 de junio [LA LEY 9882/2000] y en el de delitos cometidos en los Centros de Internamiento de Extranjeros (35/2005, de 20 de enero [LA LEY 905/2005]).

Personas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores

La doctrina jurisprudencial más reciente prescinde de las ideas de la *culpa in vigilando* o *culpa in eligendo* y sitúa el fundamento de esta responsabilidad subsidiaria en consideraciones de orden objetivo, por entender que quien se beneficia —entendiendo esta expresión beneficio de modo muy amplio— de la actividad de una persona ha de soportar los perjuicios que de tal actividad pudieran derivarse —*cuyus commoda, eius incommoda*—: teoría del riesgo creado (1789/2002, de 31 de octubre [LA LEY 108/2003], 1557/2002, de 17 de octubre [LA LEY 1735/2003], y 1570/2002, de 27 de septiembre [LA LEY 11481/2003], entre otras). La interpretación de estos parámetros de imputación se hace con amplitud, no sólo según los criterios de la *culpa in eligendo* y la *culpa in vigilando*, sino también, y muy especialmente, conforme a la teoría de la creación del riesgo, de manera que quien se beneficia de actividades que de alguna forma puedan generar un riesgo para terceros debe soportar las eventuales consecuencias negativas de orden civil respecto de esos terceros cuando resultan perjudicados. El ATS 1987/2000, de 14 de julio, admite incluso la aplicación de esta clase de responsabilidad civil en los casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en su principal, «bastando para ello una cierta dependencia, de forma que se encuentre sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste la posibilidad de incidir sobre la misma», lo que constituye una versión inequívoca de la teoría de creación del riesgo mencionada más arriba (822/2005, de 23 de junio [LA LEY 2025035/2005]). Ahondando en la cuestión la 85/2007 de 20 de febrero [LA LEY 3284/2007], ha destacado que el postulado del art. 1902 CC [LA LEY 1/1889] —propio del liberalismo de la época basado en el principio no hay responsabilidad sin culpa—, ha venido a ser sustituido, en aras a la creciente exigencia de atención y protección a las víctimas por los daños derivados de comportamientos humanos, por el de no ha de haber daño derivado de un riesgo previsto sin justa indemnización, más propio de un Estado social de Derecho proclamado en el art. 1 CE. En su consecución se abrió paso el principio de creación de riesgo como fundamento de la obligación de indemnizar los daños causados. De la constatación en la infracción de reglamentos y de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, ya clásicas, se ha pasado a una fundamentación basada en el servicio útil, la creación del riesgo o del propio beneficio.

Los requisitos que se vienen exigiendo para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria son los siguientes: 1.º que el infractor y el presunto responsable civil subsidiario se hallen ligados por una relación jurídica o de hecho o por cualquier otro vínculo, en virtud del cual el primero se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente, o puramente circunstancial y esporádica, de su principal o, al menos, que la tarea, actividad, misión, servicio o función que realice cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario; 2.º que el delito que genera una y otra responsabilidad se halle inscrito dentro del ejercicio, normal o anormal de las funciones encomendadas en el seno de la actividad, cometido o tarea confiados al infractor, perteneciendo a su esfera o ámbito de actuación (51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008], 298/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003] y 1789/2002, de 31 de octubre [LA LEY 108/2003], entre otras), aunque la acción en sí misma no se inscribiera rigurosamente en ese ámbito (1727/2002, de 22 de octubre [LA LEY 8004/2002], con cita de la de 28 de diciembre de 1990 [LA LEY 1244/1991], 1884/1944, de 29 de octubre de 1994 [LA LEY 27435-JF/0000] y 568/1995, de 12 de abril [LA LEY 2499/1995]) y aunque haya alguna extralimitación respecto de tales funciones —extralimitaciones siempre hay cuando se cometen infracciones penales— (1557/2002, de 17 de octubre [LA LEY 1735/2003], 299/2002, de 15 de febrero [LA LEY 36640/2002] y 932/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9166/2000], entre otras), como

podiera ser el caso de cantidades recibidas por empleados fuera de la entidad bancaria, en el que se ha mantenido la responsabilidad civil subsidiaria de ésta (605/1998, de 30 de abril [LA LEY 7867/1998]). Y, en fin, la expresión «en el desempeño de sus obligaciones o servicios» abarca tanto la esfera objetiva como la subjetiva, es decir, la realización de actos propios del objeto social del principal y también las acciones o actividades desarrolladas por el empleado o dependiente como tal, siempre y cuando se deduzca, aun aparentemente, por los terceros que lo son dentro del marco de dicha relación (1491/2000, de 2 de octubre [LA LEY 34/2001]). También se ha dicho, matizando esos requisitos, que: 1.º No es necesario que la relación entre el responsable penal y el civil tenga un carácter jurídico concreto, ni menos aún que se corresponda con una determinada categoría negocial, pudiendo tratarse de un vínculo de hecho en méritos del cual el responsable penal se halle bajo la dependencia, onerosa o gratuita, duradera y permanente o puramente circunstancial y esporádica de un principal o, al menos, la tarea, actividad, misión, servicio o función que realiza, «cuenten con el beneplácito, anuencia o aquiescencia del supuesto responsable civil subsidiario». 2.º No es exigible que la actividad concreta del sujeto activo de la acción penal «redunde en beneficio» de ese responsable subsidiario. 3.º Basta con la existencia de una «cierta dependencia», de modo que la actuación del primero «esté potencialmente sometida a una cierta intervención del segundo». 4.º Finalmente, el delito generador de una y otra responsabilidad ha de hallarse comprendido dentro de un ejercicio, normal o anormal, de las funciones encomendadas, relacionado con la actividad, cometido o tareas confiadas al infractor (307/2003, de 26 de enero de 2004 [LA LEY 11952]). Los requisitos o presupuestos señalados admiten una interpretación extensiva, dado el carácter civil de la materia, que no aparece limitada por los principios *in dubio pro reo* y presunción de inocencia, propios de las normas sancionadoras. Así, el presupuesto de la dependencia admite supuestos de actuación por mera amistad, liberalidad, aquiescencia, beneplácito. Y por servicio, la potencial utilización del acto para la empresa, entidad u organismo a cuyo servicio se encontrare el dependiente. Se han incluido las extralimitaciones al servicio, pues difícilmente se generaría la responsabilidad cuando el dependiente cumple escrupulosamente todas sus tareas, siempre que éste no extravase el ámbito o esfera de actuación que constituye la relación entre el responsable penal y el civil subsidiario (51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008], y 85/2007 de 20 de febrero [LA LEY 3284/2007]). En efecto, la jurisprudencia ha venido interpretando el art. 120.4 de forma cada vez más flexible, de modo que personas no responsables del delito o falta, pero relacionadas de algún modo con la actividad punible, pudieran ser obligadas a los correspondientes pagos civiles en beneficio de los perjudicados totalmente inocentes de los hechos criminales; y añade que basta la realización de actividad o prestación de servicios que potencialmente beneficien al responsable, sin que tampoco sea preciso un beneficio efectivo. Por otra parte dice la 2253/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 216182/2001], el delito siempre supone una extralimitación para la que no hay autorización del principal (371/2008, de 19 de junio [LA LEY 92715/2008]). Y en sentido análogo, las 1069/2007 de 28 de diciembre [LA LEY 232499/2007] y 577/2004, de 28 de abril [LA LEY 1526/2004].

Sólo la prohibición expresa del *dominus* y la desobediencia cierta y acreditada del encargado a las órdenes recibidas del principal, excluyen a éste de su responsabilidad subsidiaria (1570/2002, de 27 de septiembre [LA LEY 11481/2003] y de 18 de octubre de 1984 [LA LEY 9147-JF/0000], entre otras). Pero también debe descartarse que el empresario deba responder de todos los actos del empleado, sin atender a que los mismos tengan relación con su trabajo. Relación que según los casos habría que atender al dato espacial (el hecho delictivo tiene lugar en las instalaciones de la empresa); temporal (en el horario o tiempo de trabajo); instrumental (con medios de la empresa); formal (con uniforme de la empresa); o final (la actividad delictiva se orienta al beneficio de

la empresa) (51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]). Un delito contra la libertad sexual de su víctima cometido por el encargado del control de las instalaciones, en funciones tales como las de abrir y cerrar el local, es un comportamiento totalmente ajeno al contenido de su relación laboral, no puede, en consecuencia, afirmarse que el delito guardase relación alguna, al margen de las coincidencias meramente de tiempo y lugar, con el desempeño de sus obligaciones y servicios, con respecto a la relación laboral (806/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185340/2007]).

El mecanismo del levantamiento del velo de las sociedades puede utilizarse para establecer una responsabilidad civil subsidiaria, cuando la configuración de las diversas apariencias contractuales, pueden entenderse como constitutivas de un negocio simulado o ficticio, que constituye un verdadero fraude de ley (867/2002, de 27 de julio [LA LEY 6445/2002]).

En el caso de subcontrato el subcontratante no queda exonerado si se reserva labores de vigilancia o supervisión respecto de las labores del subcontratista (20 de marzo de 1984 [LA LEY 46718-NS/0000]).

Titulares de vehículos

Existe una presunción de autorización siempre que alguien conduzca un vehículo de titularidad ajena, trasladándose al propietario la carga de acreditar la inexistencia de tal autorización —por ejemplo, porque el vehículo fue indebidamente sustraído por el conductor, o porque fue previamente transmitido a éste—, y ello porque no es dable pensar, con carácter general, que un propietario desconozca que el vehículo de su pertenencia es conducido por un tercero, pues el titular del vehículo, en cuanto éste es un elemento de riesgo susceptible de causar daños a las personas o en los bienes, ha de tener en todo momento el control del mismo, sin que pueda imaginarse, salvo supuestos marginales y cuya prueba le incumbe, una conducción no autorizada por él. Y es doctrina de esta Sala que siempre que hay una persona que ejercita una actividad peligrosa, y en el desarrollo de tal actividad, en la que obra en interés o beneficio de otra persona, comete una infracción penal, es claro que cabe imponer la responsabilidad civil subsidiaria; incluso la jurisprudencia ha admitido la posibilidad de aplicación de esta clase de responsabilidad civil en casos en que la actividad desarrollada por el delincuente no produce ningún beneficio en quien ha de responder, bastando para ello que haya una cierta dependencia, de forma que se encuentra sujeta tal actividad, de algún modo, a la voluntad del principal, por tener éste posibilidad de incidir en la misma modificándola o interrumpiéndola, como ocurre, por ejemplo, en los casos de cesión gratuita de un vehículo a un tercero que lo utiliza en beneficio e interés propio, sin utilidad alguna para el cedente, o en casos de cesiones temporales del uso a familiares cercanos, sin entrar a debatir ni la naturaleza o circunstancias del delito ni los demás elementos de fondo que, en el caso concreto, pudieran excluir que entrara en juego aquella responsabilidad y tuviera relevancia el vínculo citado. Por todas, v. ATS 1987/2000, de 14 de julio [LA LEY 145274/2000], citando la 2217/1993, de 13 octubre [LA LEY 13452/1993] y las de 20 diciembre de 1989 y 10 de julio 1990 [LA LEY 70/1991].

El supuesto mencionado en el apartado quinto, es relativo a los titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquéllos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas. El tenor literal de este apartado es claro. En principio podría sostenerse que debe interpretarse en el sentido de excluir cualquier supuesto que no se refiera a los propietarios o titulares de vehículos. Pero tal interpretación conduce al absurdo si se valora la finalidad y el espíritu de la norma, pues carece de sentido establecer la responsabilidad civil subsidiaria de los titulares de vehículos basándose en que su utilización

puede crear riesgos para terceros y negarla para quienes lo son de otros instrumentos u objetos en cuya utilización se pueden crear riesgos incluso superiores. Una interpretación extensiva que atienda al sentido, finalidad y espíritu de la norma no sólo conduce a la responsabilidad civil de los titulares de los objetos por los daños causados cuando se trate de la utilización de vehículos, sino también de los daños causados como consecuencia del uso de cualesquiera objetos cuya utilización cree riesgos apreciables para terceros (928/2003, de 27 de junio [LA LEY 2571/2003] y 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]).

Artículo 121.

El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la Administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

CONCORDANCIAS

CE: art. 106.2.

CP: 120 3.º.

Si bien el art. 121 CP, referido a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos, sólo habla literalmente de «delitos» y no de «faltas», no es menos cierto que ello no implica necesariamente su exclusión a esos efectos, pues el vocablo delito ha de entenderse como sinónimo de «infracción penal», y así lo considera el Código vigente en varios de sus preceptos como, por ejemplo, los números 4.º y 5.º del art. 130, en relación con el 639, y los arts. 80.4 y 86, existiendo también el argumento de que si se incluyen de modo expreso los delitos culposos, con más razón deben incluirse las faltas dolosas. Se puede contra-argumentar que esa interpretación del precepto, aunque lógica, tiene un carácter extensivo que prohíbe la hermenéutica penal. Sin embargo, hay que tener en cuenta que aunque las cuestiones sobre responsabilidad civil nacida del delito, tanto las directas como las indirectas, estén reguladas o ubicadas por tradición legislativa (técnica no exenta de reproches) en el CP, su naturaleza jurídica es puramente civil, de ahí que no debe extrañar que las normas que las regulan puedan interpretarse por analogía, no ciñéndonos al estrecho margen que imponen las normas puramente penales. O lo que es lo mismo, y según hemos dicho, el vocablo «delito» que emplea el art. 121 hay que entenderle, en pura lógica, como «infracción penal», comprensivo, tanto de los delitos *stricto sensu*, como de las faltas (60/2007, de 6 de febrero [LA LEY 1531/2007], con cita de las 36/1997, de 11 de enero [LA LEY 4506/1997], y 895/1997, de 26 de septiembre [LA LEY 9933/1997]).

La doctrina de esta Sala ha ido mostrando una tendencia flexible y genérica, evolucionando de una fundamentación de la responsabilidad basada en la *culpa in eligendo* o in *vigilando*, a la cuasi objetivación de la misma, acudiendo a la progresiva doctrina de la creación del riesgo, habida cuenta de los términos del texto legal que no impiden tal enfoque hermenéutico (767/2004, de 16 de junio [LA LEY 1953742/2004]).

Los arts. 120.3.º y 121 del CP no son incompatibles entre sí y permiten una interpretación armónica. No existe antinomia entre ellos porque se refieren a situaciones distintas y conductas diferentes. En el art. 121, lo determinante es la dependencia funcional del autor del hecho punible con el Estado por cualquier título, administrativo o laboral, con independencia de cualquier consideración local o territorial. En el art. 120.3.º, por el contrario, lo decisivo es el lugar donde el hecho punible se comete. Las tipicidades descritas en ambos preceptos son autónomas y bien diferenciadas y pueden generar, cada una en su ámbito, la correspondiente responsabilidad civil subsidiaria del Estado (860/2003, de 13 de junio [LA LEY 11283/2004]), que se hace eco del Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2000, del siguiente tenor:

«El art. 121 del nuevo Código Penal no altera la jurisprudencia de esta Sala relativa a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los delitos cometidos en establecimientos bajo su control, cuando concurren infracciones reglamentarias en los términos del art. 120.3.º del Código Penal.

Consecuentemente, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y demás entes públicos se producirá en los siguientes casos:

a) Cuando los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, de los que proviene el daño a indemnizar:

- 1. Sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos.*
- 2. Que el hecho se hubiere cometido cuando éstos se hallaban en el ejercicio de sus cargos o funciones.*
- 3. Que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren confiados.*

b) Cuando no sean responsables, de los delitos productores del daño, las personas enumeradas (autoridades, funcionarios o asimilados) y se den las siguientes circunstancias:

- 1. Que se cometan en un establecimiento de los que sean titulares o se hallen sometidos al control del Estado y demás Organismos públicos.*
- 2. Que sus dirigentes, administradores, dependientes o empleados hayan infringido los reglamentos de policía o demás disposiciones de la autoridad, relacionados con el hecho punible.*
- 3. Que sin dicha infracción el tercero no hubiera cometido el delito. Ha de ser, pues, la infracción reglamentaria casualmente influyente en el delito, cuyos daños se tratan de resarcir».*

La relación de dependencia con el Estado se predica incluso de quienes cumplen el servicio militar (2192/2001, de 19 de noviembre [LA LEY 1045/2002], con cita de la 39/1999, de 22 de enero [LA LEY 2218/1999]).

En relación con la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por delitos cometidos por el uso del arma reglamentaria se ha producido el Acuerdo JG de 17 de julio de 2002 [LA LEY 135024/2002], cuyo tenor es el siguiente:

«La responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los daños causados por los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, por el uso del arma reglamentaria, se deriva de que, aun cuando el arma no se haya utilizado en acto de servicio, el riesgo generado con el hecho de portarla si es consecuencia directa del modo de organización del servicio de seguridad, por lo general más beneficioso para la sociedad, pero que entraña este tipo de riesgos.

Pero el mero hecho de la utilización del arma reglamentaria no genera de manera necesaria la responsabilidad civil del Estado, quedando ésta excluida en aquellos supuestos en los que el daño no sea una concreción del riesgo generado por el sistema de organización del servicio de seguridad.

Entre tales supuestos deben incluirse las agresiones efectuadas con el arma reglamentaria, en el propio domicilio del agente, contra sus familiares o personas que convivan con él.

Si bien, incluso en los casos mencionados en el apartado anterior, habrá responsabilidad civil subsidiaria del Estado, si existen datos debidamente acreditados, de que el arma debió habérsela retirado al funcionario por carencia de las condiciones adecuadas para su posesión».

La responsabilidad civil subsidiaria del Estado no ha sido declarada en el caso de un funcionario que no tenía en absoluto entre sus funciones la de obtener dinero de particulares, cuando, además, las personas que le entregaron dinero en repetidas ocasiones conocían, por sus condiciones culturales y profesionales, que las cantidades que entregaban no eran para la realización de función alguna pública y que redundara en beneficio de la Administración del Estado (755/2001, de 6 de julio [LA LEY 137266/2001]).

Cualquier hecho delictivo cometido en el curso de un permiso penitenciario no puede anudarse a una responsabilidad civil subsidiaria sino a un funcionamiento anormal de la Administración Penitenciaria, que debe ser soportada por el Estado y solidariamente por toda la sociedad (47/2007, de 8 de enero [LA LEY 1245/2007]).

No cabe la condena del Estado como responsable civil subsidiario cuando no ha sido parte en el proceso (1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003]).

Con base en este precepto se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria del Arzobispado de Madrid, ya que: 1.º) El Arzobispado de Madrid se constituye como una persona jurídica. 2.º) El acusado era Secretario de la vicaría de una parroquia dependiente del Arzobispado. 3.º) Los tocamientos sobre el menor se sucedieron en la propia vicaría. 4.º) Se han infringido disposiciones de la autoridad que están relacionadas con el hecho punible, ya que existen diversos cánones del Código de Derecho canónico obligan a labores de vigilancia y control sobre los párrocos de la diócesis (cánones 392, 515, 376, 386, o 523, que atribuye al Obispo diocesano la provisión de párroco debiendo éste tener las condiciones de persona idónea, canon 524). Concurren pues, todas las circunstancias que motivan la aplicación del art. 120.3.º del Código Penal al supuesto enjuiciado (1065/2007, de 7 de junio [LA LEY 216847/2007]).

Artículo 122.

El que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación.

CONCORDANCIAS

LECrIm.: arts. 615 y ss.

Se trata de la llamada receptación civil: aquel que no ha intervenido en el delito como autor o cómplice y tampoco puede ser responsable penal por receptación puede resultar obligado a la restitución de la cosa o al correspondiente resarcimiento si ha resultado beneficiado de los efectos del delito, siempre que ese beneficio haya sido obtenido a virtud de un título lucrativo. No se trata de un caso de responsabilidad civil *ex delicto*, sino de una aplicación al proceso penal de la nulidad de los contratos que, cuando tienen causa ilícita, produce unos determinados efectos respecto de las partes que intervinieron en el negocio, y para su concreción tiene en cuenta la posibilidad de que haya existido algún adquirente de buena fe y a título oneroso cuya posición tras el contrato nulo mereciera ser respetada (362/2003, de 14 de marzo [LA LEY 12504/2003]).

Los requisitos necesarios para la aplicación del precepto son:

a) Que exista una persona, física o jurídica, puesto que se trata de la exigencia de una responsabilidad civil y ésta es susceptible de hacerse contra los entes sociales con personalidad reconocida por el derecho, que hubiesen participado de los efectos de un delito o falta en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, por lo que quedan excluidas las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica.

b) Que el adquirente debe tener meramente conocimiento de la adquisición e ignorar la existencia de la comisión delictiva de donde provienen los efectos, a fin de impedir la aplicación del *crimen receptacionis* en concepto de autor o cómplice.

c) Que la valoración antijurídica de la transmisión de los objetos y su reivindicabilidad se ha de hacer de acuerdo con la normativa que regula el tráfico jurídico y la determinación del resarcimiento se realizará por la cuantía de la participación (368/2007, de 9 de mayo [LA LEY 20348/2007], 1024/2004, de 24 de septiembre [LA LEY 2093/2004], 142/2003, de 5 de febrero [LA LEY 1162/2003], 532/2000, de 30 de marzo [LA LEY 6113/2000], 298/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003], y 1438/1998, de 23 de noviembre [LA LEY 914/1999]).

La 253/2009, de 11 de marzo [LA LEY 4639/2009], ha establecido la posibilidad de exigir el pago de intereses en el caso de los partícipes a título lucrativo, cuando lo ilegítimamente apropiado fueron cantidades de dinero, y, por tanto, un valor que, en términos económicos, no se agota en el nominal del numerario en el momento del ilícito desplazamiento, sino que, en la proyección temporal de las consecuencias de las correspondientes acciones, comprende asimismo el interés que la suma o sumas sean susceptibles de producir, según corresponde a la naturaleza del dinero. El art. 122 CP responde al fin de evitar el ilícito enriquecimiento a que pudiera dar lugar la participación en los frutos de un delito, y, por tanto, la restitución debe comprender todo lo que en términos de valor se encuentre implícito en tal concepto. Ahora bien, por esto mismo, cuando hay cantidades que, una vez judicialmente bloqueadas, dejaron de producir para quienes

ilegítimamente se lucraban de ellas cualquier clase de beneficio, es obvio que se trata de un dato de relevancia en orden a la determinación de la responsabilidad civil, de la que tampoco podría derivarse legítimamente un lucro sin justificación para el perjudicado.

CAPÍTULO III

De las costas procesales

Artículo 123.

Las costas procesales se entienden impuestas por la Ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta.

CONCORDANCIAS

LECrim.: art. 240.2.º.

Pese a la confusa regulación de las costas en el proceso penal, tanto la doctrina procesalista actual como la jurisprudencia —224/1995, de 21 de febrero [LA LEY 2340/1995]; 61/1996, de 2 de febrero [LA LEY 3447/1996]; 876/1997, de 9 de octubre [LA LEY 10442/1997]; 2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998], entre otras—, coinciden en destacar su naturaleza procesal, cuyo fundamento no es el punitivo, sino el resarcimiento de los gastos procesales indebidamente soportados por la parte perjudicada por el proceso, bien sea la acusación particular, privada o la acción civil que representan a la víctima o perjudicado por el delito y deben ser resarcidos de gastos ocasionados por la conducta criminal del condenado, bien el condenado absuelto en caso de acusaciones infundadas o temerarias (1625/2003, de 27 de noviembre [LA LEY 439/2004]).

Las costas derivadas del juicio, ni son parte de los hechos de que se acusa ni de la calificación jurídica que les sea atribuida, sino tan sólo una consecuencia del juicio que necesariamente ha de resolverse en la Sentencia según establece el art. 239 LECrim. y que no implica cuestión constitucional alguna, sino tan sólo de legalidad ordinaria (821/2002, de 9 de mayo [LA LEY 10106/2003]).

No cabe imponerlas a los acusados que resultaren absueltos (421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]; 1595/2000, de 16 de octubre [LA LEY 383/2001] y 963/1999, de 10 de junio). Tampoco cabe imponerlas a los responsables civiles subsidiarios (298/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003]).

Cuando hay diversos condenados en una causa penal, el reparto de las costas debe hacerse estableciendo primero una distribución conforme al número de delitos, dividiendo luego la parte correspondiente a cada delito entre los distintos condenados, sin comunicación de responsabilidades de unos con otros en caso de insolvencia de alguno, y declarando de oficio la porción relativa a los delitos o acusados que resultan absueltos —SS, entre otras, de 17 de octubre de 1990 [LA LEY 542/1991], 22 de noviembre de 1990, 7 de mayo de 1991 [LA LEY 10580/1991], 15 de mayo de 1991 [LA LEY 10415/1991] y 5 de junio de 1991— (421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]). En sentido análogo, ATS de 18 de enero de 2002 [LA LEY 15515/2002]; 1525/2002, de 26 de septiembre [LA LEY 10207/2003] y 755/2001, de 6 de julio [LA LEY 137266/2001].

En los supuestos en que exista un procesado rebelde, las costas deben distribuirse en proporción al número de imputados sólo hasta el momento en que se hubiera producido la declaración de rebeldía; y, a partir de entonces, las mismas no deberían gravar más que a los presentes y contra los que se siguieron realmente las restantes actuaciones (1889/2002, de 13 de noviembre [LA LEY 780/2002], con cita de la de 23 de marzo de 1987 [LA LEY 12059-JF/0000]).

Artículo 124.

Las costas comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales e incluirán siempre los honorarios de la acusación particular en los delitos sólo perseguibles a instancia de parte.

CONCORDANCIAS

LECrim.: art. 241.

La doctrina jurisprudencial en materia de imposición de las costas de la acusación particular, con excepción de algunas resoluciones aisladas que se apartan del criterio jurisprudencial consolidado, puede resumirse en los siguientes criterios:

1) La condena en costas por delitos sólo perseguibles a instancia de parte incluyen siempre las de la acusación particular.

2) La condena en costas por el resto de los delitos incluyen como regla general las costas devengadas por la acusación particular o acción civil —956/1998, de 16 de julio [LA LEY 8668/1998]; 430/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5002/1999] y 1292/1999, de 15 de septiembre, entre otras muchas—.

3) Es principio general el de la inclusión, en la condena en costas, de las ocasionadas por la acusación particular, la misma ha de darse por supuesta de modo que, aun en ausencia de motivación que justifique lo contrario, deben de ser tenidas éstas, hasta tácitamente, como incluidas en la resolución condenatoria, salvo que se dé la excepcional circunstancia de que la intervención de esa parte haya resultado realmente inútil, superflua o hasta perturbadora para el correcto desarrollo del procedimiento. En cuyo caso así debe ser dicho y motivado por el Juzgador, pronunciándose expresamente en el sentido de la exclusión (389/2005, de 29 de marzo [LA LEY 11980/2005]). En materia de costas procesales de la acusación particular se ha prescindido del carácter relevante o no de su actuación para justificar la imposición al condenado de las costas por ellas causadas y, conforme a los arts. 123 y 124 CP y 240 LE-Crim., por el contrario, se entiende que rige la «procedencia intrínseca» de la inclusión en las costas de la acusación particular, salvo cuando ésta haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas de las mantenidas por el Ministerio Fiscal, de las que se separa cualitativamente y que se evidencien como inviables, inútiles o perturbadoras (348/2004, de 18 de marzo [LA LEY 1343/2004]). Es preciso que la acusación particular solicite la inclusión de las suyas en la condena en costas, ya que, en otro caso, se violentan los principios de dispositivo y de petición de parte cuando se concede algo que no ha sido pedido como es la imposición de las costas de la acusación particular a los acusados, precisamente porque se trata de un derecho susceptible

de renuncia (1956/2002, de 27 de noviembre [LA LEY 199238/2002]). Pero también se ha entendido que si las acusaciones solicitan que se condene al acusado al pago de las costas, es legítimo entender que la solicitud abarca todas las costas, incluidas las de la acusación particular aunque éstas, contra lo que suele ser un uso ampliamente extendido, no hayan sido expresamente demandadas (1351/2002, de 19 de julio [LA LEY 137137/2002]). En sentido parecido se ha señalado que, aun cuando la petición no fuera tan expresa como hubiera sido deseable, la fórmula empleada por el acusador particular, «serán de cargo del acusado las costas del procedimiento», permite entender que se hace referencia a todas las costas, y, por ello, también a las de la acusación particular. Y efectivamente, teniendo en cuenta que, además, se trata de un delito para cuya persecución se exige la previa denuncia del agraviado o su representante legal, no resulta difícil aceptar que quien comparece en el proceso ejercitando acciones penales y civiles como acusación particular, cuando solicita del Tribunal una condena genérica en las costas del proceso, se refiere a todas ellas y, principalmente, a las originadas por su actuación (560/2002, de 27 de marzo).

La exclusión de las costas de la acusación particular únicamente procederá cuando su actuación haya resultado notoriamente inútil o superflua o bien haya formulado peticiones absolutamente heterogéneas respecto de las conclusiones aceptadas en la Sentencia (2591/1992, de 27 de noviembre [LA LEY 12853/1992]; 2936/1993, de 27 de diciembre [LA LEY 2275/1994]; 1638/1994, de 26 de septiembre [LA LEY 1505/1995]; 591/1995, de 25 de abril [LA LEY 14493/1995], 649/1996, de 7 de diciembre [LA LEY 425/1997], 1529/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 996/2004], y 203/2004, de 20 de febrero [LA LEY 11916/2004]).

4) Es el apartamiento de la regla general citada el que debe ser especialmente motivado, en cuanto que hace recaer las costas del proceso sobre el perjudicado y no sobre el condenado (956/1998, de 16 de julio [LA LEY 8668/1998], 1529/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 996/2004], 223/2008, de 7 de mayo [LA LEY 39036/2008], 375/2008, de 25 de junio [LA LEY 86392/2008], y 203/2009, de 11 de febrero [LA LEY 4696/2009], entre otras).

5) La condena en costas no incluye las de la acción popular —224/1995, de 21 de febrero [LA LEY 2340/1995] y 61/1995, 2 de febrero de 1996 [LA LEY 3447/1996], entre otras— (1625/2003, de 27 de noviembre [LA LEY 439/2004]; y 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003], con cita de la 1980/2000, de 25 de enero de 2001 [LA LEY 1253/2001]). Las costas de la acusación popular, según una jurisprudencia reiterada no se incluyen en la condena en costas a satisfacer por el condenado. Como dicen las 703/2001, de 28 de abril [LA LEY 6051/2001], y 515/1999, de 29 de marzo [LA LEY 5593/1999] la jurisprudencia de esta Sala ha distinguido claramente las costas correspondientes a la acusación particular y las de la acusación popular, en el sentido de que procede la imposición de las primeras al condenado, siempre que la correspondiente posición acusadora se halla desarrollado normalmente, sin que sus tesis e intervenciones en el proceso puedan tildarse de absolutamente irrelevantes, escandalosamente dispares con las mantenidas por la acusación pública, superfluas o incluso perturbadoras del normal desenvolvimiento del procedimiento; en tanto que respecto de las segundas mantiene un criterio contrario, al no concurrir en la acusación popular las características propias de la acusación particular, en la que existe un directo ofendido por la infracción que además suele intervenir en el proceso como actor civil en su condición de perjudicado por la infracción penal. Se trata de un criterio jurisprudencial consolidado, dotado de razonable fundamento, y cuya vigencia con carácter general no parece que pueda cuestionarse. Halla sustento en el dato de que, en la generalidad de los delitos, hay siempre alguien concernido

en primera persona por las consecuencias lesivas que de ellos se derivan normalmente. Pero esto es algo que puede no darse en tales términos, solamente cuando se trata de delitos, que como indica la 1318/2005, de 17 de noviembre [LA LEY 130/2006], afectan negativamente a los que se conocen como «intereses difusos». El daño que los mismos producen incide sobre bienes colectivos, que son el contenido de los derechos llamados «de tercera generación», categoría de derechos que vive en una dimensión siempre transpersonal, ya que interesan directamente a sujetos colectivos, a la ciudadanía en general e incluso a las generaciones futuras, como ocurre con los que inciden sobre el medio ambiente. Por tanto, y en general, puede muy bien afirmarse que el cauce de la acción popular es el más natural para dar curso a actuaciones de los legítimamente interesados en la persecución de delitos contra los aludidos bienes colectivos, que actúen en la calidad de genéricos perjudicados. Y siendo así, como sigue diciendo la misma Sentencia, en presencia de determinadas condiciones, el mismo criterio de la afectación y el interés, interpretado a tenor de la naturaleza de los bienes y derechos de que se trata, deberá servir para fundar eventuales condenas al pago de las costas de la acusación popular, con perfecto encaje en la previsión del art. 124 CP (381/2007, de 24 de abril [LA LEY 17332/2007]).

Recopilando los anteriores criterios, en la 1034/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216844/2007], se establece que es cierto que en materia de costas ocasionadas por la acusación particular no rige por Ley el automatismo en la imposición, pues si el art. 123 CP [LA LEY 3996/1995] establece que «las costas procesales», es decir, todas las partidas que comprende el concepto, se imponen normalmente al condenado; el art. 124 CP, al disponer que las de la acusación particular lo serán «siempre» en los delitos perseguibles a instancia de parte, admite que en los de otra naturaleza esa inclusión podría no darse. Pero, puesto que las costas integran legalmente los honorarios de Abogados y Procuradores (art. 241, 3.º LECrim.), ésa es una posibilidad que sólo debería operar en ocasiones excepcionales, como cuando las pretensiones de esa parte sean abiertamente extrañas o desproporcionadas a las particularidades de los hechos (531/2002, de 20 de marzo [LA LEY 6678/2002], y 2015/2002, de 7 de diciembre [LA LEY 1062/2003]). **Esta Sala, en pleno no jurisdiccional de 3 de mayo de 1994** acordó que los preceptos que acaba de citarse deben ser interpretados en el sentido de que en materia de costas de la acusación particular impera, con carácter general, el criterio del vencimiento, salvo que exista motivo para apreciar la existencia de temeridad en la actuación de esa parte (131/2006, 25 de enero [LA LEY 9025/2006], y 518/2004, de 20 de abril [LA LEY 91488/2004]).

CAPÍTULO IV

Del cumplimiento de la responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias

Artículo 125.

Cuando los bienes del responsable civil no sean bastantes para satisfacer de una vez todas las responsabilidades pecuniarias, el Juez o Tribunal, previa audiencia al perjudicado, podrá fraccionar su pago, señalando, según su prudente arbitrio y en atención a las necesidades del perjudicado y a las posibilidades económicas del responsable, el período e importe de los plazos.

CONCORDANCIAS

LECrím.: art. 246.

Artículo 126.

1. Los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario se imputarán por el orden siguiente:

1.º A la reparación del daño causado e indemnización de los perjuicios.

2.º A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa.

3.º A las costas del acusador particular o privado cuando se impusiere en la sentencia su pago.

4.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

5.º A la multa.

2. Cuando el delito hubiere sido de los que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, se satisfarán las costas del acusador privado con preferencia a la indemnización del Estado.

CONCORDANCIAS

LECrím.: art. 246.

La prelación que establece el precepto no causa discriminación alguna ni tampoco es contraria a la libertad (STC 230/1991, de 10 de diciembre [LA LEY 1834-TC/1992]).

TÍTULO VI**LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS****Artículo 127.**

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se hayan preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

2. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en el apartado anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

3. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga la pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

4. Los que se decomisan se venderán si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 347, 374, 385 y 431.

CPM: art. 34.

LECrin.: arts. 263 bis, 282, 334 y ss., 367, 391, 567, 574, 619, 620, 635, 822 y 844.

LRJCC (§ 2.1): art. 7.5.

LC (§ 2.2): art. 5.

Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, Estrasburgo 8 de noviembre de 1990 (BOE de 21 de octubre de 1998).

Decisión Marco 2005/212/JAI DEL CONSEJO de 24 de febrero de 2005 relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito.

L 17/2003, de 29 de mayo, reguladora del fondo de bienes decomisado por tráfico de drogas y otros delitos relacionados.

FGE: Circular 7/1973 de 4 de julio y Consulta 4/2006

JG: 5 de octubre de 1998.

Texto procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, siendo el texto derogado el siguiente:

«Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».

Artículo 128.

Cuando los referidos efectos o instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente.

CONCORDANCIAS

Ver concordancias del artículo precedente.

Naturaleza sustantiva del comiso

El comiso o decomiso era una pena accesoria en el CP 1973 y en los anteriores —salvo el de 1928— que consistía en la pérdida de los instrumentos y efectos del delito, vinculada a la pena principal impuesta y, de modo mediato, a la infracción cometida, pero antes sólo al que se le imponía la pena principal se le podía imponer esta pena accesoria, sin cargarle con consecuencias vinculadas a penas no impuestas por estar sus destinatarios en rebeldía (1303/1994 de 21 de junio [LA LEY 3547/1994], 430/1995 de 22 de marzo [LA LEY 2366/1995], 379/1996 de 30 de abril [LA LEY 5563/1996] y 398/1999 de 11 de marzo [LA LEY 3716/1999]). La finalidad de esta «consecuencia accesoria» es anular cualquier ventaja obtenida por el delito, relativa a los bienes o cosas que mediata o inmediatamente se encuentren en poder del delincuente como consecuencia de la infracción y tratándose de una norma punitiva y por ende odiosa, su interpretación en la duda ha de ser restrictiva (398/1999 de 11 de marzo [LA LEY 3716/1999]).

El decomiso nada tiene que ver con la «responsabilidad civil» derivada del delito, que puede tramitarse indistintamente dentro o fuera del procedimiento penal y que se refiere a la restitución de la cosa, a la reparación o a la indemnización por daños y perjuicios (450/2007 de 30 de mayo [LA LEY 26760/2007] y 16/2009 de 27 de enero [LA LEY 623/2009]). Tampoco con la «pena pecuniaria», si bien algunos objetos que habiendo sido ocupados o embargados durante el procedimiento y finalmente no son decomisados o, habiéndolo sido en la Sentencia de instancia luego dejan de serlo tras la casación, no se devuelven a sus titulares, a pesar de no ser decomisables ni decomisados, para hacerse pago de la pena de multa (844/2007 de 31 de octubre [LA LEY 170360/2007] y 21/2009 de 26 de enero [LA LEY 40420/2009]), pero no puede en cambio destinarse el dinero decomisado legalmente a esa misma finalidad de pagar la pena pecuniaria (931/2007 de 13 de noviembre [LA LEY 180037/2007]).

Aspectos procesales

Su imposición está presidida por el «principio de proporcionalidad» que exige expresamente el art. 128 (314 y 844/2007 de 31 de octubre [LA LEY 26735/2007] [LA LEY 170360/2007]) debiendo la Sentencia razonar adecuadamente su imposición y extensión, para no vulnerar los arts. 120.3 —«motivación»— y 24.1 —tutela judicial efectiva— CE (594/1997 de 11 de marzo [LA LEY 3716/1999] y 398/1999 de 11 de marzo) incluyendo referencias a las «pruebas» de vinculación con la conducta delictiva, con una «motivación suficiente» para fundamentar su presencia en los «hechos probados» (430/1995 de 22 de marzo [LA LEY 2366/1995], 844/2007 de 31 de octubre [LA LEY 170360/2007], 5 y 16/2009 de 8 y 27 de enero [LA LEY 622/2009] [LA LEY 623/2009]). También rige el «principio acusatorio» y la necesidad de solicitar su imposición, sometiendo tal pretensión al debate procesal con inmediatez y contradicción (30 de marzo de 1997, 328/2001 de 6 de marzo [LA LEY 4255/2001], 423/2003 de 17 de marzo [LA LEY 12090/2003], 347 y 844/2007 de 25 de abril y 31 de octubre [LA LEY 26735/2007] [LA LEY 170360/2007]), si bien procede en cualquier caso, aun cuando no lo haya solicitado la acusación, el decomiso de la droga por tratarse de un bien de tráfico ilícito, no procediendo en cambio si no se ha solicitado el del dinero y otros efectos del acusado (418/2001 de 12 de marzo [LA LEY 4377/2001]). Se debe incluir la existencia de tales bienes o instrumentos en el relato de hechos probados y acordar en el fallo su destino legal (1998/2000 de 28 de diciembre [LA LEY 236966/2000]), sin que se pue-

dan suplir las omisiones de la Sentencia de instancia en tal sentido por el alegato del recurrente (1998/2000 de 28 de diciembre [LA LEY 236966/2000]).

Por otra parte, nada o poco tiene que ver esta consecuencia accesoria del delito con las previsiones de los arts. 334 y ss. LECrim., que suponen «intervención u ocupación judicial de esos mismos efectos o instrumentos, de significación netamente procesal (...), de carácter transitorio, a resultas de la causa y que no implica incisamente una privación de la titularidad de aquellos bienes, pudiendo ser decomisados o devueltos a su titular en el momento de archivo definitivo de la causa». Igualmente, «de distinta significación jurídica son las medidas cautelares reales, sin otro objetivo que asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del hecho ilícito (arts. 589 y siguientes de la LECrim.)» (231/2009 de 5 de marzo [LA LEY 8800/2009]).

El comiso es también procedente en caso de absolución, si se acredita el origen ilícito del producto o de su uso para fines delictivos (483/2007 de 4 de junio).

Objetos del comiso

Este precepto se distingue entre «efectos» del delito, «medios o instrumentos con que se hayan preparado y ejecutado» y «ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar». Por «efectos» se entiende «todo objeto o bien que se encuentre, mediata o inmediatamente, en poder del delincuente como consecuencia de la infracción, aunque sea el objeto de la acción típica (drogas, armas, dinero, etc.) (...) Los instrumentos del delito han sido definidos jurisprudencialmente como los útiles y medios utilizados para la ejecución del delito. Por último, tanto el art. 127 como el art. 374, incluyen (...) las ganancias provenientes del delitos (...) Se trata así de establecer claramente como consecuencia punitiva la pérdida del provecho económico obtenido directa o indirectamente del delito. Sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, la Sala Segunda en Pleno de 5.10.98 acordó extender el comiso “siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio”» (16/2009 de 27 de enero [LA LEY 623/2009] y otras anteriores: 1030/2003 de 15 de julio [LA LEY 2799/2003], 1040/2005 de 20 de septiembre [LA LEY 13840/2005], 332/2008 de 2 de junio [LA LEY 74081/2008]).

No pueden decomisarse los bienes que no tengan «una relación directa (...) con la actividad ilícita enjuiciada (...) debe constar la procedencia del delito y la no pertenencia a un tercero» de buena fe (235/2001 de 20 de febrero [LA LEY 41262/2001], 1528/2002 de 20 de septiembre [LA LEY 409/2003], 31/2003 de 18 de enero [LA LEY 1764/2003], 332/2008 de 2 de junio [LA LEY 74081/2008] y 231/2009 de 5 de marzo [LA LEY 8800/2009]), sin perjuicio de que sea posible el decomiso parcial excluyendo la parte que corresponda al tercero (16 de junio de 1993 [LA LEY 3745-5/1993]), pero no se ha considerado como tal al que como fiduciario del acusado tenga a su nombre un vehículo constando que aquél es «su propietario auténtico» (356/2009 de 7 de abril [LA LEY 34618/2009]) así no se ha considerado propiedad de un tercero el dinero puesto a nombre de unos niños por su padre, condenado por tráfico de drogas, sin acreditar otro origen a dichos fondos (392/2005 de 31 de marzo [LA LEY 11946/2005]).

Se han considerado decomisables billetes de curso legal en poder del falsificador de moneda, por estimarlos instrumento del delito como método de difusión del dinero falso (1736/2000 de 5 de febrero [LA LEY 3997/2000]), el dinero procedente de la explotación de la prostitución (1047/23006 de 9 de octubre [LA LEY 154859/2006]) y el coche donde se transportaron trescientos kilos de hachís (1482/2000 de 29 de septiembre [LA LEY 173988/2000]). Pero sobre los

«vehículos» la jurisprudencia ha hecho notables matizaciones, excluyéndose la condición de decomisable cuando «no es utilizado de forma insustituible como instrumento para la ejecución del delito y no se trata de una operación de transporte lo que es imputado, no usándose como medio de ocultación de la droga sino como medio normal de transporte y desplazamiento, y la droga, por su volumen y peso, es llevada encima por el acusado, sin necesitar el auxilio del vehículo, que no tiene habitáculo alguno preparado para su ocultación» (397/2008 de 1 de julio [LA LEY 86396/2008]), es decir, cuando no sea propiamente un instrumento del delito o consista «en una ganancia o beneficio proveniente del mismo» (1151/2004 de 21 de octubre [LA LEY 230/2005] y 314/2007 de 25 de abril [LA LEY 26735/2007]) o cuando su uso resulte irrelevante como en el caso de la utilización de un ciclomotor para el desplazamiento (1053/2007 de 18 de diciembre [LA LEY 216852/2007]).

Concurso de normas

La STS 844/2007 de 31 de octubre [LA LEY 170360/2007] afirma: «En efecto, como decíamos en las SSTS 25.4.2007 [LA LEY 26735/2007], 2.5.2006 [LA LEY 48423/2006], el art. 374 CP, que es una norma especial en relación con la general del comiso del art. 127, se refiere a dicha consecuencia en materia de tráfico de drogas con un alcance omnicompreensivo que abarca las propias sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas, los equipos materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos de cualquier naturaleza ue sean, hayan servido de instrumentos para la comisión de cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores (368 a 373) o provengan de los mismos así como las ganancias de ellos obtenidas, cualquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar, con una excepción, que también reproduce el art. 127, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, añadiendo el precepto mencionado en segundo lugar que los haya adquirido legalmente».

Artículo 129.

1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y sin perjuicio de lo establecido en el art. 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de la prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) **La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.**

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 194, 221, 271, 276, 288, 294, 298, 299, 327, 366, 370, 430, 520 y 569.

LECrin.: art. 13.

Circular FGE 1/2005.

Texto procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. La versión derogada sólo afecta al párrafo inicial del apartado 1 que decía lo siguiente:

«1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

(...)».

Las llamadas consecuencias accesorias de penas impuestas a la persona física responsable de un delito o falta, son también aplicables a las personas jurídicas, aun cuando no se les estime sujetos activos del delito, sino a lo más responsables civiles subsidiarios del mismo. Si se considera que se trata de auténticas penas, la incongruencia del sistema penal español es patente, debiendo reconocerse *de lege ferenda* la posibilidad de que personas no físicas, puedan protagonizar ciertos delitos. Esta incongruencia se ha acentuado a partir de la reforma introducida por la LO 15/2003, al resultar la persona jurídica condenada directa y solidariamente al pago de la multa impuesta como pena al administrador de hecho o de derecho (art. 31.2 CP). La reforma en trámite, si llega a buen fin, reconocerá capacidad de cometer ciertos delitos a las personas jurídicas y se superará la actual incongruencia de tener capacidad para sufrir penas, pero sin ser sujeto activos de los delitos que las generan.

En los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico no se prevén estas «penas» para los delitos de estafa, y sí en cambio en algunos de los contrarios a las propiedades intelectual e industrial y al mercado y los consumidores, así como en algunos delitos societarios (1345/2001 de 7 de julio [LA LEY 7261/2001]). Pero la jurisprudencia mayor se ha centrado principalmente en la alternativa del cierre temporal o definitivo de empresas, locales o establecimientos, que sólo pueden alcanzar a los locales o entidades afectos a los hechos objeto del proceso y no a otros aun cuando puedan tener vinculación con el condenado (76/2007 de 30 de enero [LA LEY 3288/2007]). En la concreción de la mayor o menor gravedad de la medida, «el Tribunal puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes, la reiteración de actos, la prolongación en el tiempo, la difusión alcanzada o las ocultaciones realizadas, etc, pero, en todo caso, requiere una explicación» o motivación (1099/2007 de 27 de diciembre [LA LEY 232493/2007]), aun cuando sea

escueta y no tan necesaria y rigurosa como si de una pena se tratara (319/2008 de 4 de junio [LA LEY 68706/2008]), habiéndose considerado ajustado a Derecho imponer la clausura definitiva de un establecimiento y la prohibición a su titular «para el ejercicio de la actividad comercial de explotación de bares, cafeterías y establecimientos análogos», como consecuencia de incurrir en el tipo agravado del art. 369.2 CP al haber tenido lugar los hechos en «establecimientos abiertos al público» (684/2008 de 27 de octubre [LA LEY 176105/2008]).

No es un supuesto previsto en el CP para la imposición de estas consecuencias accesorias ninguno de los delitos de falsedad, definidos en el Título XVIII del Libro II.

TÍTULO VII

DE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL Y SUS EFECTOS

CAPÍTULO I

De las causas que extinguen la responsabilidad criminal

Artículo 130.

La responsabilidad criminal se extingue:

1.º Por la muerte del reo.

2.º Por el cumplimiento de la condena.

3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el art. 85.2 de este Código.

4.º Por el indulto.

5.º Por el perdón del ofendido, cuando la Ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el Juez o Tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla.

En los delitos o falta contra menores o incapacitados, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del ministerio fiscal, o el cumplimiento de la condena.

Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o incapaz.

6.º Por la prescripción del delito.

7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.

CONCORDANCIAS

CPM: arts. 45 y 46.

Del número 1.º LECrim.: art. 115.

Del número 3.º CE: art. 62.i). CP: arts. 2.º.2 y 4.º.3. LECrim.: art. 666.4.º. LI (§ 3.3).

Del número 4.º CP: arts. 191.2, 201.3, 267 y 639.

Del número 5.º CE: arts. 131 y 132. LECrim.: art. 666.3.º.

Del número 6.º CP: art. 133.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. En lo que ha sido modificada, la versión anterior disponía lo siguiente:

«(...)

7.º *Por la prescripción de la pena».*

Artículo 131.**1. Los delitos prescriben:**

A los 20 años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de 15 o más años.

A los 15, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años, o prisión por más de 10 y menos de 15 años.

A los 10, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de 10.

A los cinco, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de tres años y que no exceda de cinco.

A los tres años, los restantes delitos menos graves.

Los delitos de calumnia e injuria prescriben al año.

2. Las faltas prescriben a los seis meses.

3. Cuando la pena señalada por la Ley fuera compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción.

4. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

CONCORDANCIAS

Ver las concordancias del art. 130.6.º y, además:

CP: arts. 607, 607 bis y 68 a 614.

Consulta FGE 3/1987, de 17 de noviembre.

JJ.GG. de 29 de abril de 1997 —dos acuerdos—, 12 de mayo de 2005 y de 25 de abril de 2006 —dos acuerdos.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, siendo la versión anterior modificada la siguiente:

«1 (...)

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la Ley sea inhabilitación por más de seis años y menos de diez, o prisión por más de cinco y menos de diez años.

(...)

4. El delito de genocidio no prescribirá en ningún caso».

Artículo 132.

1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra el culpable, comenzando a correr de nuevo el término de la prescripción desde que se paralice el procedimiento o se termine sin condena.

Versión procedente de las reformas introducidas por las L.L.OO. 14/1999 y 15/2003. La versión anterior a la primera de las reformas carecía del segundo párrafo del apartado 1. En la versión anterior a la segunda reforma, el apartado 1 decía:

«1. (...) En los casos de delito continuado y delito permanente, tales términos se computarán respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita. (...)».

Naturaleza de la prescripción

La jurisprudencia viene considerando la prescripción como un modo de extinguir la responsabilidad criminal, esto es la pena, y la considera una institución de derecho material o sustantivo, y no procesal (10 de febrero de 1989 [LA LEY 11652-R/1989], 1420/1993 de 16 de junio [LA LEY 3847-5/1993] y 2509/1993 de 10 de noviembre [LA LEY 1964/1994], entre otras muchas). También se ha destacado su vinculación a la legislación ordinaria y no constitucional (SSTC 17/1987 de 12 de febrero y 152/1987 de 7 de octubre [LA LEY 95027-NS/0000], 255/1988

de 21 de diciembre [LA LEY 1104821/1998] y 194/1990 de 29 de noviembre [LA LEY 1585-TC/1991], y STS 563/2000 de 20 de abril [LA LEY 6685/2000], por ejemplo). Sin embargo, es también patente su fundamento constitucional por su vinculación con el derecho a la seguridad jurídica, a un proceso sin dilaciones indebida y a una pena con fin primordial de reinserción social —arts. 9, 24 y 25 CE— (STC 157/1990 de 18 de octubre [LA LEY 1561-TC/1991]), y también su trascendencia procesal al extinguirse la acción penal y convertirse en un obstáculo en el proceso. Además, como luego se comenta, su carácter mixto o también procesal se manifiesta, por ejemplo, en la constante doctrina jurisprudencial que considera no prescrita la falta que fue inicial o incluso definitivamente tramitada procesalmente como si fuera un delito y finalmente se califica como falta en la Sentencia.

La prescripción es un «derecho» del acusado, frente al *ius puniendi* del Estado, que le legitima por ejemplo a no tener que denunciar dilaciones indebidas para luego gozar de la atenuante analógica si son finalmente reconocidas en Sentencias (SSTS 505 y 524/2009 de 14 y 19 de mayo [LA LEY 84781/2009] [LA LEY 84786/2009], por todas).

Trascendencia constitucional de la prescripción

Como han recordado las SSTC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005] y 29/2008 de 20 de febrero (Caso los Albertos) [LA LEY 1123/2008], reiterando otras anteriores (SSTC 64 [LA LEY 2898/2001], 65 [LA LEY 2895/2001], 66 [LA LEY 2896/2001] y 70/2001 [LA LEY 2893/2001]), de ordinario esta temática de las prescripción carece de trascendencia constitucional, por tratarse de una interpretación de ley ordinaria reservada al monopolio jurisdiccional (art. 117 CE). Sin embargo, puede alcanzar dicho rango a través del derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24 CE), cuando se motive su concurrencia o no concurrencia «mediante una argumentación (...) arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurso en error patente»; posiblemente también se hubiera podido argumentar la trascendencia constitucional excepcional a través del principio de legalidad de los delitos (art. 25 CE), en cuanto que la prescripción es una autolimitación del *ius puniendi* del Estado por el transcurso del tiempo, y una interpretación restrictiva del «derecho a no ser castigado» por tal motivo se podría incluir en dicho precepto constitucional, cual se ha hecho, *mutatis mutandi*, con el derecho al *non bis in idem* (véase el epígrafe correspondiente en el comentario al art. 1 de este CP).

La citada STC 29/2008 de 20 de febrero [LA LEY 1123/2008], recuperando otras anteriores (157/1990 de 18 de octubre [LA LEY 1561-TC/1991] y 63/2001 de 17 de marzo [LA LEY 2894/2001]), afirma que, «más allá de que sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas, es al legislador a quien corresponde determinar, con plena libertad, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (STEDH de 22 de junio 2000, Caso Coëme c. Bélgica), así como los criterios de política criminal que estime idóneos y atendibles en cada caso concreto, el régimen jurídico, el sentido y el alcance de la prescripción de las infracciones», por lo que «la regulación de la prescripción es una cuestión de libre configuración legal». Y obviamente al monopolio del poder legislativo para determinar los plazos de prescripción le sigue el jurisdiccional a la hora de aplicar dicha legislación al caso concreto. Sin embargo, y en análogo sentido al ya examinado en relación con el principio de legalidad de los delitos (art. 1 CP), por exigencias del art. 24 CE el TC, como recuerda la citada S 29/2008, debe entrar en ocasiones en el examen constitucional de laguna resolución para constatar si está o no «basada en una argumentación no arbitraria, ni manifiestamente irrazonable, ni incurso en error patente (STC 214/1999, de 29 de noviembre [LA LEY 1810/2000]), canon

este reforzado por tratarse de un supuesto en el que están en juego otros derechos fundamentales, como aquí sucede con los reconocidos en los arts. 17 y 25 CE»; extendiéndose tal examen constitucional de la exteriorización de los argumentos expresados en la resolución jurisdiccional «a través de una motivación en la que, más allá de su carácter razonado, sea posible apreciar un nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución» (STC 29/2008 de 17 de marzo [LA LEY 1123/2008], reiterando las 64 a 70/2001 de 17 de marzo [LA LEY 2898/2001], [LA LEY 2895/2001], [LA LEY 2896/2001], [LA LEY 2899/2001], [LA LEY 3269/2001], [LA LEY 3270/2001], [LA LEY 2893/2001], 11/2004 de 9 de febrero [LA LEY 11394/2004] y 63/2005 de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005]).

La Sala 2.^a del TS, a raíz de la citada STC 63/2005, adoptó un acuerdo no jurisdiccional en fecha 12 de mayo de 2005, en el que tras examinar dicha Sentencia, considerando «la extensión de la jurisdicción constitucional basándose en una interpretación de la tutela judicial efectiva, prácticamente vacía de contenido el art. 123 de la CE que establece que el TS es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, por lo que, consiguientemente, le incumbe la interpretación en última instancia de las normas penales». Este desencuentro entre el TC y la Sala 2.^a del TS se centra, como luego se analiza, en la interpretación del art. 132.2, en lo relativo a «cuándo» se «dirige el procedimiento contra el culpable» a efectos de interrumpirse el plazo de prescripción.

La anterior doctrina del TC ha sido recientemente ratificada por la S 147/2009 de 15 de junio [LA LEY 104340/2009], pero ha expresado también en la S 76/2009 de 23 de marzo [LA LEY 8445/2009] (Caso Alierta), que el TC no puede entrar a considerar la inconstitucionalidad de una resolución judicial, si no se ha agotado dicha vía, inadmitiendo en consecuencia la demanda de amparo contra un auto que no reconocía la prescripción del delito, finalmente admitida en Sentencia por la Sección 17.^a de la AP de Madrid.

Teórica vigencia del *in dubio pro reo*

Al ser la prescripción una renuncia del *ius puniendi* del Estado (STC 157/1990 18 de octubre [LA LEY 1561-TC/1991]) y, como se ha visto, una institución básicamente penal sustantiva, teóricamente rige el principio *in dubio pro reo* o, si se prefiere en su versión relativa al ámbito interpretativo de la ley penal, *favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda* (111/1993 de 12 de marzo [LA LEY 3063-5/1993] y 596/1993 de 18 de marzo [LA LEY 3122-5/1993] y 819/1994 de 21 de abril [LA LEY 3128/1994]). Sin embargo, y como más adelante se verá al constatar la evolución de la doctrina jurisprudencial referente al momento en el que se interrumpe el plazo de prescripción, esa norma *odiosa* no sólo se ha interpretado extensivamente *in malam partem*, en contra de lo dispuesto en el art. 4 del CP, sino que se ha llegado a crear analógicamente una nueva norma desfavorable al reo, desnaturalizando la opción española por la concepción germánica de la prescripción como institución sustantiva, abrazando la francesa de naturaleza prevalentemente procesal, que considera interrumpido el plazo de prescripción por el ejercicio de la acción penal.

Referente penal para el cómputo de los plazos

La pena que opera como referente, para constatar el plazo de prescripción, es la «señalada por la ley», entendiéndose por tal el acuerdo de JG de 29 de abril de 1997 y la jurisprudencia el tope máximo de la pena imponible en abstracto, sin considerar los grados de ejecución y participación (1164/1999 de 13 de julio [LA LEY 10171/1999] y 1493/1999 de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000], 690/2000 de 14 de abril [LA LEY 7953/2000], 1167/2001 de 12 de junio

[LA LEY 5028/2001] y 1937/2001 de 26 de octubre [LA LEY 8366/2001], 613/2003 de 20 de junio [LA LEY 109003/2003], 655/2003 de 8 de mayo [LA LEY 83258/2003], 1074/2003, de 22 de julio [LA LEY 128873/2003], 610/2006 de 29 de mayo [LA LEY 62765/2006], 422 y 646/2009 de 21 de abril y 28 de mayo [LA LEY 58212/2009] [LA LEY 104423/2009]), sin olvidar que no sólo existen tipos básicos o genéricos, sino también específicos privilegiados o cualificados, igualmente relevantes a estos efectos (2 de marzo de 1990 [LA LEY 1510-2/1990], 1620/1997 de 30 de diciembre [LA LEY 17260/1997], 198/2001 de 7 de febrero [LA LEY 3406/2001], 610/2006 de 29 de mayo [LA LEY 62765/2006] y 964/2008 de 23 de diciembre [LA LEY 257241/2008]). No se atiende a las posibles alteraciones de dicho tope máximo, en función de posibles circunstancias atenuantes (2040/2002 de 9 de diciembre [LA LEY 205425/2002]), agravantes (2039/2002 de 9 de diciembre [LA LEY 1381/2003]), posibilidad de constituir diversas acciones un delito continuado que alargaría el plazo (1219/2003 de 29 de septiembre [LA LEY 49/2004]), de la incidencia del grado de participación o de ejecución (356/1999 de 4 de marzo [LA LEY 3901/1999] y 198/2001 de 7 de febrero [LA LEY 3406/2001]). Si existe concurso medial o material de delitos, para el cómputo del plazo se estará a la pena prevista para el delito más grave (2/1998 de 29 de julio [LA LEY 7880/1998], 1125/1999 de 9 de julio [LA LEY 9667/1999], 242/2000 de 14 de febrero [LA LEY 4161/2000] y 885/2001 de 14 de mayo [LA LEY 6668/2001]). Estos criterios se han ratificado en la JG celebrada el 29 de abril de 1997.

Prescripción de las faltas

El plazo de prescripción de las faltas, seis meses, se veía en parte burlado en la *praxis*, por la doctrina jurisprudencial que considera no prescrita la falta, cuando se acuse por delito y se tramite el procedimiento correspondiente, resultando finalmente calificados los hechos como constitutivos de mera falta (318/1995 de 3 de marzo, 481/1996 de 21 de mayo [LA LEY 7410/1996], 1181/1997 de 3 de octubre [LA LEY 10248/1997], 1173/2000 de 30 de junio [LA LEY 9384/2000] y 1458/2001 de 10 de julio [LA LEY 7107/2001], entre otras muchas), si bien se ha matizado posteriormente que se considerará finalmente prescrita la falta que en corresponda declarar en Sentencia de un procedimiento abreviado iniciado por delito, si tal iniciación se produjo una vez transcurrido el plazo de prescripción de la falta, es decir, seis meses (STS 614/2008 de 20 de mayo [LA LEY 152140/2008] y ATS 1238/2009 de 20 de mayo [LA LEY 92252/2009]).

Si faltas continuadas constituyen delito, regirán los criterios de prescripción del delito y no de las faltas (1735/2003 de 26 de diciembre [LA LEY 12098/2004]). Véase también lo expuesto anteriormente sobre las faltas conexas con delitos.

Momento de iniciación del plazo

El *dies a quo* del plazo de prescripción es el momento en el que se efectúa la acción penalmente prohibida o se permite la omisión del comportamiento al que el agente estaba penalmente obligado, o en los delitos de resultado si acaeciere en el instante de la perfección, es decir, cuando acaeciere dicho resultado (21 de abril de 1989 [LA LEY 114732JF/0000] y 1125/1999 de 9 de julio [LA LEY 9304/1999]). Se trata de un cómputo diverso al civil, en el que la conducta no es relevante hasta que se produce el incumplimiento de la obligación (art. 1969 CC), que es posterior siempre (404/1999 de 17 de marzo [LA LEY 3813/1999]).

En relación con el **delito continuado**, el *dies a quo* se va posponiendo hasta el momento de la última infracción que se acumula a las anteriores (1789/2002 de 31 de octubre [LA LEY 108/2003]). Otro tanto cabe decir respecto a los **delitos conexos**, en los que la prescripción de

las faltas o delitos no puede acaecer hasta que prescriba el más grave de los delitos vinculados por conexidad, al constituir un único proyecto delictivo (242/2000 de 14 de febrero [LA LEY 4161/2000], 544 y 630/2002 de 18 de marzo [LA LEY 5006/2002] y 16 de abril [LA LEY 6655/2002], 885/2001 de 14 de mayo [LA LEY 6668/2001] 1559/2003 de 19 de noviembre [LA LEY 916/2004], 893/2004 de 13 de julio [LA LEY 165689/2004] y 1016/2005 de 12 de septiembre [LA LEY 2070749/2005]). Y en los **delitos permanentes** o de tracto continuo, el momento en el que empieza a correr el plazo de prescripción es aquel en el que cesa la situación delictiva (detenciones ilegales, abandono de familia, tenencia de útiles para la falsificación, etc.: 10 de junio de 1980 [LA LEY 1096-NS/0000] y 24 de enero de 19990 [LA LEY 12782-R/1990]). En los **delitos imprudentes** —art. 5 CP—, el plazo no comienza hasta que acaece el resultado, lo que en determinados supuestos puede resultar desproporcionado (21 abril de 1989 [LA LEY 114732JF/0000], 23 de abril de 1992 —Caso de la Colza— [LA LEY 53390JF/0000] y 2365/1993 de 26 de octubre [LA LEY 15885-R/1994]).

Iniciado el procedimiento, si se paraliza, se reinicia el cómputo de la prescripción del delito, considerando el *dies a quo* el de la paralización, que incluso puede ser la fecha de casación de una Sentencia por defectos de forma que debe ser reelaborado por el Tribunal de instancia, paralización que se interrumpirá por actuaciones posteriores, pero teniendo en cuenta que «las resoluciones o diligencias que se practiquen en la causa, para tener ritualidad interruptiva, han de poseer un contenido sustancial propio de la puesta en marcha y prosecución del procedimiento demostrativas de que la investigación o tramitación avanza y progresa, consumiéndose las sucesivas etapas previstas por la ley o que demanden principios constitucionales o normas con influencia en derechos fundamentales de naturaleza procesal, superando la inactividad y la paralización» (94/2008 de 15 de febrero [LA LEY 17695/2008] y 141/2009 de 24 de febrero [LA LEY 8768/2009]).

Interrupción del plazo de prescripción

El *dies ad quem* del plazo de prescripción es más problemático, por la evolución *contra reo* que ha sufrido en los últimos tiempos, hasta el extremo de derogar la ley vigente anclada en el *sistema alemán* (dirigir el procedimiento contra el culpable o imputable, si bien en términos más concretos que en el ordenamiento español: § 78.c) StGB —Código Penal alemán—, que especifica cuándo se produce tal evento), pasando al *sistema francés* que prevé como momento de interrupción el de instar la acción —*poursuite*— (art. 7 *Code de procédure pénale*).

Existen una serie de supuestos indiscutibles o aceptables, que no interrumpen la prescripción, tales como el **acto de conciliación** en los delitos de calumnias e injurias (28 de junio de 1988, 10 de junio de 1990 y 18 de marzo de 1992 [LA LEY 1712/1992]), las **diligencias policiales** (27 de noviembre de 1959), **actuaciones judiciales de «relleno»**, sin otro fin que interrumpir la prescripción, al ser evidente que no generaron la práctica de diligencia alguna ni constituir necesaria actividad procesal (1388/1993 de 6 de julio, 1641/1993 23 de junio [LA LEY 3902-5/1993], 1625/1993 22 de junio [LA LEY 3894-5/1993], 1926/1993 de 22 de julio [LA LEY 4174-5/1993] y 2579/1993 de 17 de noviembre [LA LEY 2014/1994], entre otras muchas), **acudir a un Juzgado o Tribunal incompetente** (11 de febrero de 1964), practicar actuaciones en la **pieza de responsabilidad civil** (10 de febrero de 1989 [LA LEY 11652-R/1989]), o haber presentado **querrela por un delito relativo a hechos y delitos distintos** (21 de abril de 1994 [LA LEY 13864/1994]).

Tres han sido los momentos procesales en los que, de más a menos favorables para el imputado, la jurisprudencia ha considerado que se interrumpe el plazo de prescripción (45/1994 de 25 de enero [LA LEY 41190JF/0000]). El primero es el **auto de procesamiento** o, en el procedimiento abreviado, el auto de imputación o de transformación, que realmente es el instante indiscutible de que un procedimiento penal se dirige contra el que puede resultar ser «culpable» y en ese momento procesal es formalmente imputado, aun cuando sea indiferente a tal efecto la fecha de la notificación al interesado (1320/2002 de 12 de julio [LA LEY 132442/2002]). El segundo es la **práctica de diligencias de investigación** contra el imputado o presunto culpable (1219/1997 de 11 de octubre [LA LEY 10100/1997], 926/2000 de 26 de mayo [LA LEY 8983/2000], 1698/2002 de 17 de octubre [LA LEY 10216/2003] y 1559/2003 de 19 de noviembre [LA LEY 916/2004]). Y, en fin, las tesis más amplias consideran que se interrumpe el plazo, es decir, que se dirige el procedimiento contra el presunto culpable, **cuando se admite a trámite la querrela o denuncia** o incluso antes; la mera admisión a trámite de una denuncia o querrela, sin investigación alguna relativa a la realidad indiciaria de las imputaciones, se ha considerado suficiente hecho procesal para considerar interrumpido el plazo de prescripción (1388/1994 de 6 de julio [LA LEY 3640/1994], 279/1995 de 1 de marzo [LA LEY 14376/1995], 865/1997 de 13 de junio [LA LEY 14173/1997] y 1620/1997 de 30 de diciembre [LA LEY 17260/1997] y 563/2000 de 20 de abril [LA LEY 6685/2000]).

Esta tesis distorsiona el sentido literal de la ley —«cuando el procedimiento se dirija contra el culpable»— (aun cuando por «culpable» se entienda presunto culpable, es decir «imputado» o «acusado»), y es por ello una interpretación claramente analógica *in malam partem*, contraria a la estricta o restrictiva *pro reo* que la ley penal exige. Pero para mayor conculcación de los derechos del justiciable, se ha exacerbado aún más la errónea interpretación, considerando imputados a quienes no están expresamente contenidos de modo expreso o claramente identificable en la denuncia o querrela, bien porque resulten suficientemente definidas (45/1994 de 25 de enero —Caso Ruano— [LA LEY 41190JF/0000], 104/1995 de 3 de febrero [LA LEY 2027/1995] y 279/1995 de 1 de marzo [LA LEY 14376/1995], 1181/1997 de 3 de octubre [LA LEY 10248/1997] y 1364/1997 de 11 de noviembre [LA LEY 11041/1997]), bien porque se trate de empresas u organizaciones complejas de difícil investigación, bastando que se inicie ésta para considerar interrumpido el plazo para todos sus componentes (2/1998 de 29 de julio [LA LEY 7880/1998] y 867/2002 de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]). En esta tendencia expansiva de estimar interrumpida la prescripción, se ha considerado que se produce por el mero hecho de presentar la querrela o denuncia aun sin admitir a trámite (147/2003 de 5 de febrero [LA LEY 12390/2003], 751/2003 de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004], 743/2005 de 10 de 15 de junio [LA LEY 12791/2005] y 374/2009 de 10 de marzo [LA LEY 40411/2009]), incluso aunque la querrela no cuente con poder especial y tampoco pueda considerarse denuncia porque, al ser en nombre de otro, requiera igualmente poder especial —art. 265 LECrim.— (298/2003 de 14 de marzo [LA LEY 1243/2003], Caso los Albertos), o que ni siquiera se haya presentado la denuncia o llegado al instructor la *notitia criminis*, pues sólo había acaecido la deducción de testimonio por posible delito de acusación o denuncia falsas (879/2002 de 17 de mayo [LA LEY 4801/2002]).

Esta tendencia expansiva *contra reo* ha tenido una llamada de atención en su contra, desde las citadas SSTC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], 29/2008 de 20 de febrero [LA LEY 1123/2008] y 147/2009 de 15 de junio [LA LEY 104340/2009] que han considerado conculcadora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), al estimar una interpretación «irracional, manifiestamente irrazonable o incurso en error patente» que el «procedimiento se dirige contra el culpable» por el mero hecho de presentarse una denuncia o querrela ante un Juzgado

de Instrucción. Es obvio que mientras no se inicie un procedimiento penal no puede dirigirse contra nadie (mientras no haya objeto —procedimiento— no puede haber imputación de dicho objeto a nadie), pues como en síntesis resume la resolución comentada, sólo el Juez —sujeto que ejerce en ese momento el *ius puniendi* del Estado— puede abrir un procedimiento penal y luego dirigirlo contra alguien, careciendo de tal virtualidad la mera instancia —querrela o denuncia— a que se abra el procedimiento y además se dirija contra una persona. Es, pues, en todo caso necesario que «concurra un acto de intermediación judicial». Esta Sentencia podría servir de hito para iniciar el camino de regreso a una interpretación más lógica y generosa del instituto de la prescripción, que podría culminar en la reforma legal a continuación reclamada.

Con posterioridad a esta STC, el TS ha mantenido su línea vacilante, pues reconociendo tal doctrina en alguna Sentencia (753/2005, de 22 de junio [LA LEY 13094/2005]) ha mantenido la doctrina expansiva *contra reo*, de considerar interrumpido el plazo de la prescripción por la mera presentación de la querrela o denuncia, en otras (643/2005, de 19 de mayo [LA LEY 1363/2005]). En la reciente JG de 25 de abril de 2006 se ha ratificado la doctrina *contra reo*, que no sólo se aleja del sistema alemán al que se suma nuestro CP y sus antecesores, sino que incluso va más allá del sistema francés (que tácitamente se adhiere a la configuración de la prescripción como un instituto procesal, al considerar interrumpida la prescripción por el ejercicio de la acción penal), pues dicho sistema no sería congruente con que se interrumpiera el plazo de prescripción por la presentación de una mera denuncia (que no supone ejercicio de la acción penal como la querrela). La interpretación literal del precepto vigente exige que exista un procedimiento para que éste pueda dirigirse contra el culpable, y si no hay un objeto que dirigir no puede haber dirección, es decir, que una carta no se puede enviar a nadie mientras no exista, y un procedimiento penal no ha nacido mientras el Juez de Instrucción no alumbre la correspondiente resolución incoadora del procedimiento.

La declaración de nulidad de actuaciones, si hubo acusación, no invalida la aparente interrupción del plazo de prescripción (1580/2002 de 28 de septiembre [LA LEY 10199/2003] y 438/2003 de 27 de marzo [LA LEY 12717/2003]).

De lege ferenda debe el legislador poner orden en esta anarquía interpretativa, bien optando por el sistema francés, bien manteniendo el alemán con una especificación de los momentos procesales que signifiquen «dirigir el procedimiento contra el culpable». El sistema francés, del mero ejercicio de la acción no parece respetuoso del ordenamiento jurídico, pues el *ius puniendi* es monopolio estatal, y mientras el procedimiento penal no se ponga en marcha, es obvio que no existe procedimiento ni, mucho menos, que esa «nada» se esté dirigiendo contra alguien, por lo que si algún día el legislador «se echara en brazos de la lógica» en esta materia, debería mantener y aclarar normativamente el sistema alemán.

No se ha considerado dirigido contra el culpable un procedimiento, cuando la persona luego imputada fue llamada a **declarar como testigo**, pues es obvio que tal condición es incompatible con imputado (877/2000 de 17 de mayo [LA LEY 7493/2000] y A de 19 de julio de 1997 —Caso Filesa—; no se mantuvo este criterio, en cambio, en la STS 867/2002 de 29 de julio [LA LEY 6445/2002] —Caso Banesto—, sin dar ninguna explicación al respecto).

La prescripción como derecho reconocible de oficio

Todo imputado tiene derecho a la prescripción, derecho que ha llevado a la más reciente jurisprudencia a eximirle de denunciar en el momento de producirse la dilación indebida, para no renunciar a dicho derecho (2125/2002, de 7 de enero de 2003 [LA LEY 1001/2003], y 2181/2002,

de 2 de enero de 2003 [LA LEY 2087/2003], 1432/2003, de 28 de octubre [LA LEY 10788/2004], y 1656/2003, de 9 de diciembre [LA LEY 11446/2004], 505 y 524/2009, de 14 y 19 de mayo [LA LEY 84781/2009 [LA LEY 84786/2009]].

Puede y debe reconocerse la prescripción en cualquier momento del procedimiento, incluso de oficio, aun cuando el imputado se encuentre en paradero desconocido, pues el derecho a la prescripción es el único que tiene el rebelde (1211/1997, de 7 de octubre [LA LEY 10367/1997] y 2025/2000, de 2 de enero de 2001 [LA LEY 9210/2001]). En la *praxis* sólo se suele declarar la prescripción antes de la Sentencia, bien en el trámite de admisión de la querrela o denuncia, bien durante la instrucción, bien en fin como artículo de previo pronunciamiento (arts. 666.3.^a y 786.2 LECrim.), cuando no existe duda alguna al respecto.

Artículo 133.

1. Las penas impuestas por sentencia firme prescriben:

A los 30 años, las de prisión por más de 20 años.

A los 25 años, las de prisión de 15 o más años sin que excedan de 20.

A los 20, las de inhabilitación por más de 10 años y las de prisión por más de 10 y menos de 15.

A los 15, las de inhabilitación por más de seis años y que no excedan de 10, y las de prisión por más de cinco años y que no excedan de 10.

A los 10, las restantes penas graves.

A los cinco, las penas menos graves.

Al año, las penas leves.

2. Las penas impuestas por los delitos de lesa humanidad y de genocidio y por los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 46.

Versión precedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. El texto modificado es el siguiente:

«1. (...)

A los veinticinco años, las de prisión de quince o más años.

(...)

2. Las penas impuestas por delito de genocidio no prescribirán en ningún caso».

Artículo 134.

El tiempo de la prescripción de la pena se computará desde la fecha de la sentencia firme, o desde el quebrantamiento de condena, si ésta hubiera comenzado a cumplirse.

Aun cuando existe cierta ambigüedad en el texto legal, al aludir a la duración de las penas en términos unas veces concretos —años de duración— y otras abstractos —penas graves, menos graves y leves—, parece que la interpretación teleológica a partir de la finalidad de la pena exige que se tenga en cuenta la pena realmente impuesta en cada caso, y no la prevista para el delito en su tope máximo, que es el criterio seguido para computar los plazos de prescripción del delito. Tales consideraciones han surgido ante la necesidad de optar por la ley más favorable, tras la entrada en vigor del vigente CP (1060/1997 de 15 de julio [LA LEY 9774/1997], 845/1999 de 29 de mayo [LA LEY 9034/1999], 921/2001 de 23 de mayo [LA LEY 7101/2001] y 543/2001 de 29 de marzo [LA LEY 67940/2001]). En cualquier caso, se precisa, para declarar la prescripción de la pena, algo más concreto que el simple transcurso del tiempo, no siendo apreciable cuando se desconoce cuándo comenzó a cumplirse o cualquier otra circunstancia interruptora de los plazos de prescripción (1171/2001 de 18 de junio [LA LEY 8280/2001]).

Los autos relativos a la prescripción de la pena, dictados por el órgano encargado de su ejecución, no son recurribles en casación por no estar autorizado por la ley este recurso, en contraste con lo previsto para los autos estimatorios de la prescripción del delito (1327/1993 de 15 de julio, 1315/2000 de 20 de julio [LA LEY 11192/2000] y 851/2005 de 30 de junio [LA LEY 2025020/2005]).

Artículo 135.

1. Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido.

2. El tiempo de la prescripción se computará desde el día en que haya quedado firme la resolución en la que se impuso la medida o, en caso de cumplimiento sucesivo, desde que debió empezar a cumplirse.

3. Si el cumplimiento de una medida de seguridad fuere posterior al de una pena, el plazo se computará desde la extinción de ésta.

CAPÍTULO II**De la cancelación de antecedentes delictivos****Artículo 136.**

1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

2. Para el reconocimiento de este derecho serán requisitos indispensables:

1.º Tener satisfechas las responsabilidades civiles provenientes de la infracción, excepto en los supuestos de insolvencia declarada por el Juez o Tribunal sentenciador, salvo que hubiera mejorado la situación económica del reo.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, en el caso previsto en el art. 125 será suficiente que el reo se halle al corriente de los pagos fraccionados que le hubieran sido señalados por el Juez o Tribunal y preste, a juicio de éste, garantía suficiente respecto a la cantidad aplazada.

2.º Haber transcurrido, sin delinquir de nuevo el culpable, los siguientes plazos: seis meses para las penas leves; dos años para las penas que no excedan de 12 meses y las impuestas por delitos imprudentes; tres años para las restantes penas menos graves; y cinco para las penas graves.

3. Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriese mediante la remisión condicional, el plazo, una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquel en que hubiere quedado cumplida la pena si no hubiere disfrutado de este beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena, el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

4. Las inscripciones de antecedentes penales en las distintas Secciones de Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y en los casos establecidos por la Ley. En todo caso, se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se da, esta última circunstancia.

5. En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación, bien por solicitud del interesado, bien de oficio por el Ministerio de Justicia, ésta no se haya producido, el Juez o Tribunal, acreditadas tales circunstancias, ordenará la cancelación y no tendrá en cuenta dichos antecedentes.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.8.^a y 82.

CPM: art. 47.

RD 2012/1983, de 28 de julio, sobre cancelación de antecedentes penales.

Instrucción FGE 3/1992, de 23 de marzo.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que modificó los apartados 1, 2, 3 y 5 que antes rezaban así:

«1. (...) del Ministerio de Justicia e Interior (...)

2. Se limitaba a poner con mayúscula Juez o Tribunal.

3. *Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, incluido el supuesto de que sea revocada la condena condicional.*

(...)

5. *Se limitaba a poner con mayúscula Juez o Tribunal».*

La jurisprudencia se ha planteado problemas relativos a la cancelación de antecedentes penales, en relación con la concurrencia o no de la circunstancia agravante de reincidencia, dejando tajantemente claro que lo importante es el transcurso del plazo de cancelación, se haya inscrito o no la misma en el Registro de Penados y Rebeldes, y que las dudas sobre la cancelación deben operar *pro reo* (10487/1998 de 23 de septiembre [LA LEY 9793/1998], 597/1999 de 16 de abril [LA LEY 5624/1999], 1095/2002 de 10 de junio [LA LEY 7383/2002], 1293/2003 de 7 de octubre [LA LEY 10843/2004], 266, 323 y 344/2009 de 13 de marzo [LA LEY 30377/2009], 18 de febrero [LA LEY 67224/2009] y 31 de marzo [LA LEY 67173/2009]).

Artículo 137.

Las anotaciones de las medidas de seguridad impuestas conforme a lo dispuesto en este Código o en otras leyes penales serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida; mientras tanto, sólo figurarán en las certificaciones que el Registro expida con destino a Jueces o Tribunales o autoridades administrativas, en los casos establecidos por la Ley.

LIBRO II

DELITOS Y SUS PENAS

TÍTULO I

DEL HOMICIDIO Y SUS FORMAS

Artículo 138.

El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 57, 139, 142, 144, 485, 572.1.º, 577 y 605.

Bien jurídico protegido

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido (726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999] y 2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002]). La vida humana es el bien jurídico protegido (478/1998, de 2 de abril [LA LEY 5079/1998] y 416/2001, de 14 de marzo [LA LEY 3352/2001]).

Sujeto pasivo y objeto material

Puede ser cualquiera, con las excepciones de los tipos específicos de los arts. 485 —el Rey, cualquiera de sus ascendientes o descendientes, la Reina consorte o el consorte de la Reina, el Regente, algún miembro de la Regencia y el Príncipe heredero de la Corona— y 605 —Jefe de un Estado extranjero u otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España—.

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002] y 726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999]).

Conducta típica

La conducta típica del art. 138 del Código Penal es la causación de la muerte (416/2001, de 14 de marzo [LA LEY 3352/2001]). Es un delito de resultado cuyo tipo no admite fraccionamiento en varias acciones (254/1999, de 23 de febrero [LA LEY 3369/1999]).

Cabe la comisión por omisión, cuando, además de cumplirse los otros presupuestos del art. 11 CP, la omisión es determinante del resultado muerte (1186/1999, de 19 de julio [LA LEY 10383/1999] y 950/1997, de 27 de junio [LA LEY 8581/1997], entre otras).

En los delitos de resultado como el presente, para solucionar los problemas de la llamada **relación de causalidad** (ver la jurisprudencia aneja al art. 10 CP), se parte de la constatación de un mínimo, que sirve como criterio excluyente pero no de suficiencia: que la conducta activa u omisiva (causar propiamente —acción— o no evitar —omisión de un acto que hubiera evitado la muerte—) del acusado se pueda considerar como condición sin la cual el resultado no se habría producido conforme a la tradicional doctrina de la equivalencia de condiciones o *condictio sine qua non*, relación que se establece conforme a criterios naturales que proporcionan las reglas de la ciencia o de la experiencia, estableciéndose después, mediante un juicio de valor, las necesarias restricciones acudiendo a las restantes teorías de la causalidad y más modernamente a la llamada teoría de la imputación objetiva, que existe cuando el sujeto, cuya responsabilidad se examina, con su comportamiento origina un riesgo no permitido, o aumenta ilícitamente un riesgo permitido, y es precisamente en el ámbito de ese riesgo donde el resultado se produce, entendiéndose que no se ha rebasado ese ámbito cuando dicho resultado se estima como una consecuencia normal o adecuada, conforme a un juicio de previsibilidad o probabilidad, porque debe estimarse que normalmente ese concreto resultado se corresponde con esa determinada acción u omisión sin que pueda achacarse a otra causa diferente, imprevisible o ajena al comportamiento del acusado —SS de 20 de mayo de 1981 [LA LEY 6561-JF/0000], 5 de abril de 1983 [LA LEY 7726-JF/0000], 1 de julio de 1991 [LA LEY 35298-JF/0000], 1611/2000, de 19 de octubre [LA LEY 10/2001] 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], 908/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226047/2008] y 186/2009, de 27 de febrero [LA LEY 4693/2009]—. Cuando se producen cursos causales complejos, esto es, cuando contribuyen a un resultado típico la conducta del acusado y además otra u otras causas atribuibles a persona distinta o a un suceso fortuito, suele estimarse que, si esta última concausa existía con anterioridad a la conducta del acusado, como pudiera ser una determinada enfermedad de la víctima, ello no interfiere la posibilidad de la imputación obje-

tiva, y, si es posterior, puede impedir tal imputación cuando esta causa sobrevenida sea algo totalmente anómalo, imprevisible y extraño al comportamiento del inculpado, como sucedería en caso de accidente de tráfico ocurrido al trasladar en ambulancia a la víctima de un evento anterior, pero no en aquellos supuestos en que el suceso posterior se encuentra dentro de la misma esfera del riesgo creado o aumentado por el propio acusado con su comportamiento (1210/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 142938/2003], citando la 30/2001, de 17 de enero [LA LEY 15418/2001], 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008] y 908/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226047/2008]).

Elementos subjetivos

Animus necandi

La doctrina de esta Sala viene afirmando que para la calificación de una determinada agresión como delito de lesiones o de homicidio frustrado ha de atenderse al ánimo del autor que, salvo casos excepcionales en que se reconozca libremente por el acusado haber actuado con *animus necandi*, en la mayoría de los supuestos debe deducirse del conjunto de circunstancias que han rodeado la perpetración del hecho (1821/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 1049/2003]). El ánimo o intención de matar —*animus necandi*—, que constituye el elemento subjetivo del delito de homicidio, y que es imprescindible para distinguir el supuesto del delito de lesiones cuando la víctima no ha fallecido como consecuencia de las heridas sufridas, según la jurisprudencia deberá constatar, principalmente, por medio de la modalidad probatoria de indicios, partiendo del conjunto de circunstancias que hayan rodeado la perpetración del hecho (82/2009, 2 de febrero [LA LEY 1942/2009]). La Sentencia 1860/2002, de 11 de noviembre [LA LEY 1880/2003], refiere como criterios de inferencia para valorar la concurrencia del *animus necandi* pueden tomarse en consideración los siguientes: 1.º La naturaleza de las relaciones existentes con anterioridad entre el autor y la víctima: enemistad, amistad, indiferencia, desconocimiento (8 de mayo de 1987 [LA LEY 2858/1987], 21 de diciembre de 1990 [LA LEY 1195/1991] y 5 de diciembre de 1991 [LA LEY 2507-JF/0000]). 2.º La causa para delinquir, razón o motivo que provocó de manera inmediata la agresión (15 de abril de 1988 [LA LEY 10667-R/0000] y 12 de febrero de 1990 [LA LEY 1316-2/1990]). 3.º Las circunstancias en que se produce la acción, valorando no solamente las condiciones objetivas de espacio, tiempo y lugar, sino el comportamiento de todos los intervinientes, en el conjunto de incidencias que desembocaron en la agresión, particularmente la concurrencia —y en su caso seriedad, gravedad y reiteración— de actos provocativos, palabras insultantes o amenazas (20 de febrero de 1987 [LA LEY 11951-JF/0000] y 21 de febrero de 1987 [LA LEY 8723-R/1987] y 21 de diciembre de 1990 [LA LEY 1195/1991]). 4.º Las manifestaciones del agresor, y de manera muy especial las palabras que acompañan a la agresión que, como dice la Sentencia de 15 de enero de 1990 [LA LEY 94/1990], constituyen a veces confesión espontánea del alcance de la intención lesiva, así como su actividad anterior, coetánea y posterior a la comisión del delito (19 de febrero de 1987 [LA LEY 1046/1987] y 12 de marzo de 1987 [LA LEY 1625/1987]). 5.º La personalidad del agresor y del agredido (15 de abril de 1988 [LA LEY 10667-R/1988]). 6.º Como datos de especial relevancia, pero no de apreciación exclusiva, el arma empleada, el número e intensidad de los golpes, la zona del cuerpo afectado y la gravedad de la lesión ocasionada (21 de diciembre de 1990 [LA LEY 1173/1991], 14 de mayo de 1991 [LA LEY 10410/1991] y 5 de diciembre de 1991 [LA LEY 2507-JF/0000]), 3 de abril de 1992 [LA LEY 1828/1992], 23 de noviembre de 1992 [LA LEY 15131-R/1993] y 17 de diciembre de 1992, 4 de febrero de 1993 y 13 de febrero de 1993 [LA LEY 2827-5/1993]). En sentido análogo, 140/2008, de 21 de enero [LA LEY 17711/2008] 2075/2002, de 11 de diciembre [LA LEY

1754/2003] y 1821/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 1049/2003]. En relación con los indicados datos de especial relevancia, dicen la 429/2008, de 4 de julio y 751/2007, de 21 de septiembre [LA LEY 154061/2007], que los datos esenciales para inferir si hubo ánimo de causar la muerte son los tres siguientes: 1.º Tipo de arma utilizada, que ha de ser apta para tal fin homicida. 2.º Zona del cuerpo donde se produce la agresión, pues ha de tratarse de una zona vital: la cabeza, el cuello, el tórax o el abdomen, que es donde se alojan órganos cuya afección puede producir el fallecimiento de la persona. 3.º Intensidad del golpe, la necesaria para que el arma penetre en el cuerpo para afectar al correspondiente órgano vital.

En sentido análogo, SS 1397/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 1900002/2004], y 1396/2004, de 5 de noviembre [LA LEY 1889077/2004], han establecido los siguientes criterios de inferencia los siguientes: a) relaciones existentes entre el autor y la víctima; b) personalidades respectivas del agresor y del agredido; c) actitudes o incidencias observadas y acaecidas en los momentos precedentes al hecho, con especial significación de la existencia de amenazas; d) manifestaciones de los intervinientes durante la contienda y del autor tras la perpetración del hecho criminal; e) condiciones de espacio, tiempo y lugar; f) características del arma e idoneidad para lesionar o matar; g) lugar o zona del cuerpo a la que se dirige la acción ofensiva con apreciación de su vulnerabilidad y de su carácter más o menos vital; h) insistencia o reiteración en los actos agresivos; e i) conducta posterior del autor. Y la 755/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008] establece como criterios de inferencia los datos existentes acerca de las relaciones previas entre agresor y agredido, el comportamiento del autor antes, durante y después de la agresión, lo que comprende las frases amenazantes, las expresiones proferidas, la prestación de ayuda a la víctima y cualquier otro dato relevante; el arma o los instrumentos empleados; la zona del cuerpo a la que se dirige el ataque; la intensidad del golpe o golpes en que consiste la agresión, así como de las demás características de ésta, la petición o reiteración de los golpes; la forma en que finaliza la secuencia agresiva; y en general cualquier otro dato que pueda resultar de interés en función de las peculiaridades del caso concreto —57/2004, de 22 de enero [LA LEY 19444/2004]—, a estos efectos tienen especial interés el arma empleada, la forma de la agresión y el lugar del cuerpo al que ha sido dirigida.

Como generalmente ocurre con los indicios, algunos de los enumerados tienen a veces tanto valor significativo que puede bastar su concurrencia para que el Tribunal llegue a un grado de certeza moral que le permita pronunciarse sobre algo de tan difícil aprehensión como es un hecho de conciencia. Éste es el caso, sin duda alguna, en que puede encontrarse el arma que se utiliza para herir y el lugar del cuerpo que se hiere (745/2003, de 24 de mayo [LA LEY 93258/2003], y ATS de 10 de octubre de 2002, con cita de la 1247/2001, de 26 de mayo). Pero ha de tenerse también en cuenta que estos factores, aunque tienen una especial relevancia, o, como dicen las Sentencias de 22 de febrero de 1992 [LA LEY 1485/1992] y 13 de febrero de 1993 [LA LEY 2827-5/1993], un valor de primer grado, ni pueden apreciarse con automatismo ni excluyen la necesidad de valorar el conjunto de circunstancias concurrentes, de las cuales puede deducirse la convicción contraria (1821/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 1049/2003]).

Estos criterios no constituyen un sistema cerrado o *numerus clausus*, sino que se ponderan entre sí para evitar los riesgos del automatismo y a su vez, se constatan con nuevos elementos que pueden ayudar a informar un sólido juicio de valor, como garantía de una más segura inducción del elemento subjetivo. Esto es, cada uno de tales criterios de inferencia no presentan carácter excluyente sino complementario en orden a determinar el conocimiento de la actitud psicológica

del infractor y de la auténtica voluntad impetuoso de sus actos (755/2008, 26 de noviembre [LA LEY 176107/2008], y 140/2008, de 21 de enero [LA LEY 17711/2008]).

Se han considerado como **zonas del cuerpo** afectadas que revelan la existencia del *animus necandi*: la **cabeza** (911/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185199/2007] 1497/2004, de 16 de diciembre [LA LEY 10560/2005], 1377/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 10540/2005], 189/2004, de 12 de febrero, 1556/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 429/2004]; 1542/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 11375/2004]; 1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003]; 280/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003] y 18/2002, de 10 de enero [LA LEY 10047/2002], entre otras); el **globo ocular** (325/2003, de 4 de marzo [LA LEY 2359/2003]); el **cuello** (183/2009, de 12 de febrero [LA LEY 4687/2009], 429/2008, de 4 de julio [LA LEY 92736/2008], 617/2007, de 28 de junio [LA LEY 79331/2007], 905/2006, de 29 de septiembre [LA LEY 110268/2006], 641/2005, de 19 de mayo [LA LEY 112772/2005], 1396/2004, de 3 de diciembre [LA LEY 1889077/2004] 746/2004, de 11 de junio [LA LEY 1953689/2004], 1642/2003, de 2 de diciembre [LA LEY 11767/2004]; 1057/2003, de 15 de julio [LA LEY 124640/2003] y 1288/2002, de 9 de julio [LA LEY 397/2003], entre otras); el **tórax** (183/2009, de 12 de febrero [LA LEY 4687/2009], 92/2009, de 29 de enero [LA LEY 4691/2009], 400/2008, de 27 de junio [LA LEY 106581/2008], 1047/2007, de 5 de diciembre [LA LEY 216845/2007], 840/2007, 627/2007, de 4 de octubre [LA LEY 79573/2007], 840/2007, de 16 de octubre [LA LEY 180056/2007], 1199/2006, de 11 de diciembre [LA LEY 150056/2006], 169/2005, de 14 de febrero [LA LEY 35109/2005], 618/2004, de 5 de mayo [LA LEY 1603/2004], 1508/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 11302/2004]; 1210/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 142938/2003]; 1349/2003, de 21 de octubre [LA LEY 10654/2004] y 405/2003, de 22 de marzo [LA LEY 12243/2003], entre otras); el **tórax**, aunque el golpe se diera **por la espalda** (356/2008, de 4 de junio [LA LEY 86401/2008]); el **hemitórax** (1157/2006, de 10 de noviembre [LA LEY 145062/2006], 1228/2005, de 24 de octubre [LA LEY 14119/2005], 1098/2004, de 5 de octubre [LA LEY 206025/2004], 2075/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1754/2003] y 1837/2002, de 11 de noviembre [LA LEY 187115/2002], entre otras); la zona axilar (593/2004, de 6 de mayo [LA LEY 1686042/2004]; el **abdomen** (277/2008, 14 de mayo [LA LEY 61785/2008] 497/2007, 22 de marzo [LA LEY 60958/2007], 297/2006, de 1 de marzo [LA LEY 27554/2006], 884/2005, de 5 de julio [LA LEY 151481/2005], 1028/2004, de 21 de septiembre [LA LEY 2128/2004] 1672/2003, de 7 de diciembre, 1508/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 11302/2004]; 1057/2003, de 15 de julio [LA LEY 124640/2003]; 2127/2002, de 19 de diciembre [LA LEY 214092/2002] y 1797/2002, de 25 de octubre [LA LEY 176934/2002], entre otras); el hígado (1660/2003, de 4 de diciembre [LA LEY 202646/2003] y 1860/2002, de 11 de noviembre [LA LEY 1880/2003]); los intestinos (1554/2002, de 19 de septiembre [LA LEY 1724/2003]); el riñón (1860/2002, de 11 de noviembre [LA LEY 1880/2003]); y, entre otros muchos casos, el muslo seccionando la arteria femoral (57/2004, de 22 de enero [LA LEY 1598178/2004], 1531/2001, de 31 de julio [LA LEY 8902/2001] y 439/200, de 26 de julio [LA LEY 1164/2001]). Por el contrario se han considerado como zonas que excluyen el *animus necandi*: el glúteo, los brazos y las piernas (928/2003, de 27 de junio [LA LEY 2571/2003]); el hombro (209/2003, de 12 de febrero [LA LEY 2001/2003]); y, entre otros muchos casos, las alejadas de centros vitales (1674/2002, de 10 de octubre).

Entre otros muchos supuestos se han considerado como **medios, formas o instrumentos** reveladores del *animus necandi*, además de, por supuesto, las **armas de fuego: las armas no encontradas, pero cuyas características se revelan por las lesiones producidas** (1453/2003, de 3 de noviembre [LA LEY 10854/2004]; 1057/2003, de 15 de julio [LA LEY 124640/2003];

2127/2002, de 19 de diciembre [LA LEY 214092/2002] y 18/2002, de 10 de enero [LA LEY 10047/2002], entre otras); las **armas blancas o similares** (183/2009, de 12 de febrero [LA LEY 4687/2009], 429/2008, de 4 de julio [LA LEY 92736/2008], 1047/2007, de 5 de diciembre [LA LEY 216845/2007], 196/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1071/2005], 1396/2004, de 3 de diciembre [LA LEY 1889077/2004], 1660/2003, de 4 de diciembre [LA LEY 202646/2003]; 1508/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 11302/2004]; 1210/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 142938/2003]; 405/2003, de 22 de marzo [LA LEY 12243/2003] y 2255/2001, de 7 de diciembre [LA LEY 221561/2001], entre otras); un **martillo** (1542/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 11375/2004] y 2 de diciembre de 1991 [LA LEY 873/1992]); un **palo de grandes dimensiones** (1497/2004, de 16 de diciembre [LA LEY 10560/2005]); los **automóviles** (1827/2002, de 16 de diciembre; y 262/1998, de 22 de febrero [LA LEY 2740/1998], entre otras); los **disparos a un grupo de personas** (1215/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 10994/2004]; 1237/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10327/2004]; 1257/2002, de 4 de julio [LA LEY 126613/2002]; 1715/2001, de 19 de octubre [LA LEY 186573/2001], entre otras); las **patadas y puñetazos en todo el cuerpo y la cabeza** (911/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185199/2007]); las **patadas en la cabeza** (1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003] y 221/2002, de 6 de febrero [LA LEY 4191/2002]); **golpear con una piedra en la cabeza** (280/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1781/2003]); **golpear con una losa en la cabeza** de 3 cm de grosor y entre 15 y 20 cm de lado (1377/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 10540/2005]). Por el contrario, se ha negado el *animus necandi* cuando no se golpea sino que sólo se lanza un ladrillo (920/2008, de 18 de diciembre [LA LEY 235236/2008]).

Dolo

El elemento subjetivo del delito de homicidio no sólo es el *animus necandi* o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades: el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa del resultado producido (318/2004, de 8 de marzo [LA LEY 12296/2004]). El dolo, según la definición más clásica, significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si además, resulta acreditada la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado. Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida, pues, en efecto, «para

poder imputar un tipo de homicidio a título doloso basta con que una persona tenga información de que va a realizar lo suficiente para poder explicar un resultado de muerte y, por ende, que prevea el resultado como una consecuencia de ese riesgo. Es decir, que abarque intelectualmente el riesgo que permite identificar normativamente el posterior resultado. En el conocimiento del riesgo se encuentra implícito el conocimiento del resultado y desde luego la decisión del autor está vinculada a dicho resultado». Así pues, y como concluye la 732/2006, de 3 de julio [LA LEY 70360/2006], bajo la expresión «ánimo de matar» se comprenden generalmente en la jurisprudencia tanto el dolo directo como el eventual. Así como en el primero la acción viene guiada por la intención de causar la muerte, en el segundo caso tal intención no puede ser afirmada, si bien el autor conoce los elementos del tipo objetivo, de manera que sabe el peligro concreto que crea con su conducta para el bien jurídico protegido, a pesar de lo cual continúa su ejecución, bien porque acepta el resultado probable o bien porque su producción le resulta indiferente. En cualquiera de los casos, el conocimiento de ese riesgo no impide la acción. En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete a la víctima a riesgos que el agente no tiene la seguridad de poder controlar y aunque no persiga directamente la causación del resultado, del que no obstante ha de comprender que hay un elevado índice de probabilidad de que se produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el agente, sin que sean admisibles por irrazonables, vanas e infundadas esperanzas de que el resultado no se producirá, sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos por el agente generados. En similar dirección, la 1011/2001, de 4 de junio [LA LEY 112196/2001], dice que el dolo supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados. Lo que significa que, en todo caso, es exigible en el autor la consciencia o conocimiento del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene. En definitiva, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento, al permitir admitir el dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene seguridad de controlar, aunque no persigue el resultado típico. Condiciones que concurren en el supuesto enjuiciado, pues con su acción, el acusado atacando con un arma blanca y dirigiendo los golpes a partes vitales —pues aunque no se expresen en el relato fáctico que partes vitales resultaron afectadas, como razona el Tribunal del Jurado «casi todas las puñaladas estaban localizadas en el tórax de Ismael, zona del cuerpo, como cualquier persona conoce, que se encuentran todos los órganos vitales»— no podía descartar el riesgo de muerte subsiguiente a tal acción concreta de peligro, siendo adecuada para causarla, lo que permite que, al menos, por dolo eventual, la posibilidad o probabilidad de la muerte de la víctima, fue asumida por el acusado quien no obstante no desistió de su conducta (487/2008, de 17 de julio [LA LEY 96522/2008], con cita de SS 210/2007 de 15 de marzo [LA LEY 8233/2007] y 172/2008 de 30 de abril [LA LEY 31969/2008]).

El dolo alternativo que abarca tanto la posibilidad de causar lesiones como la de —sin excluirla— causar la muerte, basta para un homicidio en grado de tentativa. No hay que olvidar la posibilidad del dolo alternativo o del dolo indeterminado y la existencia del dolo eventual. El ánimo de matar puede concurrir aunque no haya dolo único o unitario y directo (703/2004, de 28 de mayo [LA LEY 1953737/2004]).

Por lo que se refiere al dolo, en los delitos de omisión, el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción, no actúa, y en el caso de los delitos de comisión por omisión o impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado, así como, ha de añadirse, a las consecuencias necesarias de su inacción, es decir, al resultado (1286/1997, de 27 de octubre [LA LEY 10277/1997]).

Ver también la jurisprudencia citada tras el art. 5 CP.

Formas de aparición

Tentativa

La diferencia entre un delito de homicidio en tentativa y otro de lesiones consumado, radica únicamente en el dolo del sujeto; esto es, si actuaba con un *animus necandi* o con un *animus laedendi* (ATS 61/2009 de 8 enero [LA LEY 992/2009]). Hay tentativa de homicidio, fuera cual fuera el resultado lesivo, incluso leve, sufrido por la víctima, si la intención fue la de acabar con la vida (626/2008, de 20 de octubre [LA LEY 169546/2008]).

Cuando por causas independientes del agente, no se produce el resultado comprendido en el dolo (muerte), tanto el directamente perseguido, como el que aparece como consecuencia probable de la acción, aceptada por el que la verifica, se estima imperfectamente ejecutado el delito abarcado por el dolo directo o eventual (546/1998, de 29 de marzo de 1999 [LA LEY 3834/1999]). En sentido análogo, la 356/2008, de 4 de junio [LA LEY 86401/2008].

Para la tentativa se exige el mismo dolo que para el delito consumado. Por ello, respecto de la tentativa de homicidio vale tanto el directo como el eventual. La diferencia entre tentativa y consumación no se halla en el elemento subjetivo, sino en el objetivo, en cuanto que para la consumación es preciso que se produzca el resultado previsto como elemento del tipo doloso correspondiente (405/2003, de 22 de marzo [LA LEY 12243/2003]). Han admitido asimismo la posibilidad del homicidio en grado de tentativa concurriendo dolo eventual las SS de 15 de enero de 1990, 31 de enero de 1991 [LA LEY 1471/1991], 4 de marzo de 1991 [LA LEY 1819/1991] y 18 de octubre de 1991, 1357/1992, de 12 de junio, 2167/1994, de 14 de diciembre [LA LEY 16559-R/1994] y 262/1998, de 24 de febrero [LA LEY 2740/1998], entre otras. Sin embargo, se ha señalado también que no es fácil la conciliación del dolo eventual y de las formas imperfectas de ejecución, en cuanto el primero es un supuesto de preterintencionalidad —el resultado excede de lo directamente querido, aunque se ajusta a lo aceptado—, mientras que la imperfección delictiva es un supuesto de hipointencionalidad —el resultado queda por debajo de la intención del delincuente— (546/1998, de 29 de marzo de 1999 [LA LEY 3834/1999]).

Desistimiento

El desistimiento activo del art. 16.2 consiste en que habiéndose realizado todos los actos que deberían haber producido el resultado letal éste no se produce por haber sido impedido por una actuación obstativa del autor (873/2002, de 17 de mayo [LA LEY 10128/2003]). En caso de existir ánimo de matar el desistimiento impide la aplicación de homicidio en tentativa, castigándose como lesiones consumadas (625/2003, de 28 de abril [LA LEY 128178/2003]; 1051/2002, de 23 de julio [LA LEY 7823/2002]; 2293/2001, de 18 febrero 2002 [LA LEY 6614/2002] y ATS de

13 de marzo de 2003, entre otras). El desistimiento ha de ser voluntario (1573/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 1266/2002]; 1574/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 281/1999] y ATS de 13 de marzo de 2003, entre otras) y requiere que en el autor del delito haya desaparecido, cuando realiza los actos impeditivos, el dolo inicial que le movía al comenzar la ejecución, sin que quepa admitir el desistimiento condicionado (1634/2003, de 5 de diciembre [LA LEY 203851/2003]). El desistimiento posterior al acto ya de por sí homicida no excluye que, realmente, en ese momento anterior en que el único golpe se produjo, pudiera haber existido ánimo de matar. Nos indica simplemente que este ánimo no persistió. Y el desistimiento que exime de responsabilidad criminal por el homicidio, cuando se trata de tentativa acabada, ha de ser activo y eficaz para impedir el resultado de muerte (2189/2002, de 27 de diciembre [LA LEY 1537/2003]). En sentido análogo, la 850/2004, de 2 de julio [LA LEY 2561/2005]. Puede que después de realizar la acción, eventualmente homicida, se arrepintieran de la misma, en cuyo caso se podían producir los siguientes comportamientos: a) auxiliarle y tratar de impedir la muerte que se avecinaba (arrepentimiento), que de ser eficaz determinaría la exclusión de la calificación como homicidio (arrepentimiento activo: art. 16 CP), aunque el hecho debiera sancionarse como delito de lesiones; b) arrepentimiento, sin evitación del resultado, acudiendo a las autoridades para confesar la infracción (atenuante: art. 21.4 CP); y c) simplemente dejar que la situación de grave peligro mortal, originada por la acción agresora, que con alto grado de probabilidad conduciría a la muerte, siga su curso.

Ver también la jurisprudencia aneja al art. 16 CP.

Autoría y participación

No es necesario que cada coautor ejecute, por sí mismo, los actos materiales integradores del núcleo del tipo, y concretamente en el homicidio la materialización de la agresión letal, pues a la realización del delito se llega conjuntamente, por la agregación de las diversas aportaciones de los coautores, integradas en el plan común, siempre que se trate de aportaciones causales decisivas. En consecuencia, a través del desarrollo del *pactum scaeleris* y del co-dominio funcional del hecho, cabe integrar en la coautoría, como realización conjunta del hecho, aportaciones no integrantes del núcleo del tipo, que sin embargo contribuyen de forma decisiva a su ejecución (529/2005, de 27 de abril [LA LEY 2003512/2005] y 415/2004, de 25 de marzo [LA LEY 12115/2004]). En sentido análogo, la 774/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189409/2008]. El hecho de que fuese uno de los acusados el que clavó el machete en la zona abdominal, no exime al otro de la coparticipación por asunción previa del resultado (al conocer el hecho de llevar el otro el machete y llevar el mismo un palo) y por falta de conducta efectiva y exteriorizada que le pudiese disociar de la acción del otro, lo que le convierte en corresponsable (1421/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 415/2005]). De igual manera, cuando con ocasión de un atraco los dos acusados portan cada uno un arma de fuego y sólo uno dispara, el otro es coautor por dolo eventual (607/2004, de 7 de mayo [LA LEY 1953675/2004]). El que fuera un tercero el que utilizara el arma homicida no altera la subsunción de los hechos del recurrente en la autoría pues su acción, dirigirse, de común acuerdo, a matar incardina su acción en la autoría al tener dominio del hecho sobre la acción final realizada. Hay coautoría porque existe concierto de voluntades y ejecución conjunta de la acción y aseguramiento (627/2008, de 15 de octubre [LA LEY 164151/2008]).

La participación omisiva en un delito de resultado ha sido generalmente admitida por la doctrina, incluso con anterioridad a la promulgación del CP 1995, cuyo art. 11 regula la comisión por omisión. La jurisprudencia a partir de la década de los ochenta también la ha admitido respecto a aquellas personas que teniendo un deber normativo, un deber jurídico, de actuar y con posibi-

lidad de hacerlo, nada hacen para impedir un delito que se va a cometer o para impedir o limitar sus consecuencias. Más discutible resulta determinar si esa omisión del deber jurídico de actuar ha de ser subsumida en la autoría o en la participación, necesaria o no. La participación omisiva encuadrable en la complicidad parte de unos presupuestos: a) favorecimiento de la ejecución, que se integra como presupuesto objetivo; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (1480/1999, de 13 de octubre [LA LEY 1645/2000], con cita de la de 13 de diciembre de 1988 [LA LEY 55688-JF/0000]).

Ver también la jurisprudencia aneja a los arts. 27 y ss. CP.

Concursos

La realización de una pluralidad de acciones lesivas, producidas de manera sucesiva y de forma que las hace perfectamente individualizables, cada una de las cuales satisface las exigencias del tipo correspondiente, puesto que fue dirigida de forma precisa contra una persona concreta, da lugar a un concurso real y no a un concurso ideal (1217/2002, de 28 de junio [LA LEY 10141/2003]). Si la unidad de acción viene determinada, en último término, por el acto de voluntad y no por los resultados, habrá de determinar en cada caso cuál es el contenido del acto de voluntad del sujeto, pues si éste pretende alcanzar en su acción la totalidad de los resultados producidos —es decir, si el mismo actúa con dolo directo— y dichos resultados constituyen la lesión de otros tantos bienes jurídicos protegidos, habrá que concluir que en tal supuesto, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como desde el punto de vista de la culpabilidad, estaremos en presencia de varios hechos punibles en concurso real. Así, tratándose de la acusación de la muerte de varias personas, directamente buscadas por el homicida, su conducta deberá considerarse constitutiva de otros tantos delitos de homicidio —concurso real—, con independencia de que para lograrlo haya optado por efectuar varios disparos con un arma de fuego o haya hecho explotar una bomba. Por el contrario, cuando la voluntad del sujeto afecte directa y fundamentalmente a la acción, mas no al resultado, previsto pero no directamente perseguido, en el que el autor perseguía dar muerte a su mujer, asumiendo y aceptando que con ello provocaba la del feto no directamente perseguida, estaremos en presencia de un verdadero concurso ideal. En tal caso, existirá unidad de acción y diversidad de resultados penalmente típicos que deberán castigarse conforme a las reglas de dicho concurso (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002], con cita de la 187/1998, de 11 febrero [LA LEY 4402/1998], que aprecia un concurso ideal entre el delito de incendio y el de homicidio). En el mismo sentido se ha dicho que el concurso ideal, según la dicción literal del art. 77 requiere un solo hecho. La doctrina mantuvo la equivalencia entre hecho y acción, cuando la acción se consideraba el eje del sistema penal, lo que se ha ido matizando gradualmente, hasta distinguir entre ambos conceptos: la unidad de hecho no es lo mismo que la unidad de acción. Los tipos penales describen conductas pero también resultados. Cuando se trata del homicidio, lo que se tiene en cuenta, a los efectos del art. 77, no sería tanto la acción de matar sino el hecho de matar, que comprende la acción y el resultado. Si los resultados son varios homicidios directamente queridos por el sujeto —consumados o intentados— con dolo directo, estaremos en presencia de tantos hechos punibles —concurso real— como sujetos pasivos, tanto desde el punto de vista de la antijuridicidad como de la culpabilidad (1837/2001, de 19 de octubre [LA LEY 965/2002], con cita de la 861/1997, de 11 de junio [LA LEY 7347/1997]).

En cuanto al concurso entre **el homicidio y la profanación de cadáveres**, habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia

secundaria, el criterio de la absorción (concurso de normas del art. 8.3.º CP), pero no en éste, por las circunstancias que lo rodearon: entre otras relativas a lo deleznable del hecho (incendio con resultado de carbonización), el dato de que transcurrió un tiempo desde el homicidio hasta el incendio del coche con el cadáver de la víctima, varias horas al parecer, revelador de que el propósito de cometer el nuevo delito apareció con posterioridad a la consumación del anterior, un elemento más a considerar para que tengamos que apreciar la independencia de ambas acciones criminales. Por otro lado, esa diferencia temporal impide que pudiera apreciarse la existencia de un concurso ideal. No hay un solo hecho constitutivo de dos infracciones (art. 77 CP), sino dos hechos diferentes. Tampoco cabe hablar de un delito medio necesario para cometer otro (inciso 2.º del mismo art. 77.1), pues la relación entre ambos es la de ocultación, que es la que habría determinado la concurrencia de un delito de encubrimiento —absorbido por lo dispuesto en el citado art. 8.3.º CP— del art. 451.2.º si hubiera de aplicarse el referido concurso de normas. Los hechos presentes exceden del mero encubrimiento del citado art. 451.2.º por tratarse de un hecho delictivo con tipificación independiente por referirse a un bien jurídico diferente del protegido en el delito de homicidio: el respeto debido a la memoria de los muertos, distinto del que se encarna en el relativo a la vida de una persona. En conclusión, nos hallamos claramente ante acciones diferentes que constituyen un delito de homicidio y otro de profanación de cadáveres (70/2004, de 20 de enero [LA LEY 1249/2004]).

El nuevo art. 242.1 CP establece la pena señalada para los autores del delito de robo con violencia o intimidación en las personas, dejando a salvo de modo autónomo la pena que pudiera corresponder por los actos de violencia física que realizasen el autor o autores del despojo patrimonial. Nos encontramos, por tanto, ante un concurso real de delitos para el que no es obstáculo el hecho de que exista una acción violenta que se despliega en un doble efecto, por un lado constituye el delito contra las personas y por otro integra la violencia o intimidación que tipifica esta modalidad de robo. La concurrencia no supone una vulneración del *non bis in idem* en cuanto que la violencia física, a la que se refiere el art. 242.1 del nuevo Código Penal, no siempre es necesaria para cometer el robo siendo suficiente con una violencia atípica que rompa o debilite la voluntad del sujeto pasivo de oponerse al despojo intimidativo. En todo caso, el legislador ha descompuesto, por un lado, la violencia o intimidación y, por otro, la violencia física exigiendo una doble responsabilidad por robo y por el resultado lesivo derivado del empleo de violencia física (762/1998, de 1 de junio). En el mismo sentido, la 934/1997, de 26 de junio [LA LEY 7581/1997]. Sin embargo, en otro caso análogo se ha apreciado un concurso ideal entre los delitos de tenencia ilícita de armas, robo y homicidio (530/1999, de 7 de abril [LA LEY 3849/1999]).

Artículo 139.

Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, como reo de asesinato, el que matare a otro concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Con alevosía.

2.º Por precio, recompensa o promesa.

3.º Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 22.1.^a, 3.^a y 5.^a, 57, 138, 144, 485, 572.1.º, 577 y 605.

Tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal es más adecuada la consideración del asesinato como delito dependiente del homicidio, como forma agravada del homicidio (v. rúbrica del Título I, «Del homicidio y sus formas»), esto es, de manera que aquél es un homicidio calificado por la concurrencia de determinadas agravantes previstas en el art. 139 del Código Penal (1813/2002, de 31 de octubre [LA LEY 603/2003]) o un homicidio agravado (1176/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 10073/2004]).

Alevosía

El núcleo del concepto de alevosía se halla en una conducta que tiene por finalidad eliminar las posibilidades de defensa por parte del sujeto pasivo (82/2005, de 28 de enero [LA LEY 793/2005]; 412/2002, de 20 de marzo de 2002 [LA LEY 12753/2003] y 1457/2002, de 9 de septiembre [LA LEY 146663/2002], entre otras), sin que los intentos de autodefensa, instintivamente desplegados por la víctima, sin posibilidad alguna de impedir el resultado letal, desvirtúen la indefensión en que se hallaba aquélla, propiciadora del aseguramiento de su muerte sin riesgo para el agresor (49/2004, de 22 de enero [LA LEY 1002/2004]). Con mayor amplitud, la 363/2004, de 17 de marzo [LA LEY 1558/2004] señala, con cita de la 178/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3575/2001], y la 1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003], que el núcleo de la alevosía se encuentra en el aniquilamiento de las posibilidades de defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes. En este mismo sentido se pronuncian la 263/2009, de 18 de marzo [LA LEY 14405/2009], 99/2009, de 2 de febrero [LA LEY 4680/2009], 713/2008, de 13 de noviembre. Es indiferente cual sea la causa de la indefensión frente al ataque (848/2007, de 31 de octubre [LA LEY 185194/2007]).

La mera concurrencia de un conato de reacción, a la desesperada, como el que se expresa en el forcejeo producido en este caso, no modificó de manera valorable la relación de fuerzas entre los implicados, ni comprometió en lo más mínimo la posición de absoluta superioridad del acusado (541/2008, de 22 de septiembre [LA LEY 132396/2008]). En el mismo sentido se ha dicho que no debe equipararse la defensa activa con la autoprotección (761/2007, de 26 de septiembre [LA LEY 165826/2007]).

Fundamento

Radica en una mayor peligrosidad y culpabilidad en el autor del hecho, que revela en este modo de actuar un ánimo particularmente ruin, perverso, cobarde o traicionero (fundamento subjetivo) y también una mayor antijuricidad por estimarse más graves y más lesivos para la sociedad este tipo de comportamientos en que no hay riesgos para quien delinque (fundamento objetivo) (93/2009, de 29 de enero [LA LEY 4685/2009] y 719/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 189404/2008]).

Elementos

Son los siguientes:

1.º Un elemento normativo, en cuanto que se encuentra expresamente delimitado su ámbito de aplicación a los delitos contra las personas, apareciendo como la primera de las circunstancias que, conforme al art. 406 (hoy 139), cualifica el asesinato.

2.º Un elemento objetivo, que constituye la verdadera esencia de esta importante circunstancia agravatoria, consistente en que la agresión ha de hacerse de manera tal que tienda a eliminar las posibilidades de defensa del agredido, lo que lleva como consecuencia inseparable (es la otra cara de la misma moneda) la inexistencia de riesgo para el ofensor que pudiera proceder del comportamiento defensivo del ofendido.

3.º Un elemento subjetivo, que no es sino la aplicación al caso del dolo como requisito necesario en todos los delitos dolosos, consistente en que la voluntad consciente del agente ha de abarcar no sólo el hecho de la muerte de una persona, sino también la circunstancia concreta de que ésta se ejecuta a través de una agresión que elimina las posibilidades de defensa del ofendido (2523/2001, de 20 de diciembre [LA LEY 3683/2002]). Y en igual sentido, la 1338/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 10382/2004] 1556/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 429/2004]; 1352/2003, de 21 de octubre [LA LEY 225/2004]; 1396/2003, de 22 de octubre [LA LEY 10683/2004], entre otras.

Las SS 505/2004, de 21 de abril [LA LEY 12762/2004], y 251/2004, de 26 de febrero [LA LEY 12369/2004], señalan un cuarto elemento consistente en que se aprecie una mayor antijuridicidad en la conducta derivada precisamente del *modus operandi*, conscientemente orientado a asegurar la ejecución y su orientación a impedir la defensa del ofendido, eliminando así conscientemente el posible riesgo que pudiera suponer para su persona una eventual reacción defensiva de aquél.

La jurisprudencia más reciente se orienta en el sentido de considerar que la alevosía es una circunstancia agravatoria de carácter predominante objetivo, que incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad (175/2004, de 13 de febrero [LA LEY 1262/2004]).

Modalidades

Si bien no constituyen una enumeración cerrada —*númerus clausus*— (2523/2001, de 20 de diciembre [LA LEY 3683/2002]), la doctrina del Tribunal Supremo distingue tres supuestos de asesinato alevoso: la llamada alevosía proditoria o traicionera, si se ejecuta el homicidio mediante trampa, emboscada o a traición del que aguarda y acecha; la alevosía sorpresiva, caracterizada por el ataque súbito, inesperado e imprevisto. Y la alevosía por desvalimiento en la que el agente se aprovecha de una especial situación y desamparo de la víctima que impide cualquier reacción defensiva, como cuando se ataca a un niño o a una persona inconsciente (263/2009, de 18 de marzo [LA LEY 14405/2009]; 1338/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 10382/2004]; 1556/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 429/2004]; 1352/2003, de 21 de octubre [LA LEY 225/2004]; 1396/2003, de 22 de octubre [LA LEY 10683/2004] y 169/2003, de 10 de febrero [LA LEY 2000/2003], entre otras muchas). En el mismo sentido, pero con mayor profusión la 888/2008, de 10 de diciembre [LA LEY 235243/2008] y la 713/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 169570/2008] señalan que la jurisprudencia distingue entre las distintas modalidades ejecutivas de naturaleza alevosa: a) alevosía proditoria, equivalente a la traición y que incluye la asechanza, insidia, emboscada o celada, situaciones en que el sujeto agresor se oculta y cae sobre la víctima en momento y lugar que aquélla no espera; b) alevosía súbita o inopinada, llamada también sorpresiva, en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquélla actúa de forma imprevista, fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la

posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible, y c) alevosía de desvalimiento, en que el sujeto agente aprovecha una situación de absoluto desamparo de la víctima, como acontece en los casos de niños de corta edad, ancianos debilitados, enfermos graves o personas ebrias en fase letárgica o comatosa, dormidas o privadas de conocimiento.

En la proditoria o a traición destaca como elemento esencial lo inesperado del ataque, también el abuso de confianza con el que actúa el sujeto activo respecto al pasivo que no espera, o porque no teme, dada la relación de confianza existente, una agresión como la efectuada. Así, en la 210/1996, de 11 de marzo [LA LEY 3906/1996], se recuerda que la alevosía requiere esencialmente más el aprovechamiento de la confianza de la víctima, generadora de la situación de indefensión, que una superioridad física y material del autor. En el mismo sentido, la 343/2000, de 7 de marzo [LA LEY 5504/2000], que afirma que la modalidad de alevosía proditoria requiere traición y éste presupone una especial relación de confianza que ha sido defraudada por el autor (417/2008, de 30 de junio [LA LEY 96273/2008] 82/2005, de 28 de enero [LA LEY 793/2005]). Por ello, la agresión realizada quebrantando una situación de confianza en la que la víctima además de una indefensión física sufre un estado de indefensión anímico, no desaparece por la posible existencia de hematomas o rasgos defensivos, pues una cosa es la defensa activa que se realice o pueda realizarse y otra cosa es la que podíamos llamar defensa pasiva o simple autoprotección equiparable en lo que comúnmente suele llamarse instinto de autoprotección (417/2008, de 30 de junio [LA LEY 96273/2008], con cita de la 357/1997, de 20 de marzo [LA LEY 5371/1997]).

Una de las modalidades de ataque alevoso es el realizado por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino —382/2001, de 13 de marzo [LA LEY 3737/2001]—. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Esta modalidad de la alevosía es apreciable en los casos en los que se ataca sin previo aviso. También reviste este carácter cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento, se produce un cambio cualitativo en la situación —178/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3575/2001]—, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en modo alguno en función de las concretas circunstancias del hecho (25/2009, de 22 de enero [LA LEY 1186/2009]; 1081/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 250582/2007]; 505/2004, de 25 de abril [LA LEY 12762/2004] y 1214/2003, de 24 de septiembre [LA LEY 10194/2004]). En sentido parecido, la 172/2009, de 24 de febrero [LA LEY 4695/2009]; 1031/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 2803/2003]; 60/2002, de 28 de enero [LA LEY 22408/2002] y 2105/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 200276/2001].

El automatismo interpretativo, que tradicionalmente excluía la alevosía en el caso de riña mutuamente aceptada, ha sido superado. No se puede admitir, como pauta de comportamiento, aceptada por los usos sociales, que, una vez surgida una discusión o riña, cualquier medio empleado para dirimir las diferencias, ya no puede ser calificado como alevoso. Esta posición ya ha sido adoptada, en numerosas Sentencias de esta Sala, entre las que podemos citar la 377/1997, de 20 de marzo [LA LEY 5371/1997], en la que se establece, como criterio general, que la alevosía es compatible con la autoprotección y defensa pasiva surgida como reacción del instinto de protección. También se mantiene que la situación de riña aceptada y reconocida no ampara la utilización sorpresiva de un arma blanca de considerables proporciones dirigidas hacia una zona vital como el tórax y sin que la víctima tuviera tiempo de reaccionar (941/2003, de

30 de junio [LA LEY 13094/2003] y 777/2003, de 2 de junio [LA LEY 2599/2003]). En el mismo sentido la 907/2008, de 18 de diciembre [LA LEY 226045/2008] con cita de la 742/2007, de 26 de septiembre [LA LEY 154073/2007], señala que generalmente se ha excluido la alevosía en los supuestos en los que el ataque se realiza en el marco de una pelea o discusión violenta previa, pues se entiende que en esos casos puede considerarse la existencia de posibilidades de defensa por parte del sujeto atacado en cuanto puede afirmarse que debe estar precavido ante una posible agresión de su contendiente. Aunque, de un lado, se ha admitido la alevosía en casos de saltos cualitativos objetivamente inesperados, y de otro, también cuando la agresión inicial, ya alevosa al reunir todas las características exigidas, ha situado a la persona agredida en una situación de indefensión de la que no ha podido recuperarse a lo largo de la continuación de desarrollo del ataque.

Concorre la alevosía por desvalimiento tanto cuando la indefensión de la víctima ha sido deliberadamente provocada por el autor como si éste, conscientemente, se aprovecha de esa situación para asegurar el resultado de la acción homicida. Así se declara en la 743/2002, de 26 de abril de 2002 [LA LEY 10118/2003], recogiendo las 698/1993, de 29 de marzo [LA LEY 15370-R/1993], 529/1994, de 8 de marzo [LA LEY 2871/1994] y 934/1997, de 26 de junio [LA LEY 7581/1997], cuando expresa que para que exista alevosía no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone (550/2008, de 18 de septiembre [LA LEY 137770/2008]; 1464/2003, de 4 de noviembre [LA LEY 11132/2004]; 414/2003, de 24 de marzo [LA LEY 56728/2003] y 2389/2001, de 14 de diciembre [LA LEY 225614/2001], entre otras). El desvalimiento en la que se encuentran determinadas personas, puede tener carácter permanente, como acontece en el caso de los niños —978/2007, de 5 de noviembre [LA LEY 193641/2007]—, ancianos debilitados, inválidos, ciegos, etc.; o bien accidental, como los enfermos graves, las personas ebrias en estado letárgico o comatoso, las que duermen, las drogadas, etc. (1717/2001, de 27 de septiembre [LA LEY 170402/2001]). Con mayor amplitud, la 848/2007, de 31 de octubre [LA LEY 185194/2007] hace referencia a niños, ancianos, ebrios, etc.

La supresión en el vigente art. 139 CP, como cualificadora del delito de asesinato, de la circunstancia de cometer el hecho «por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo» parece responder a que el legislador ha estimado —con razón— que tales medios son esencialmente alevosos y que, por ello, es suficiente utilizar para la definición del tipo el término genérico de la alevosía (465/2008, de 7 de julio [LA LEY 96513/2008]).

Alevosía sobrevenida

Aunque la jurisprudencia mantuvo durante bastante tiempo que la conducta del culpable había de ser alevosa desde el primer momento, constituye actualmente doctrina jurisprudencial consolidada la que admite la llamada «alevosía sobrevenida», que podrá apreciarse en aquellos supuestos excepcionales en los que se dé una sucesión de distintos hechos claramente diferenciados en el curso del hecho enjuiciado, lo que sucede cuando se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esta última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la víctima en forma alguna (99/2007, de 2 de febrero, con cita de 896/2006, de 14 de septiembre [LA LEY 106034/2006]). La indefensión sobrevenida, se produce en ciertos casos aun cuando en el comienzo de la agresión no se halle presente la agravante, siempre que en una segunda secuencia de la actuación del autor, el ataque se reanude aprovechando éste la indefen-

sión en que se encuentra la víctima. Es decir, la alevosía sobrevenida surge cuando en un momento posterior de la actuación agresiva, se aprovecha por el sujeto activo la situación de absoluta indefensión en que se encuentra la víctima para ejecutar una nueva y diferente agresión distinta a la anteriormente realizada (640/2008, de 8 de octubre [LA LEY 158345/2008], con cita de la 550/2008, de 18 de septiembre [LA LEY 137770/2008]). En el mismo sentido, la 1089/2007, de 17 de diciembre [LA LEY 256485/2007].

Incluso se había dicho que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución sino que es suficiente que se aproveche, en cualquier momento y de forma consciente, de la situación de la víctima así como la facilidad que ello supone (310/2004, de 10 de marzo [LA LEY 1465/2004], con cita, entre otras, de la 743/2002, de 26 de abril [LA LEY 10118/2003], 58/2004, de 26 de enero [LA LEY 989/2004] y 1567/2003, de 25 de noviembre [LA LEY 430/2004]).

Por el contrario, no habría lugar a la estimación de la alevosía sobrevenida si, en los distintos lances de una agresión o serie de agresiones consecutivas, el sujeto abate a la víctima y ya indefensa ésta como consecuencia de la confrontación se le remata (1065/2002, de 6 de junio [LA LEY 7256/2002]). En sentido análogo, la 2536/2001, de 31 de diciembre [LA LEY 236050/2001], con cita de la 225/2000, de 21 de febrero [LA LEY 5798/2000]. La alevosía sobrevenida exige que, después de haber concluido un inicial enfrentamiento, se produzca un cambio cualitativo de la situación, en que los partícipes entienden que se han superado los momentos de tensión y existen razones para no esperar nuevas agresiones. Un nuevo ataque puede encerrar sorpresa, hallando a la víctima confiada e indefensa, con el consiguiente aseguramiento del desenlace, sin riesgo de reacción defensiva (306/2005, de 8 de marzo [LA LEY 11878/2005]).

Un caso inverso al de la alevosía sobrevenida es el del inicio repentino de una agresión general contra un grupo de presentes en cuyo curso tiene lugar una agresión concreta a una persona respecto de la que no se ha tendido a eliminar sus posibilidades de defensa (693/2004, de 26 de mayo [LA LEY 11516/2005]).

Alevosía y dolo eventual

La compatibilidad entre la existencia de la alevosía que cualifica el tipo de asesinato y el resultado de muerte producido no querido directamente por el sujeto, pero sí aceptado por el mismo se ha negado por las 219/1996, de 15 de marzo [LA LEY 5030/1996], y 395/1999, de 15 de abril [LA LEY 5620/1999]. Existe otra corriente doctrinal y jurisprudencial que admite la compatibilidad de la alevosía cuando el resultado de muerte es aceptado o resignado por el autor y no directamente querido. La Jurisprudencia más reciente de esta Sala se adscribe a este segundo grupo —línea admitida por las 975/1996, de 21 de enero de 1997 [LA LEY 1426/1997], 1006/1999, de 21 de junio, y más recientemente la 1011/2001, de 4 de junio [LA LEY 6276/2001] (71/2003, de 20 de enero [LA LEY 12829/2003], 119/2004, de 2 de febrero [LA LEY 1236/2004], 415/2004, de 25 de marzo [LA LEY 12115/2004], 514/2004, de 12 de abril y 694/2004, de 27 de mayo [LA LEY 1953713/2004]); 664/2007, de 17 de julio [LA LEY 110937/2007]; 819/2007, de 4 de octubre [LA LEY 165838/2007]; 978/2007, de 5 de noviembre [LA LEY 193641/2007]; 743/2008, de 14 de octubre [LA LEY 193685/2008]—. En sentido parecido se dice en la 1010/2002, de 3 de junio [LA LEY 10122/2003], que en el asesinato alevoso se requiere dolo directo respecto de la situación de indefensión de la víctima, pero no es necesario que esta forma de dolo se haya dado respecto del resultado de muerte.

Compatibilidad con estados de alteración mental

La enajenación mental completa y la alevosía se han considerado compatibles (47/2004, de 23 de enero [LA LEY 1003/2004]). La 169/2003, de 10 de febrero [LA LEY 2000/2003], con cita de las de 3 de junio de 1991 [LA LEY 10549/1991], 21 de marzo de 1988 [LA LEY 1374-2/1988] y 17 de noviembre de 1988 [LA LEY 698-2/1988] y 24 de febrero de 1989 [LA LEY 190-JF/0000], ha declarado la compatibilidad de la alevosía con la enajenación mental incompleta, exigiendo en el agente el suficiente grado de consciencia y lucidez para captar el alcance del medio o instrumento empleado y de la forma de agresión. En sentido análogo, la 81/2007, de 12 de febrero [LA LEY 3273/20] y 1437/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 1721/2003]. La 119/2004, de 2 de febrero [LA LEY 1236/2004], con cita de la 609/2003, de 10 de febrero [LA LEY 12728/2003], ha declarado compatible la alevosía, además de con la enajenación mental incompleta, con el trastorno mental transitorio. La compatibilidad de la alevosía con la drogadicción con disminución de las facultades intelectivas ha sido admitida por la 2182/2002, de 31 de diciembre [LA LEY 1752/2003]. La compatibilidad entre la alevosía y la embriaguez también ha sido admitida, siempre que el agente mantenga el suficiente grado de conciencia o lucidez para captar el alcance del medio empleado, la forma de agresión o el aprovechamiento de esos medios y formas de los que hace uso, pues la perturbación psíquica, que afecta a la capacidad de acción y a la motivación, no impide la elección de medios, modos o formas en la ejecución si el sujeto mantiene su voluntad e inteligencia en la acción que realiza. Si la afectación de las facultades del recurrente se concluye que son leves, en ningún caso es dable asumir la relevancia que se pretende al hecho de la ingesta de las bebidas alcohólicas. Incluso en casos de perturbación más profunda, apreciada como eximente incompleta, es posible apreciar al mismo tiempo la agravante de alevosía, siempre que de las circunstancias del hecho pueda deducirse que el sujeto era consciente de las características de su acción y de que con ellas se producía la supresión de las posibilidades de defensa de la víctima (1866/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 707/2003], con cita de las SS 273/1998, de 28 de febrero [LA LEY 4938/1998], 384/2000, de 13 de marzo [LA LEY 6565/2000] y 167/2000, de 4 de febrero [LA LEY 4168/2000]).

Alevosía y abuso de superioridad

La diferencia entre el abuso de superioridad y la alevosía se encuentra en que, para que ésta concurra, no basta debilitar la defensa del ofendido, sino que ha de existir una conducta tendente a su eliminación, pero por muy intensa que sea tal debilitación, si queda alguna posibilidad de defenderse, pese a la singular vileza del hecho (comunes a la alevosía y al abuso de superioridad) que le dota de una especial reprochabilidad, no hay alevosía y sí abuso de superioridad (357/2002, de 31 de diciembre [LA LEY 4741/2002]). El deslinde de la alevosía con la agravante ordinaria de abuso de superioridad (art. 22.2 CP), difícil en muchas ocasiones, debe ser analizado cuidadosamente caso a caso, por cuanto se trata de determinar, a la luz de las circunstancias concurrentes, si la defensa por parte de la víctima ha sido eliminada en base a los medios, modos o formas empleadas o por el contrario solamente se ha debilitado o disminuido, en el entendimiento desde luego que esta última alternativa no puede ser simbólica sino dotada de un mínimo de efectividad (104/2007, de 24 de enero [LA LEY 3276/2007]).

Alevosía y detención ilegal

No cabe apreciar separadamente un delito contra la libertad en forma de detención ilegal porque el hecho de la privación de libertad ambulatoria a la víctima fue resultado inherente a tenerla

sus captores a su merced y en situación de desvalimiento e indefensión, que ya se han tomado en cuenta para apreciar la alevosía caracterizadora del homicidio, convirtiéndolo en asesinato. Por contra, no sucede lo mismo con la sustracción, sin ánimo apropiatorio, del vehículo de la víctima que no se presenta como necesariamente inherente a todo el *iter* causal del asesinato, por lo que debe ser objeto de separada punición (1385/1998, de 17 de noviembre [LA LEY 493/1999]).

Precio, recompensa o promesa

La agravante es predicable tanto respecto al sicario, como respecto al que, mediante el precio entregado o prometido, corrompe a tercero, y le induce a causar la muerte de otra persona (791/1998, de 13 de noviembre [LA LEY 122502/1998], con cita de las de 7 julio 1983 [LA LEY 8017-JF/0000], 25 abril 1985 [LA LEY 9940-JF/0000] y 21 octubre 1991).

La incompatibilidad de la inducción y la agravante de precio se ha puesto de manifiesto por la 1813/2002, de 31 de octubre [LA LEY 603/2003], considerando: de un lado, que el asesinato es una forma agravada del homicidio; y, de otro, que para que sea aplicable la agravación de precio es preciso que éste motive el hecho del que lo recibe. Entonces es evidente que la agravación funciona como instrumento de la inducción. En otras palabras, hay inducción porque mediando precio se creó el dolo en el ejecutor. Consiguientemente, no cabe apreciar la agravante de precio si ya ha sido tomada en consideración para conformar conceptualmente la inducción. Apoyándonos en una reiterada jurisprudencia, la aplicación de la agravante de precio requiere que éste sea el resorte para la realización del hecho, de lo que resulta que el precio se convierte en instrumento de la inducción, esto es, el precio se integra en la inducción por lo que no cabe una doble valoración jurídica, como inductor participe, equiparado al autor en su penalidad, y como presupuesto de la agravación específica. La misma Sentencia añade que podría sustentarse una solución distinta si mantuviéramos que la agravación opera de forma objetiva y automática al inductor y al ejecutor, criterio que nunca ha mantenido la jurisprudencia de esta Sala que, aun en los supuestos en los que afirmaba la bilateralidad, también mantuvo la necesidad de que en la agravante de precio se compruebe que concurra la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulos que encierra.

Ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido

El art. 139.3 CP define la agravación de ensañamiento con la fórmula «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido». La agravación genérica del art. 22.5 añade a esa definición, «causando a éste padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». La diferencia en la definición del ensañamiento podría llevar a pensar que se trata de dos tipos de ensañamiento distintos, el que califica al homicidio y el que integra la agravante genérica. En tal caso, la expresión padecimientos innecesarios determinaría una mayor objetivización de la agravación. Pero el análisis de las dos definiciones conduce a otorgarles el mismo contenido, pues ambas coinciden en realidad sustancialmente. Cuando se establece que para integrar el presupuesto de la agravación el autor debe aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido, lo que se está afirmando es que debe causar padecimientos innecesarios para la ejecución del delito. En la agravante de ensañamiento se distingue el **elemento objetivo**, caracterizado por la efectiva causación de unos males innecesarios, esto es, aquellos resultados de la acción que no sean necesarios a la finalidad perseguida por el autor. Y otro **elemento subjetivo**, por el que el autor del hecho asume la innecesariedad de su acción, el carácter buscado del exceso. El autor, deliberadamente, asume que la acción que desarrolla ya no persigue la realización del delito, sino persigue un aumento del

dolor causado con actos innecesarios a la ejecución del delito (1221/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 10991/2004]; 1176/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 10073/2004] y 1767/2002, de 29 de octubre [LA LEY 463/2003], entre otras muchas). En sentido análogo, pero con mayores matices la 713/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 169570/2008], y la 775/2005, de 12 de abril [LA LEY 2024739/2005], señalan que el art. 139 CP se refiere al ensañamiento como agravante específica del asesinato con la expresión «aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido», y por su parte, el art. 22.5.^a, sin utilizar el término, considera circunstancia agravante genérica «aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causado a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito». En ambos casos se hace referencia a una forma de actuar en la que el autor, en el curso de la ejecución del hecho, además de perseguir el resultado propio del delito, en el asesinato la muerte de la víctima causa, de forma deliberada otros males que exceden a los necesariamente unidos a la acción típica, por lo tanto innecesarios objetivamente para alcanzar el resultado buscando la provocación de un sufrimiento añadido a la víctima, «la maldad brutal sin finalidad», en clásica definición de la doctrina penalista, males innecesarios causados por el simple placer de hacer daño, lo que supone una mayor gravedad del injusto típico. Se requieren, pues, dos **elementos**: uno **objetivo**, constituido por la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado típico, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima. Y otro **subjetivo**, consistente en que el autor debe ejecutar, de modo consciente y deliberado, unos actos que ya no están dirigidos de modo directo a la consumación del delito, sino al aumento del sufrimiento de la víctima; elemento subjetivo consistente en el carácter deliberado del exceso, precisando también esta Sala que dicho elemento no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno.

El elemento subjetivo que caracteriza el ensañamiento ha de ser deducido de los hechos objetivos acreditados (1613/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 7771/2001] y 1443/2000, de 20 de septiembre [LA LEY 10742/2000]), y no puede ser confundido sistemáticamente con el placer morboso que se pueda experimentar con el sufrimiento ajeno (1760/2003, de 26 de diciembre [LA LEY 218352/2003]). La circunstancia del art. 139.3.^o requiere la causación de males objetivamente innecesarios para alcanzar el resultado mortal, que aumentan el dolor o sufrimiento de la víctima, y que el agresor los ejecute consciente y deliberadamente con esa finalidad; intención que se desprende de que el ejecutante conozca que determinadas acciones son suficientes para causar la muerte y no aparezca otra razón probable y verosímil para llevar a cabo los actos superfluos pero incrementadores del dolor o del sufrimiento. Y esa jurisprudencia añade que el hecho de que la muerte sobreviniese a la víctima en pocos minutos, como consecuencia de un shock hipovolémico, no convierte en irrazonable la apreciación del elemento subjetivo si el agresor no cesa de inferir heridas, obviamente dolorosas, durante el lapso de sobrevivencia (653/2007, de 2 de julio [LA LEY 132469/2007]).

A veces la doctrina de esta Sala habla de la necesidad de un ánimo frío, reflexivo y sereno en el autor, como una proyección concreta de este doble elemento subjetivo (deliberación e inhumanidad); sin embargo, tal no es necesario como bien razona la reciente Sentencia de esta Sala, de 27 de febrero de 2001, pues el desvalor de la acción y del resultado que constituye el fundamento de este elemento del delito de asesinato, cuando va acompañado del otro requisito subjetivo al que nos estamos refiriendo, no puede quedar subordinado al temperamento o modo de ser específico del autor del delito, que es el que determina un comportamiento más o menos frío o reflexivo o más o menos apasionado o acalorado. La mayor antijuridicidad del hecho y la mayor reprochabilidad del autor, que habrían de derivar de ese aumento deliberado e inhumano del dolor del

ofendido, nada tienen que ver con esa frialdad de ánimo o ese acaloramiento que la realización del hecho puede producir en el autor del delito. Hay quien controla más y quien controla menos sus sentimientos. Hay quien deja que esos sentimientos afloren y puedan ser observados por otros. Y hay quien los mantiene disimulados en su interior. Y de esto no puede hacerse depender la existencia o no de ensañamiento (775/2005, de 12 de abril [LA LEY 2024739/2005], 1457/2002, de 9 de septiembre [LA LEY 146663/2002]). Y en el mismo sentido, la 1176/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 10073/2004].

La enajenación mental completa y el ensañamiento se han considerado compatibles (47/2004, de 23 de enero [LA LEY 1003/2004]). Asimismo, la alteración psíquica de carácter incompleto, teniendo en cuenta el grado de imputabilidad y conocimiento del alcance de sus actos, se ha declarado compatible con el ensañamiento (688/2007, de 18 de julio [LA LEY 79559/2007]). La embriaguez y el ensañamiento también se han considerado compatibles (419/2003, de 25 de marzo [LA LEY 12245/2003]).

Artículo 140.

Cuando en un asesinato concurren más de una de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de prisión de veinte a veinticinco años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 139.

El art. 140 constituye una novedad del CP 1995. La jurisprudencia anterior venía estableciendo que cuando concurren varias agravantes, una cualifica el asesinato y las otras actúan como agravantes genéricas (2389/2001, de 14 de diciembre [LA LEY 225614/2001]). Ahora se ha establecido un subtipo cualificado (780/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2350/2003]).

Artículo 141.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los tres artículos precedentes, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada en su caso en los artículos anteriores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

La provocación, la proposición y la conspiración son formas de aparición del delito, situadas entre la mera preparación y los grados imperfectos de ejecución, que se caracterizan como resoluciones manifestadas. Son figuras que se solapan, por lo que cabe que la intervención de una persona en el proyecto delictivo merezca tanto encajarse en la conspiración, como en la provocación (791/1998, de 13 de noviembre [LA LEY 122502/1998]).

La apreciación de la conspiración requiere la concurrencia de cinco requisitos: a) el concurso de dos o más personas, que reúnan las condiciones necesarias para poder ser autores del delito proyectado; b) el concierto de voluntades entre ellas o *pactum scaeleris*; c) la resolución ejecutiva de todas y cada una de ellas, o decisión sobre la efectividad de lo proyectado, *resolutio finis*; d) que dicha resolución tenga por objeto la ejecución de un concreto delito, que sea de aquellos que el legislador ha considerado especialmente merecedores del adelantamiento de las barreras de protección penal, sancionando expresamente los actos de conspiración (arts. 141, 151, 168, 269, 304, 373, 477, 488, 519, 548, 553, 578, 585 y 615 del Código Penal de 1995); e) que exista un lapso de tiempo relevante entre el acuerdo y la realización, entre el proyecto y la acción directa, que permita apreciar una mínima firmeza de la resolución, ya que no puede calificarse como conspiración el mutuo acuerdo surgido espontáneamente y de repente, cuando se aprecia la posibilidad inmediata de realización de un hecho delictivo, sin reflexión alguna (requisito de la temporalidad). Como elemento o requisito negativo, la sanción como conspiración requiere que no haya dado comienzo la ejecución delictiva (1574/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 281/1999]).

Son elementos definidores de la **provocación**: a) la iniciativa para la ejecución de uno o varios hechos delictivos, no bastando con una estimulación vaga y generalizada; b) percepción por el destinatario de las palabras o medios excitantes; c) que la incitación tenga virtualidad suasoria y de convencimiento (791/1998, de 13 de noviembre [LA LEY 122502/1998]).

Los requisitos para que nos hallemos ante la proposición merecedora de punición son, en primer lugar, que exista previsión legal expresa en el supuesto del delito objeto de la propuesta, y aquí la hay a la vista del ya meritado art. 141 del Código Penal, mientras que, en segundo lugar, la conducta ha de consistir en una propuesta o invitación a tercera persona que, hasta ese momento no hubiera decidido ya, por sí misma, la ejecución del mismo ilícito, para que lo lleve a cabo, juntamente con el proponente o en sustitución de éste. Esa propuesta ha de referirse a la ejecución de algo posible y ser lo suficientemente seria y mínimamente eficaz para que adquiera la relevancia penal necesaria. Pero no requiere la aceptación por el destinatario (1113/2003, de 25 de julio [LA LEY 2833/2003]).

Reiterada doctrina jurisprudencial —SS de 5 julio 1948, 19 abril 1965, 19 mayo 1978, 21 octubre 1987 [LA LEY 528-2/1987], 24 octubre 1989 [LA LEY 139582/1999], 24 octubre 1990 [LA LEY 613/1991], 6 marzo 1991 [LA LEY 1853/1991] y 649/1996, de 7 diciembre [LA LEY 425/1997], entre otras—, reconoce la eficacia del **desistimiento** en la conspiración, aplicando la regulación relativa a la tentativa, pues si dicha eficacia se admite cuando ya se ha iniciado la ejecución, con más razón ha de ser reconocida cuando dicha ejecución aún no ha comenzado, y en consecuencia el peligro para el bien jurídico protegido es más remoto. El desistimiento ajeno, desconocido por el recurrente y por tanto sin incidencia alguna en su propia resolución, no puede tener eficacia exculpatoria, pues debe ser propio y voluntario, como exigía la doctrina jurisprudencial interpretadora del Código Penal 1973 (por ejemplo, Sentencia de 6 marzo 1991 [LA LEY 1853/1991]) y hoy establece de modo expreso el art. 16.3.º del Código Penal 1995 —«Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad criminal aquel o aquellos que desistan»— (1574/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 281/1999]).

El **dolo eventual** es difícilmente compatible con el tipo preparatorio específico descrito en el art. 141 CP (421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]).

Ver también la jurisprudencia aneja al art. 17 CP.

Artículo 142.

1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.

2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.

3. Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 138 y 621.2.

Elementos

Con relación al delito de homicidio imprudente, previsto en el art. 142 CP, la imprudencia exige: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) una infracción del deber de cuidado; c) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta, y d) la creación de un riesgo previsible y evitable. La imprudencia viene integrada por un elemento psicológico (que consiste en el poder y facultad humana de previsión y que se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso) y un elemento normativo (representado por la infracción del deber de cuidado). La relación de causalidad a que se ha hecho mención ha de ser directa, completa e inmediata, así como eficiente y sin interferencias. El deber de cuidado, que está en la base de toda imprudencia, puede provenir de un precepto jurídico o de la norma de la común experiencia general, admitida en el desenvolvimiento ordinario de la vida (270/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1333/2005] y 636/2002, de 15 de abril [LA LEY 6680/2002]).

En el mismo sentido se ha señalado que la comisión de un delito de imprudencia exige: una acción u omisión voluntaria, la creación con ella de una situación de riesgo previsible y evitable, la infracción de una norma de cuidado y la producción de un resultado dañoso —hoy no de cualquiera sino del propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa— derivado de aquella descuidada conducta, de forma que entre ésta y el daño exista una adecuada relación de causalidad. El delito de imprudencia tiene, pues, la siguiente estructura: a) el tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado, esto es, en el incumplimiento del deber de advertir el riesgo creado por la acción u omisión y, en su caso, de evitar que el riesgo advertido se concrete en una efectiva lesión. Y, de otro, en la resultancia de un hecho previsto en uno de los tipos delictivos que, en virtud de un precepto expreso de la Ley, admiten la forma culposa; b) el tipo subjetivo, por su parte, está integrado por la ausencia de intención o voluntad con respecto al resultado dañoso y por la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado cuyo cumplimiento se omite conscientemente, pudiendo presentar esta parte subjetiva del tipo dos formas que no difieren precisamente por su gravedad, sino por la naturaleza del deber de cuidado infringido, cuales son la culpa inconsciente en que se infringe voluntariamente el deber de advertir el riesgo y la culpa consciente en que se

infringe de la misma manera el deber de evitar el riesgo advertido (1351/2002, de 19 de julio [LA LEY 137137/2002], con cita de la 1904/2001, de 23 de octubre [LA LEY 476/2002]).

Culpa grave

La culpa grave del CP 1995 se identifica con la imprudencia temeraria del anterior Código Penal (2411/2001, de 1 de abril de 2002 [LA LEY 4850/2002]; 2445/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 232744/2001]; 1763/2001, de 19 de diciembre, entre otras). La gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo (2235/2001, de 30 de noviembre [LA LEY 2254/2002]), debiendo exigirse más nivel de cuidado respecto de la vida e integridad física que respecto a los bienes (2445/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 232744/2001] y 1133/2001, de 11 de junio, entre otras).

Para diferenciar la imprudencia grave de la leve habrá que ponderar: a) la mayor o menor falta de diligencia; b) la mayor o menor previsibilidad del evento, y c) la mayor o menor infracción de los deberes de cuidado que, según las normas socioculturales vigentes, de él se espera (2411/2001, de 1 de abril de 2002 [LA LEY 4850/2002], con cita de la 1841/2000, de 1 de diciembre [LA LEY 1313/2001]; 1763/2001, de 19 de diciembre, entre otras). El criterio fundamental para distinguir entre la imprudencia grave y la imprudencia leve ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido, ya que la infracción de tal debe constituir el núcleo central acerca del cual gira todo el concepto de imprudencia punible. La previsibilidad es un elemento inherente al mismo concepto de deber de cuidado. Tal deber es inconcebible respecto de resultados no previsibles, en sentido potencial. El nivel más alto de la imprudencia está en la culpa con previsión. En el vértice opuesto se encuentra la culpa sin previsión. Pero la gravedad de la imprudencia está también en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de producción del resultado lesivo. Cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave (665/2004, de 30 de junio [LA LEY 1823/2004]).

La imprudencia grave se caracteriza por la desatención a las más elementales normas de cautela y a los deberes de cuidado más esenciales (2411/2001, de 1 de abril de 2002 [LA LEY 4850/2002]; 1763/2001, de 19 de diciembre; y 42/2000, de 19 de enero [LA LEY 17955/2000], entre otras muchas).

Participación

Cuando en la causación de un resultado hayan concurrido varias conductas culposas de distintos agentes, la gravedad de cada una de ellas pueda ser de distinto grado y gravedad. Por lo tanto, la concurrencia de plurales imprudencias no puede determinar automáticamente la degradación de todas para tener que calificarlas de leves sino que, sin perjuicio de la concurrencia de varias para el resultado, unas pueden ser graves y otras menos graves o leves, según la entidad del descuido de expectativas socialmente exigibles y la del deber objetivo de cuidados omitidos (860/2001, de 17 de mayo [LA LEY 7518/2001]).

Culpa de la víctima

La concurrencia de culpas del autor y la víctima en las infracciones penales por imprudencia se produce cuando ambos, con sus respectivos comportamientos imprudentes, han contribuido

causalmente a la producción del resultado. En estos casos, el Derecho penal, en principio, no tiene en cuenta el comportamiento del ofendido, sino que mide la responsabilidad criminal del autor por la propia conducta de éste, es decir, por la antijuridicidad y por la culpabilidad de su propia acción u omisión. Tal concurrencia de comportamientos se ha venido teniendo en cuenta en materia civil para distribuir los daños producidos en proporción a la intensidad de la culpa de cada uno y a la consiguiente contribución causal de ambas al resultado dañoso. Pero no a efectos penales: en donde lo había tal compensación de culpas. No obstante, a partir de 1970 se abrió camino una jurisprudencia de esta sala, muy insistente y razonada (SS 22-12-1970, 4-6-1971, 4-12-1971, 29-12-1972, 5-1-1973, 18-2-1973, 16-5-1974, 18-3-1975, 31-7-1982, 10-12-1982, y otras muchas), construida fundamentalmente sobre la relación de causalidad, de modo que habría de medirse la incidencia de cada conducta en el resultado para atribuir éste al sobreviviente y a la víctima en proporción a la diferente contribución de cada una en la producción del daño. Si había mayor contribución en la conducta del acusado y se reputaba irrelevante a efectos penales la aportación causal de la víctima, o se podía rebajar aquélla, rebaja que habría de producirse cuando esas contribuciones fueran equiparables, o, incluso en casos extremos de desigualdad se llegaba a eliminar la responsabilidad criminal del imputado en el proceso cuando se podía considerar la de éste como irrelevante, con el criterio preponderante de medición de una y otra conducta en cuanto a su aportación causal. Esta tesis jurisprudencial ha venido manteniéndose por esta Sala (S 29-2-1992), si bien en los últimos años existen algunas Sentencias que vuelven a la tesis tradicional de irrelevancia de la imprudencia de la víctima a efectos de fijar la responsabilidad penal del autor del delito, quedando en todo caso una eficacia compensatoria para la determinación de la cuantía de la indemnización civil. Esto último se manifiesta con evidente claridad en materia de accidentes de trabajo (SS de 19-10-2000, 17-5-2001, 5-9-2001 y 17-10-2001) en que se considera un principio definitivamente adquirido, como una manifestación más del carácter social que impera en las relaciones laborales, el de la necesidad de proteger al trabajador frente a sus propias imprudencias profesionales. En los casos de imprudencia relativa a la circulación de vehículos de motor es claro que, a diferencia de los accidentes laborales, no existe una legislación específica protectora de la víctima, pero también se ha puesto en tela de juicio la mencionada doctrina de la relevancia penal de la compensación de culpas (491/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5001/2002], citada por la 270/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1333/2005]).

La hipotética concurrencia de culpa de la víctima, nunca podría disminuir la entidad de la culpa del conductor, porque la situación de culpa en uno y otro no neutraliza ni degrada la más grave, sino que daría lugar a una situación en la que habría que valorar y calificar en su caso las diversas culpas que se apreciaran, con incidencia —si acaso— en la materia de indemnización civil, de conformidad con el art. 114 CP (1364/1998, de 22 de febrero de 1999 [LA LEY 3437/1999]).

Concursos

Cuando a consecuencia de una infracción del deber de cuidado se producen **diversos resultados**, con el Código actual estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir, si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal previsto en el art. 77 del CP (1133/2001, de 11 de junio, con cita de la 1550/2000, de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001]). En igual sentido, entre otras, las 1185/1999, de 12 de julio [LA LEY 11686/1999], y 1082/1999, de 28 de junio [LA LEY 10527/1999].

En los supuestos en que una conducta inicial de lesiones dolosas concluye finalmente en la muerte no deseada de la víctima, deben ser resueltos conforme a las reglas del concurso delictivo —**delito doloso de lesiones en concurso con delito de homicidio imprudente**— (1595/1999, de 17 de enero de 2000 [LA LEY 4683/2000], con cita de la 1577/1997, de 22 de diciembre [LA LEY 915/1998]). En igual sentido, la 1166/1998, de 10 de octubre [LA LEY 10908/1998].

Utilizando vehículo de motor, ciclomotor o arma de fuego

Cuando se trata de hechos relativos a la circulación de vehículos de motor son las circunstancias en que se produce la conducción las que en su apreciación global (con la suma de todas ellas) nos dirán la entidad (grave o no grave) de la imprudencia (1550/2000, de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001]). Ahora bien, hay hechos especialmente relevantes por sí mismos o en unión de otros a efectos de calificar la imprudencia como grave, como por ejemplo: la invasión de la zona izquierda de la calzada (1325/2000, de 17 de julio [LA LEY 9893/2000]); el atropello en un paso de peatones (720/2003, de 21 de mayo [LA LEY 12904/2003]; ATS 206/2001, de 7 de febrero; y 633/1999, de 14 de abril de 2000 [LA LEY 7955/2000], entre otras); la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (2147/2002, de 5 de marzo de 2003 [LA LEY 133557/1999]; 1133/2001, de 11 de junio y 1061/2001, de 1 de junio [LA LEY 7848/2001], entre otras); y la velocidad excesiva (1133/2001, de 11 de junio; 1061/2001, de 1 de junio [LA LEY 7848/2001]; 875/2001, de 10 de mayo [LA LEY 6451/2001] y 1550/2000, de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001], entre otras).

Imprudencia profesional

La doctrina tradicional de la Sala —SS, entre otras, de 23 de julio de 1987 [LA LEY 12498-JF/0000] y 24 de enero de 1990 [LA LEY 1151-2/1990]— distinguió entre la culpa del profesional, que no es más que una imprudencia común cometida por un profesional en el ejercicio de su arte, profesión u oficio, y la culpa propiamente profesional que consiste en la impericia. Esta distinción, no siempre fácilmente perceptible en la práctica —ni tampoco claramente justificable en su perspectiva político-criminal, puesto que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del inexperto— ha perdido lo que parecía ser su apoyo legal al sustituirse la redacción del párrafo segundo del art. 565 CP 1973 —en que los términos definitorios eran «impericia o negligencia profesional»— por la que presenta el apartado 3 del art. 142 CP 1995, ya vigente cuando se cometió el hecho enjuiciado, que alude escuetamente a la «imprudencia profesional». Es por ello por lo que la más reciente jurisprudencia elaborada sobre el nuevo texto legal —SS 811/1999, de 25 de mayo [LA LEY 8129/1999], 1606/1999, de 8 de noviembre [LA LEY 2693/2000] y 308/2001, de 26 de febrero [LA LEY 3275/2001]— viene insistiendo en que la imprudencia profesional sólo supone un plus de antijuridicidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional. Quiere esto decir que la imprudencia profesional —sobre la base, naturalmente, de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito— no debe sugerir una diferencia cualitativa, sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes. A la luz de este criterio, no parece que pueda suscitar demasiadas dudas la

corrección de aplicar a los dos recurrentes la norma que tipifica el tipo agravado de imprudencia profesional, teniendo en cuenta el valor absoluto de la vida humana que tenían encomendada en la ocasión de autos, la trascendencia de la norma de cuidado que infringieron y la elementalidad del deber de cuidado que dejaron de cumplir (1904/2001, de 23 de octubre [LA LEY 476/2002]).

Artículo 143.

1. El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

2. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona.

3. Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte.

4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.

CONCORDANCIAS

CP: art. 138

Ratio legis

Constituye la *ratio legis* del precepto, la desaprobación objetiva del suicidio por parte del ordenamiento jurídico, por lo que la conducta de favorecimiento o provocación dolosa por terceros se hace acreedora de pena (2031/1994, 23 de noviembre [LA LEY 14228/1994]).

Conducta

En la norma del art. 409 del CP (hoy 143, que contempla además la práctica de la eutanasia por solicitud de la víctima) se conjuntan tres modalidades punitivas, la **inducción** y el **auxilio no ejecutivo** al suicida, ambas en el inciso primero, y el llamado homicidio-suicidio, a su vez designado como **auxilio ejecutivo** al suicidio, inserto en el segundo inciso. Común a las varias figuras son los elementos de la muerte del suicida y la propia existencia de un suicidio en cuanto muerte querida y buscada por parte de una persona imputable. El suicidio consumado naturalmente no es delito ni puede serlo, mas la ley ni siquiera castiga el suicidio frustrado ni la tentativa —12 diciembre 1944—. El art. 409 castiga la **inducción** al suicidio, el **auxilio** al mismo, que puede implicar ayuda tanto necesaria como accesoria, y tanto activa como pasiva, que requiere, en todo caso, el consentimiento del auxiliado y que puede obedecer a móviles altruistas o morales —piedad, respeto, afecto o sumisión— pero también a móviles abyectos, y el auxilio hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, al que la doctrina denomina homicidio-suicidio, homicidio consensual, homicidio consentido, auxilio ejecutivo al suicidio o, finalmente, homicidio concertado

con la víctima que desea morir, figura delictiva que requiere inexcusablemente la anuencia del sacrificado (Sentencia de 15 diciembre 1977). El **auxilio** al suicidio supone una colaboración, una prestación coadyuvante que ofrezca una cierta significación y eficacia en la realización del proyecto que preside a un sujeto de acabar con su propia existencia. Tiene como límite inferior de la tipicidad la existencia de una mínima aptitud o eficiencia de la conducta desplegada por el sujeto activo en orden a la efectividad de los actos desplegados respecto del suicidio ajeno, y como límite máximo la propia ejecución material de la muerte del suicida, lo que llevaría a la aplicación del último inciso del referido artículo, auxilio ejecutivo al suicidio o ejecución material de la muerte consentida. Como certeramente se señala en la Sentencia impugnada, el caso del mero auxiliador, necesario o no, como el del auxilio ejecutivo del suicidio, requieren que la conducta del sujeto activo sea de colaboración prestada a la muerte, en relación de causalidad con su producción y con pleno conocimiento y voluntad de cooperar a la misma, de tal modo que sea el propio suicida el que tenga, en todo momento, el dominio del hecho, o sea, el sujeto activo no haga otra cosa que cumplir la voluntad libre y espontáneamente conformada y expresamente formulada por quien en todo momento decide su finalización o desiste. Requisitos que encuentran cumplida presencia en el supuesto contemplado (2031/1994, de 23 de noviembre [LA LEY 14228/1994]).

Ver también la jurisprudencia relativa a la autoría y participación en general, que figura tras los arts. 27 y ss. CP.

TÍTULO II

DEL ABORTO

Artículo 144.

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 57, 138, 139 y 157.

Bien jurídico protegido

La vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —la vida humana— garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional (STC 53/1985, de 11 de abril [LA LEY 9898-JF/0000]). El bien jurídico en el delito de aborto es precisamente la vida del *nasciturus*, es decir, uno de los primeros en la jerarquía de valores defendibles jurídica y socialmente, por lo que su esencia está constituida por la muerte del feto mediante su destrucción en el vientre materno o por

su provocada expulsión prematura, formas ambas de extinción de la esperanza de vida que también en el CC encuentra protección desde el momento de la concepción —art. 29— (1613/1992, de 27 de junio [LA LEY 2473/1992]).

Objeto material

Lo es el feto hasta el comienzo del parto. El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002] y 726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999]). Biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen (746/1996, de 23 de octubre [LA LEY 498/1997]).

Conducta

El aborto, aunque no se diga expresamente en el Texto Penal —arts. 144 a 146 inclusive, que constituyen el Título II del Libro II CP— como tampoco en el del Código precedente, consiste en la interrupción del proceso fisiológico de gestación con finalidad de destrucción del resultado de la concepción si es doloso y, en el caso de aborto culposo, cuando ese resultado de destrucción se produce como consecuencia en vía causal de una conducta culposa grave —art. 146— (811/1999, de 25 de mayo [LA LEY 8129/1999]).

Es indiferente que la muerte del feto tenga lugar dentro del útero o después de la expulsión, o incluso entre una y otra situación (746/1996, de 23 de octubre [LA LEY 498/1997]).

Elementos subjetivos

La Ley no dice nada que haga suponer que el legislador ha querido condicionar el dolo del delito de aborto a alguna exigencia especial del elemento subjetivo. Ante el silencio que guarda la Ley, es evidente que lo único que se requiere es que el autor haya obrado con dolo. Otros elementos subjetivos ni surgen del texto ni son necesarios según el sentido teleológico del tipo (746/1996, de 23 de octubre [LA LEY 498/1997]).

El dolo puede ser directo o eventual (19 de septiembre de 1990 [LA LEY 1279-JF/0000]).

Concursos

Se ha apreciado **concurso ideal** entre: aborto doloso y homicidio imprudente (30 de marzo de 1985 [LA LEY 9873-JF/0000] y 3 de abril de 1985 [LA LEY 9884-JF/0000]); aborto doloso y lesiones imprudentes (18 de diciembre de 1982 [LA LEY 7449-JF/0000] y 17 de marzo de 1989 [LA LEY 114439-JF/0000]); aborto doloso e intrusismo (9 de octubre de 1990 [LA LEY 450/1991]); y homicidio doloso y aborto doloso (357/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4741/2002]).

Artículo 145.

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación

especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 137, 138 y 157.

CP 1973: art. 417 bis (transcrito).

RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo (transcrito).

El art. 417 bis del CP 1973, declarado vigente por la Disposición Derogatoria Única 1.^a de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, tiene el siguiente tenor:

«1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindir del dictamen y del consentimiento expreso.

2.^a Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.^a Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos».

El RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, tiene el siguiente tenor:

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril [LA LEY 9898-JF/0000], exige la comprobación del supuesto de hecho en los casos de aborto terapéutico y eugenésico, así como que el aborto se realice en centros sanitarios públicos o privados autorizados al efecto o

mediante otra solución similar dentro del marco constitucional. Concretamente, la Sentencia recuerda «el deber del Estado de garantizar que la realización del aborto se llevará a cabo dentro de los límites previstos por el legislador y en las condiciones médicas adecuadas para la salvaguardia del derecho a la vida y a la salud de la mujer».

El art. 417 bis del Código Penal declara expresamente no punible la práctica del aborto en los supuestos de «grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada», «delito de violación» y «presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas»; determina las comprobaciones previas que han de constar, exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada y la realización del aborto por el Médico o bajo su dirección en centros o establecimientos públicos o privados acreditados.

El presente Real Decreto viene a precisar y facilitar el estricto cumplimiento de los requisitos legales y sanitarios exigibles en los casos y circunstancias a que se refiere la citada Ley, así como la correspondiente adecuación de la estructura asistencial y sanitaria, habida cuenta de la experiencia acumulada desde la publicación de la Orden de 31 de julio de 1985, siguiendo las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud y organizaciones profesionales de carácter internacional, y la entrada en vigor de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, de acuerdo con lo previsto en sus arts. 29.2, 40.7 y Disposición Final Cuarta.

Como es lógico, los referidos requisitos o exigencias no son de aplicación en los supuestos de exención de responsabilidad, ni en la legítima atención o intervención médica o quirúrgica.

En su virtud, previo informe favorable del Ministerio de Justicia y a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 21 de noviembre de 1986, dispongo:

I

De los centros acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo

Art. 1. A los efectos de lo dispuesto en el art. 417 bis del Código Penal podrán ser acreditados:

1. Para la realización de abortos que no impliquen alto riesgo para la mujer embarazada y no superen doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales:

1.1. Un Médico especialista en Obstetricia y Ginecología y personal de enfermería, Auxiliar sanitario y Asistente social.

1.2. Los locales, instalaciones y material sanitario adecuado.

1.2.1. El lugar donde esté ubicado reunirá las condiciones de habitabilidad e higiene requeridas para cualquier centro sanitario.

1.2.2. El centro o establecimiento sanitario dispondrá como mínimo de un espacio físico que incluya:

- Un espacio de recepción.
- Un despacho para información y asesoramiento.

- Una sala adecuada para la realización de la práctica abortiva.
- Una sala para el descanso y recuperación tras la misma.

1.2.3. Se contará al menos con el siguiente utillaje básico, además del propio de una consulta de medicina de base:

- Material necesario para realizar exploraciones ginecológicas.
- Material necesario para realizar la práctica abortiva.
- Material informativo y didáctico.

1.3. Las prestaciones correspondientes de análisis clínicos, anestesia y reanimación. También contarán con depósitos de plasma o expansores de plasma.

1.4. Un centro hospitalario de referencia para derivación de aquellos casos que lo requieran.

2. Para la realización de abortos en embarazos con alto riesgo para la embarazada o con más de doce semanas de gestación, los centros o establecimientos sanitarios privados que cuenten al menos con los siguientes medios personales y materiales.

2.1. Las unidades de Obstetricia y Ginecología, laboratorio de análisis, anestesia y reanimación y banco o depósito de sangre correspondientes.

2.2. Las unidades o instalaciones de enfermería y hospitalización correspondientes.

Art. 2.

1. Los centros o establecimientos públicos que cumplan los requisitos contenidos en el artículo anterior quedarán acreditados automáticamente para la práctica del aborto.

Las autoridades sanitarias publicarán periódicamente relaciones de los centros o establecimientos públicos acreditados para la práctica del aborto.

2. De conformidad con las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, la autoridad sanitaria responsable acreditará cada uno de los centros o establecimientos sanitarios privados que, cumpliendo los requisitos determinados en el art. 1.º de esta disposición, lo hayan solicitado previamente.

Art. 3.

1. Todos los centros y servicios acreditados se someterán a la inspección y control de las Administraciones sanitarias competentes, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 30 y 31 de la Ley General de Sanidad.

2. La acreditación quedará condicionada al mantenimiento de los requisitos mínimos y al efectivo cumplimiento de las condiciones médicas adecuadas para la salvaguardia de la vida y salud de la mujer.

Art. 4.

1. Con independencia de las notificaciones que procedan conforme a la Orden de 16 de junio de 1986, en los centros o establecimientos públicos o privados acreditados se conservará la histo-

ria clínica y los dictámenes, informes y documentos que hayan sido precisos para la práctica legal del aborto, así como el relativo al consentimiento expreso de la mujer embarazada. En los casos de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

2. Se mantendrá la confidencialidad de esta información conforme al art. 10.3 de la Ley General de Sanidad.

Art. 5. En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria velará por la disponibilidad de los servicios necesarios incluyendo las técnicas diagnósticas urgentes para posibilitar la práctica del aborto en los plazos legalmente establecidos.

II

De la emisión de los dictámenes preceptivos

Art. 6.

1. En el supuesto de que el aborto se practique para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada, se consideran acreditados para emitir el dictamen los Médicos de la especialidad correspondiente.

2. En el caso de que el aborto se practique por presumirse que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, el dictamen habrá de ser emitido por dos Médicos especialistas de un centro o establecimiento sanitario público o privado acreditado al efecto. Esta acreditación por el órgano competente de las Comunidades Autónomas se entiende específica e independiente de la acreditación para la práctica del aborto. Esta acreditación específica se concederá a los centros públicos o privados que cuenten, según las pruebas diagnósticas complementarias que en cada caso se requieran, con los siguientes medios o métodos de diagnóstico:

2.1. Técnicas de ecografía o similares para el diagnóstico de las malformaciones fetales.

2.2. Técnicas bioquímicas apropiadas para el diagnóstico de enfermedades metabólicas.

2.3. Técnicas de citogenética para el diagnóstico de alteraciones cromosómicas.

2.4. Técnicas analíticas precisas para el diagnóstico de malformaciones de origen infeccioso.

3. En todos los casos a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el diagnóstico será de presunción de riesgo y estimado en criterios de probabilidad.

III

De la información

Art. 7. Las Comunidades Autónomas, en aplicación del art. 40.9 de la Ley General de Sanidad darán conocimiento a la Administración Sanitaria Central de los centros acreditados conforme a los arts. 2.º y 6.º del presente Real Decreto.

Art. 8. En el ámbito de cada Comunidad Autónoma, la autoridad sanitaria competente garantizará que en sus dependencias públicas y centros sanitarios esté disponible y actua-

lizada una relación de centros o establecimientos públicos o privados acreditados para la práctica legal del aborto.

Art. 9. Los profesionales sanitarios habrán de informar a los solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle. Informarán asimismo de las exigencias o requisitos que, en su caso, son exigibles, así como la fecha y el centro o establecimiento en que puedan practicarse.

La no realización de la práctica del aborto habrá de ser comunicada a la interesada con carácter inmediato al objeto de que pueda con el tiempo suficiente acudir a otro Facultativo.

En todo caso se garantizará a la interesada el secreto de la consulta.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Queda derogada la Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centros o establecimientos sanitarios y, en lo que se oponga a lo dispuesto en este Real Decreto, la Orden de 16 de junio de 1986 sobre estadística e información epidemiológica de las interrupciones voluntarias del embarazo realizadas conforme a la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Se potenciará el funcionamiento de los medios de asistencia social, la orientación familiar y la colaboración con aquellos Médicos especialistas que puedan verificar las orientaciones, informaciones y dictámenes precisos en cada caso.

Segunda. El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Elementos

El art. 417 bis CP, según fue incorporado por LO 9/1985, de 5 julio, acogió en nuestro ordenamiento normativo punitivo el criterio de descriminalización parcial del aborto, de acuerdo con el llamado sistema de las «indicaciones». En dicho precepto se toman una serie de medidas o requisitos sine qua non, a tener en cuenta en la práctica de las situaciones que contempla, acordes con la voluntad inequívoca del legislador, esto es, de respetar la vida que está por nacer y que como vida humana digna, merece rigurosa, efectiva y amplia protección penal, cuando el conflicto se origina por encontrarse la madre embarazada en grave peligro para su vida o para su salud física o psíquica. Tal circunstancia, esto es «necesidad» de la interrupción del embarazo para evitar «un grave» peligro para la vida o la salud física o «psíquica» de la embarazada, es necesario que conste en un «dictamen» emitido (previamente a la intervención) por «un médico de la especialidad» correspondiente, «distinto» de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto (470/1998, de 1 de abril [LA LEY 5313/1998]).

La posición mayoritaria de la doctrina atribuye a las indicaciones recogidas en el art. 417 bis la naturaleza de causas de justificación (2002/2000, de 19 de septiembre de 2001 [LA LEY 8258/2001]). Más concretamente, se ha dicho que los supuestos del art. 417 bis contemplan situaciones de estado de necesidad (470/1998, de 1 de abril [LA LEY 5313/1998]).

Elementos subjetivos

En el caso de los supuestos de exención legal de responsabilidad penal de aborto, en los que sea un psicólogo quien dictamine acerca de la indicación referente a la salud psíquica de la embarazada el Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de 20 de abril de 2001 considera vencible el error en dicho aspecto. Con anterioridad ya se había considerado vencible el error de prohibición en el caso de un informe emitido por un psicólogo (2002/2000, de 19 de septiembre de 2001 [LA LEY 8258/2001]).

El error de prohibición ha sido, sin embargo, considerado invencible para el Médico que practica el aborto en el caso de un informe recibido de otro Médico inscrito en un centro habilitado y sin que conste que aquél hubiera tenido motivos para sospechar de la legalidad del informe recibido (1497/2003, de 13 de noviembre [LA LEY 363/2004]).

No se ha admitido la existencia de error en el caso de un informe sobre la salud psíquica de la madre hasta tal punto deficiente que ni siquiera a posteriori se pudo explicitar qué dolencia psíquica padecía la paciente con la gestación (470/1998, de 1 de abril [LA LEY 5313/1998]).

Autoría y participación

No puede decirse que practica un aborto, ni participa de la conducta típica, quien se limita a emitir un dictamen (1497/2003, de 13 de noviembre [LA LEY 363/2004], con cita de las 1639/2000, de 26 de octubre [LA LEY 32/2001] y 2002/2001, de 19 de septiembre [LA LEY 8258/2001]). Sin embargo, se había mantenido la posición contraria al afirmar que es obvio que la indicación prevista en el art. 417 bis del Código Penal prevé precisamente y como necesarias dos conductas: el dictamen de especialista distinto al que practica materialmente la interrupción del embarazo y la de este último, y ambos realizan el tipo en estricta aplicación del mismo, ya que constituyen un acto médico complejo en el que no bastaría para darle apariencia de legalidad con la existencia de una sola de ambas conductas, que se presentan así normativamente como un simple reparto de papeles en la realización del tipo de injusto si no se dan los presupuestos legales (470/1998, de 1 de abril [LA LEY 5313/1998]).

Artículo 146.

El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir en el párrafo primero la pena de arresto de fin de semana por la de prisión o multa.

El precepto ha sido aplicado al marido que sabiendo que su mujer se encuentra embarazada la empuja, sin ánimo de matarla, tirándola del murete en que estaba sentada, perdiendo el hijo que esperaba (719/1999, de 10 de mayo [LA LEY 6356/1999]).

Para la existencia de una negligencia **profesional** es necesario que el sujeto actúe en el desempeño de las funciones que son propias de su especialidad o titulación y que realice su intervención con olvido o menosprecio de las reglas técnicas o *lex artis* que presiden el desempeño de una actividad profesional. Para configurar una conducta temeraria de proyección punitiva es necesario que concurra un comportamiento o actuación con omisión del debido cuidado y que esta conducta de abandono sea el factor desencadenante de un resultado delictivo (31 de mayo de 1994 [LA LEY 3411/1994])

TÍTULO III

DE LAS LESIONES

Artículo 147.

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código.

2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 148, 152.1.º, 577 y 621.1 y 3.

Modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que en el apartado 1 ha introducido el párrafo segundo, cuyo tenor es: «Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el art. 617 de este Código». En vigor desde el 1 de octubre de 2003.

Modificado también por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir en el apartado 2 la pena de arresto de fin de semana por la de prisión y la de multa de tres a doce meses por la de multa de seis a doce meses. En vigor desde el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la integridad física, constitucionalmente consagrada como derecho fundamental en el art. 15 CE (1049/2002, de 5 de junio [LA LEY 7136/2002]). Con mayor amplitud se ha hablado de la integridad corporal (27 de mayo de 1991 [LA LEY 10501/1991]).

Se trata de un bien jurídico eminentemente individual (226/1999, de 16 de febrero [LA LEY 3798/1999]).

Sujeto pasivo

Cualquier lesión distinta de las previstas en los arts. 149 y 150 causada al Rey, a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia o al Príncipe heredero de la Corona, se castiga en el art. 486.2 CP.

Objeto material

El ser humano, cuyo nacimiento se ha iniciado, constituye el bien jurídico protegido y al mismo tiempo el objeto que sufre la acción u omisión que como delitos de homicidio o lesiones se tipifican en el Código Penal. El comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002] y 726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999]).

Elementos del delito

La reforma de los delitos de lesiones operada por la LO 8/1983 significó un cambio trascendental en la estructuración de los tipos penales que protegen la integridad corporal y la salud. Mediante la nueva redacción se pasó de un sistema caracterizado primordialmente por describir determinadas formas de acción, que implicaban explícitamente una actuación sobre el cuerpo de la víctima (herir, golpear, maltratar de obra), a otro sistema en el que la forma de la acción carece de una caracterización especial. De esta manera, lo decisivo ya no es la forma de la acción, sino su causalidad respecto del resultado de menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental. En el nuevo sistema legislativo del delito de lesiones, profundizado ahora en el Código vigente que ya no contiene un tipo penal referido expresamente a las mutilaciones, plantea la cuestión de qué exigencias debe cumplir la acción del delito de lesiones. La redacción dada al art. 147 CP tiene una notoria amplitud desde el punto de vista literal, pues se refiere simplemente a causar una lesión por cualquier medio o procedimiento. De esta forma se plantea el problema de si la acción que lesione la salud mental debe haber tenido necesariamente o no una determinada incidencia en el cuerpo del sujeto pasivo y, en caso afirmativo, cómo se debe configurar esta incidencia corporal de la acción. La cuestión de si una incidencia meramente psicológica —sin incidir sobre el cuerpo— puede dar lugar a la realización del tipo adquiere, a la luz de las discusiones tradicionales referentes a este aspecto de la acción del delito de lesiones y de la amplitud literal del texto vigente, una singular importancia en relación a la solución que debe darse al presente caso. En efecto, desde el punto de vista de la finalidad de protección del delito de lesiones es claro que el legislador históricamente ha querido proteger básicamente el cuerpo. Aunque haya tenido en cuenta también los menoscabos de la salud mental, es indudable, que siempre se consideró que la causa de la lesión debía ser, al menos, un maltrato de obra. El Código de 1848 había titulado estos delitos como «lesiones corporales», lo mismo que el de 1850. El adjetivo «corporales» se abandonó en el Código de 1870, posiblemente, por ser considerado superfluo, dado que en el tipo básico se mantuvo la caracterización de la acción en la misma forma que en los Códigos anteriores y posteriores (herir, golpear, maltratar de obra). La necesidad de una incidencia corporal resultó, en todo caso, obvia durante la vigencia de los textos legales que rigieron hasta 1983. La nueva redacción, como se dijo, establece expresamente que la causa primera de la lesión que menoscabe la salud mental requiera una incidencia corporal de la acción, pues es evidente que

el propósito del legislador no ha sido convertir en delictivo cualquier comportamiento de malos tratos psicológicos. Esta conclusión se deriva, ante todo, del texto del art. 147, lo mismo que el del art. 157 (lesiones al feto) establece que el menoscabo de la salud psíquica debe provenir de la lesión causada. Ello pone de manifiesto que, en todo caso, es necesaria una lesión corporal de la que se derive luego, como resultado mediato, el perjuicio de la salud física o psíquica. Es decir, que el resultado de la acción debe ser una lesión que no se debe identificar con el menoscabo de la integridad corporal ni de la salud psíquica o mental. En consecuencia, en un correcto entendimiento el tipo penal de las lesiones exige como presupuesto una lesión corporal que, además, debe tener consecuencias en la integridad corporal, en la salud física o en la salud psíquica. Dicho de otra manera sólo se subsumen bajo el tipo penal del art. 147 CP. Los supuestos en los que la lesión corporal causada tenga una determinada gravedad resultante de sus consecuencias sobre la integridad corporal, la salud física o la salud mental. Estas consecuencias mediatas de la lesión corporal son las que diferencian —junto con la exigencia del tratamiento médico— el delito de lesiones de la falta del art. 617.1 CP, pues operan como factores determinantes de la gravedad del resultado de lesión (375/2003, de 10 de marzo [LA LEY 1654/2003], con cita de la 785/1998, de 9 de junio [LA LEY 8588/1998]). Sin embargo, con posterioridad ha variado esta visión de las lesiones psíquicas. Así, la 79/2009, de 10 de febrero [LA LEY 3339/2009] con cita de la 261/2005, de 28 de febrero [LA LEY 12159/2005], se destaca que, según la más reciente posición de la Organización Mundial de la Salud, las lesiones o padecimientos que constituyen una enfermedad no sólo son las que se derivan de una agresión material con resultado de daños físicos, sino también cualquier otra forma de agresión que ocasione padecimientos o secuelas físicas o psíquicas. De conformidad con estas modernas orientaciones, ya el art. 147.1 del Código Penal, castiga al que, por cualquier medio o procedimiento causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, estableciendo como elemento objetivo del injusto la necesidad de una asistencia facultativa o tratamiento médico o quirúrgico. Bien entendido que tratándose de menoscabo de la salud psíquica, la Ley no exige en modo alguno que dicho menoscabo sea de carácter permanente. Por lo tanto, cabe considerar que un menoscabo transitorio de la salud mental es suficiente para configurar la gravedad requerida por el tipo del delito de lesiones. Por otra parte, el menoscabo no debe alcanzar la gravedad de una enfermedad mental. La Ley exige sólo una alteración del equilibrio psíquico no irrelevante.

Primera asistencia

La primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica (1021/2003, de 7 de julio [LA LEY 119290/2003]; 898/2002, de 22 de mayo [LA LEY 7318/2002] y 1689/1999, de 27 de septiembre).

Tratamiento médico

Se debe entender por tratamiento a los efectos del art. 147 CP, la planificación o establecimiento de un conjunto o esquema de actuaciones de carácter médico o quirúrgico que, en relación con un menoscabo de la salud física o mental, se consideran objetivamente necesarias para la curación, para la reducción de sus consecuencias o para la recuperación, en la medida en que en cada caso sea posible según el estado de la ciencia y las peculiaridades del caso concreto, prescritas por un Médico, con independencia de que se acuerden o impongan en el curso de la primera asistencia o ulteriormente, y de que la actividad posterior en que consistan se lleve a cabo por el propio Médico o se encomiende a sus auxiliares sanitarios o incluso al propio lesionado. Las predichas actuaciones pueden consistir en el sometimiento a determinadas actuaciones médi-

cas o médico-quirúrgicas, en la administración de fármacos o en la realización de determinados comportamientos, quedando excluidos del concepto el mero seguimiento o vigilancia de la evolución de la lesión. Y es independiente de que el enfermo haya seguido o no efectivamente las prescripciones establecidas para la curación (660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003]). En sentido análogo, la 479/2003, de 31 de marzo [LA LEY 61585/2003], citando la 523/2002, de 22 de marzo [LA LEY 5011/2002], señala que una reiterada doctrina jurisprudencial tiene declarado que a efectos penales por tratamiento médico, configurador del tipo delictivo de lesiones, aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención, la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión y los supuestos en que la lesión sólo requiere objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa. Lo decisivo, por lo tanto, es que la prescripción médica sea necesaria para la curación. En el mismo sentido, la 98/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9735/2007], que añade que existe tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por el Médico, incluida la administración de fármacos o la fijación de comportamientos.

Pero, dice la 1100/2003, de 21 de julio [LA LEY 128178/2003], si la primera asistencia es de tal importancia que por sí sola lleva consigo la planificación de unas atenciones facultativas a realizar en tiempo posterior, tal primera asistencia ya es tratamiento médico a los efectos de que hayan de sancionarse los hechos como delito del art. 147 y no como falta del 617.1. Y, en fin, recogiendo en buena medida la anterior doctrina, la 1469/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 417/2005] señala que el concepto de tratamiento médico parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias, o, incluso, una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias. Es, pues, una planificación de un sistema de curación o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa. Aunque ese tratamiento tendente a la sanidad del lesionado lo decida o prescriba un Médico o facultativo sanitario, no empece para que la actividad de materialización posterior la realice el propio Médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, o incluso se imponga al paciente a través de la prescripción de fármacos o a medio de la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.). Para comprobar si realmente nos hallamos ante un tratamiento médico no debemos pasar por alto la flexibilidad del art. 147 CP a la hora de prever las penas para el delito básico de lesiones, en el que advertimos la existencia de un número segundo, que permite suavizar la pena para aquellos casos en que no obstante existir tratamiento médico, el hecho no revistiere especial gravedad, circunstancia que aconseja no ser excesivamente rigurosos a la hora de establecer exigencias o condicionamientos en la delimitación del concepto de tratamiento médico, si no queremos que se produzca una desprotección del bien jurídico que la Ley quiere tutelar. Al lesionado se le prescribió el uso de un collarín cervical y es indudable que ello no obedeció a medidas precautorias o cautelas con proyección en el futuro, sino que fue consecutivo a la lesión y, dada su naturaleza, medio necesario o de todo punto conveniente para evitar el dolor y obtener la sanidad lo más rápidamente posible. A nadie pasa por alto, por muy escasos conocimientos médicos que posea, que para un esguince cervical resulta esencial, en términos generales (con exclusión de casos de especial gravedad), la inmovilización de las vértebras cervicales, en una determinada postura, función que cumple el collarín prescrito. En lo concerniente a la ingestión de fármacos (analgésicos y antiinflamatorios) es indudable que no iban a estar tomándose sine día, sino conforme a un plan médico que estableciera unos límites en su dosificación y administración que el paciente debe seguir, haciendo él mismo notar cual-

quier contratiempo, complicación o efecto secundario que advierta, con objeto de que el propio Médico pueda variar, intensificar o suprimir el tratamiento inicialmente impuesto, si lo estima conveniente. En consecuencia, en la primera asistencia facultativa perfectamente se puede establecer un plan curativo que imponga un necesario control médico para evitar el dolor producido por la lesión y recuperar prontamente la salud, curando la dolencia sufrida.

Lo relevante es la prescripción del tratamiento efectuado por un Médico siendo indiferente que la actividad posterior la realice el propio Médico o la encomiende a los profesionales en la materia objeto del tratamiento (1441/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10694/2004], 1080/2003, de 16 de julio [LA LEY 125427/2003]; 355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003]; 625/2003, de 28 de abril [LA LEY 128178/2003] y 2463/2001, de 19 de diciembre).

El tratamiento médico típicamente relevante es el requerido objetivamente, lo que significa que no puede quedar a expensas de la voluntariedad del lesionado, sino que su realización para la cura o para la recuperación y la reducción de sus consecuencias sea objetivamente necesaria, con independencia de su efectiva realización (411/2009, de 17 de abril [LA LEY 49555/2009], con cita de la 1135/2006, de 16 noviembre [LA LEY 181081/2006]). En sentido parecido la 880/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 244042/2008].

La 1441/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10694/2004], con cita de abundante jurisprudencia recuerda que se ha considerado tratamiento médico la inmovilización de un tobillo o la colocación de collarines cervicales. La 411/2009, de 17 de abril [LA LEY 49555/2009], señala que el tratamiento médico se integra también cuando se haya recurrido a medicamentos necesarios para controlar un determinado proceso posterior a una herida, siempre que el paciente pueda sufrir efectos secundarios que comportan un riesgo de una perturbación no irrelevante para la salud. El tratamiento del dolor y la necesidad de reposo para permitir la curación también configuran una gravedad de la lesión que no justifica la atenuación de la pena que, en definitiva, el art. 617 CP prevé para simples malestares corporales que carecen de relevancia patológica (169/2008, de 8 de abril [LA LEY 74069/2008]).

No se ha considerado tratamiento médico: las simples vigilancias o seguimientos facultativos (880/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 244042/2008]); tomar analgésicos durante tres días (724/2008, de 4 de noviembre [LA LEY 189401/2008]), si bien la misma Sentencia destaca que no faltan, sin embargo, resoluciones que estiman que la ingesta de fármacos o analgésicos sí puede integrar el concepto de tratamiento médico, si bien en la mayoría de los casos se trata de lesiones acompañadas de otros menoscabos físicos objetivados mediante el oportuno dictamen médico (con cita de la 91/2007, 12 de febrero [LA LEY 3280/2007], **38/2005, 28 de enero**, 1469/2004, 15 de diciembre [LA LEY 417/2005], 1049/2004, 24 de septiembre [LA LEY 417/2005], 523/2002, 22 de marzo [LA LEY 5011/2002] y **1632/1999, 14 de enero**); la ayuda de un gabinete psicológico (1436/2004, de 13 de diciembre [LA LEY 261388/2004]), si bien la 1020/2007, de 29 de noviembre [LA LEY 202431/2007], tras confirmar que el tratamiento psicológico impuesto por un psicólogo clínico, a pesar de su importancia y de sus posibles efectos beneficiosos para aquel a quien se aplica, no puede identificarse a efectos penales con el tratamiento médico quirúrgico exigido por el tipo, pues en la interpretación que del mismo ha realizado la doctrina y la jurisprudencia (1406/2002, de 27 de julio [LA LEY 7774/2002], 55/2002, de 23 de enero [LA LEY 3706/2002], 2259/2001, de 23 noviembre [LA LEY 212235/2001], entre otras), señala como uno de los requisitos el que la prescripción sea realizada o establecida por un Médico como necesaria para la curación, matiza que el tratamiento psicológico estará incluido en

la mención legal cuando haya sido prescrito por un Médico, Psiquiatra o no, pues en eso la Ley no distingue, y constituyen cuestiones organizativas ajenas al marco legal. Lo relevante es que la prescripción del tratamiento efectuado lo sea por un Médico o lo encomiende a los profesiones en la materia objeto del tratamiento (355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003], 625/2003, de 28 de abril [LA LEY 76342/2003], **2463/2001, de 19 de diciembre**), o psicólogos para la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos en que éstos están facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente; los puntos de aproximación, que requieren una primera intervención sin tratamiento médico posterior, ya que otra cosa son los puntos de sutura, en los que hay un procedimiento de costura, que según reiterada doctrina de esta Sala, constituye por sí solo un tratamiento quirúrgico, aunque únicamente lo sea de cirugía menor (751/2007, de 21 de septiembre [LA LEY 154061/2007]).

Tratamiento quirúrgico

Por tratamiento quirúrgico debe entenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones (1021/2003, de 7 de julio [LA LEY 119290/2003]). En sentido análogo, las SS 1682/2000, de 31 de octubre [LA LEY 1449/2001] y 1531/1998, de 9 de diciembre [LA LEY 1432/1999], entre muchas otras). Los puntos de sutura se consideran tratamiento quirúrgico (871/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 198353/2008]; ATS 1618/2008, de 4 de diciembre [LA LEY 244154/2008]; 1021/2003, de 7 de julio [LA LEY 119290/2003], y 1100/2003, de 21 de julio [LA LEY 128178/2003], entre otras muchas), aunque fueran dados en la primera asistencia (1432/1999, de 8 de octubre [LA LEY 12167/1999]). En sentido análogo, la 1441/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10694/2004], establece que es posible que en una sola asistencia se imponga, diseñe y practique un tratamiento médico o incluso quirúrgico.

Formas de aparición

Nada se opone a la posibilidad teórica de la tentativa en el delito de lesiones. Será preciso acreditar la concurrencia de los requisitos exigidos para el delito consumado excepto el resultado, que, por definición, no ha sido alcanzado. Sin embargo, habida cuenta de las exigencias contenidas en el art. 147 CP para que una determinada lesión sea considerada constitutiva de delito y no de falta, es necesario acreditar más allá de toda duda que, en el caso de que el resultado perseguido por el autor, según se desprende de su acción, se hubiera alcanzado, la curación de las lesiones causadas habría necesitado tratamiento médico o quirúrgico (1327/2003, de 13 de octubre [LA LEY 10477/2004]).

Elementos subjetivos

El elemento subjetivo del injusto en el delito de lesiones, constituido por el *animus laedendi* se satisface no sólo con el dolo directo o propósito decidido de causar un daño en la salud física o mental de la víctima, sino también con el dolo eventual que concurrirá cuando el agente ha previsto o podido prever el resultado lesivo de su acción como posible y probable y, sin embargo, realiza la acción que lo genera, sin que, por otra parte, sea necesaria una representación mental del concreto resultado dañoso producido, bastando la previsibilidad de ocasionar con la acción ejecutada daños físicos o lesiones psíquicas *in genere* (625/2003, de 28 de abril [LA LEY 128178/2003]). En el mismo sentido se ha dicho que el elemento subjetivo del delito de lesiones —en cualquiera de sus modalidades— consiste en un dolo genérico de lesionar, o, más de acuer-

do con el texto vigente, un dolo de menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima; tanto si ello es directamente querido por el agente como si éste se ha representado la posibilidad del resultado y a pesar de ello lo ha aceptado sin abdicar de la acción (760/2007, de 21 de septiembre [LA LEY 139753/2007]). Por tal razón no se puede, sin caer en teorías tan superadas como la del *versare in re illicita*, el imputar a quien ejerce violencia sobre una persona cualquier resultado lesivo con tal de que sea objetivamente imputable a su acción al margen de la representación del resultado (340/2008, de 3 de junio [LA LEY 96254/2008]).

El dolo consiste en el conocimiento del peligro concreto generado por la acción voluntaria del autor (1238/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10971/2004]). Se admite la existencia del dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico. El dolo eventual, por lo tanto, no se excluye simplemente por la esperanza de que no se producirá el resultado o porque éste no haya sido deseado por el autor (1454/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 10194/2003]; 1049/2002, de 5 de junio [LA LEY 7136/2002], entre otras).

La utilización de una arma en la forma en que se hizo, agresión, pone de manifiesto la tipicidad subjetiva, el ánimo de lesionar (368/2008, de 18 de junio [LA LEY 92709/2008]).

Concursos

Lesiones dolosas y homicidio culposo

No cabe, en casos de lesiones dolosas y homicidio imprudente, la sanción exclusiva del resultado de muerte ocasionada por imprudencia, porque ello supondría prescindir del desvalor de la lesión dolosa intentada, y ocasionada como resultado intermedio previo al fallecimiento, dando igual tratamiento penal a conductas muy diferentes (SS de 19 de octubre de 1984 [LA LEY 9251-JF/0000], 17 de febrero de 1986 [LA LEY 10785-JF/0000], 29 de diciembre de 1987 [LA LEY 917-2/1987], 13 de noviembre de 1989 [LA LEY 645-2/1989], 16 de abril y 3 de mayo de 1990 [LA LEY 16298-JF/0000] [LA LEY 1999-2/1990], 21 de enero, 1 de octubre y 6 de noviembre de 1991 [LA LEY 1369/1991] [LA LEY 312/1992] [LA LEY 621/1992], 11 de diciembre de 1992 [LA LEY 2449-5/1993], 26 de febrero de 1993 [LA LEY 2938-5/1993], 19 de febrero de 1996 [LA LEY 5023/1996], 1577/1997, de 22 de diciembre de 1997 [LA LEY 915/1998]). Para construir doctrinalmente la solución concursal dice la 1253/2005 de 26 de octubre [LA LEY 2005/2005], que «pese a la imprecisión que ha venido caracterizando, doctrinal y legalmente, el tema de la preterintencionalidad, tanto en el orden estructural y ontológico como en el axiológico o valorativo, se coincide en caracterizar a la preterintencionalidad homogénea como hipótesis de superación de designio del autor por la realidad del resultado, pero siendo adscribibles uno y otro a un mismo género de delitos, mejor, a una misma figura delictiva. En la preterintencionalidad heterogénea la conducta dolosa se encamina a un determinado resultado (*minus delictum*), verificándose uno más grave (*maius delictum*) no entrevisto aunque significativo en el área de la previsibilidad. Es parecer consolidado de la jurisprudencia el de que, acusado un supuesto de preterintencionalidad heterogénea, la unidad conceptual del delito viene a desdoblarse en dos infracciones, una de naturaleza dolosa correspondiente a lo que quiso hacer —o, al menos previo y aceptó— y se hizo, y otra, de índole culposa, mediante la cual se sanciona el resultado que el delincuente no tuvo intención de causar pero que estaba obligado a prever, a prevenir y a evitar» (140/2008, de 31 de enero [LA LEY 17711/2008], con cita de la 147/2007, de 19 de febrero [LA LEY 8219/2007]).

Pluralidad de resultados

Al tratarse de delitos contra la integridad física de las personas, el bien jurídico protegido es eminentemente individual, de ahí que cada resultado lesivo dolosamente causado constituye una infracción penal separada, pudiéndose alegar solamente, cosa que no se ha hecho, la posible existencia de un concurso ideal del art. 77 CP, al tratarse de una sola acción que constituye dos delitos (226/1999, de 16 de febrero [LA LEY 3798/1999]).

Lesiones y agresión sexual

La posibilidad de castigar, conjuntamente, tanto el delito de agresión sexual como el de lesiones, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima. En cuanto a éstas se refiere, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de fecha 10 de octubre de 2003 [LA LEY 159203/2003], tomó el siguiente acuerdo: «las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil» —acuerdo recogido posteriormente en 1460/2003, de 7 de noviembre [LA LEY 65/2004], 128/2004, de 4 de febrero [LA LEY 1264/2004] y 1158/2004, de 7 de octubre [LA LEY 68/2005]—. Por lo que a las lesiones concierne, la jurisprudencia ha tomado posición al respecto, con independencia del carácter grave o leve de las mismas, declarando que «la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado» 3248/2001, 10 de diciembre de 2002 [LA LEY 756/2003]); y la razón de ello es que el delito de agresión sexual con empleo de violencia requiere el empleo de ésta, pero no exige la causación de lesiones corporales, «de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual» —1259/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 10258/2005]—. De ahí que, como se pone de manifiesto en la 1521/2004, de 14 de diciembre [LA LEY 414/2005], el problema aquí planteado «es si estamos ante un concurso de normas del art. 8 CP o ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP y, para distinguirlos, ha de utilizarse el criterio siguiente: “si con uno de los dos preceptos penales en juego queda absorbida la total antijuridicidad del hecho, nos encontramos ante un concurso de normas; pero si es necesario aplicar los dos para abarcar toda esa antijuridicidad, estamos ante un concurso ideal de delitos”. En conclusión, como se pone de relieve en la 383/2006, de 21 de marzo [LA LEY 27551/2006], el criterio de la consumación sólo podría admitirse y con limitaciones en referencia a las lesiones causadas de forma absolutamente imprescindible para la agresión carnal»; pues, «las lesiones —no se olvide—, tienen un bien jurídico —la integridad física—, distinto del de la agresión sexual —libertad sexual—, de suerte que para el ataque de ésta no se exige necesariamente la lesión a la integridad física», y ello «incluso en el caso de lesiones constitutivas de falta» —305/2001, de 2 de marzo [LA LEY 4712/2001]—. Por lo demás, en cuanto se refiere a la posibilidad de aplicar conjuntamente los dos subtipos agravados de ambos delitos (arts. 180.1.5.^a y 148.1.º CP), por la posibilidad de lesionar el principio *non bis in idem*, es preciso decir que la vulneración de dicho principio únicamente se produce

cuando un mismo dato, hecho o circunstancia se tiene en cuenta para agravar dos veces una misma infracción, pero no cuando se trata —como es el caso— de infracciones diferentes, cada una de las cuales tiene su propia pena con sus propias atenuantes o agravantes genéricas o específicas (tipos cualificados) —1518/2005, de 19 de diciembre [LA LEY 10629/2006] y 15/2006, de 13 de enero— [LA LEY 10903/2006], y las especialmente citadas en ésta (506/2008, de 17 de julio [LA LEY 96734/2008]).

Se ha admitido (1305/2003, de 6 de noviembre [LA LEY 993/2004] y 886/2005, de 5 de julio [LA LEY 13270/2005]) el concurso entre el delito de agresión sexual y el delito de lesiones por menoscabo de la integridad corporal o de la salud física cuando este último se ha producido como consecuencia de la violencia empleada para vencer la resistencia de la víctima al ataque contra su libertad sexual, pero excede de la correspondiente al concreto hecho de la agresión. Concretamente, el delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual. Así, se ha señalado —2047/2002, de 10 de diciembre [LA LEY 756/2003]—, que la violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 77 CP, párrafos primero y tercero, sancionando ambas acciones por separado, ya que el disvalor del resultado realmente producido supera el disvalor del delito más grave (SS de 3 de junio y 23 de diciembre de 1996 [LA LEY 6543/1996] [LA LEY 1246/1997]. En sentido similar, la 673/2007, de 19 de julio [LA LEY 79329/2007] (892/2008, de 11 de diciembre [LA LEY 158772/2008]).

Es necesario el examen detenido de cada supuesto en particular para comprobar, de un lado, si las lesiones sufridas por la víctima fueron una consecuencia derivada directamente de la misma agresión sexual, en cuyo caso quedarían absorbidas por ésta, y, de otro, si la violencia ejercida para doblegar o vencer la resistencia de la persona atacada superó los límites mínimos necesarios para entender que concurrió la violencia contemplada en la descripción del tipo objetivo de la agresión sexual, sancionando independientemente aquello que la exceda (1049/2007, de 4 de diciembre [LA LEY 216865/2007]).

Agresión personal y lesiones psíquicas

En el supuesto de existencia de resultados psíquicos, pudiéramos decir «normales», correspondientes a la agresión realizada, esos resultados se consumen en el delito de agresión declarado probado, siendo preciso, para alcanzar una subsunción autónoma en el delito de lesiones, concurrentes según las reglas del concurso ideal, que las consecuencias psíquicas aparezcan claramente determinadas y excedan de lo que pudiera considerarse resultado y consecuencia de la agresión y por lo tanto subsumibles en el delito de agresión y enmarcado en el reproche penal correspondiente al delito de agresión. Será, necesariamente, la prueba pericial la que deba determinar si la conturbación psíquica que se padece a consecuencia de la agresión excede del resultado típico del correspondiente delito de agresión o, si por el contrario, la conturbación psíquica, por la intensidad de la agresión o especiales circunstancias concurrentes, determina un resultado que puede ser tenido como autónomo y, por lo tanto subsumible en el delito de lesiones (629/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158362/2008]). En

sentido análogo, ya se había dicho que resulta patente que toda agresión personal produce, además del correspondiente resultado típico contra la propiedad, en el caso del robo con intimidación, la libertad, en otros delitos, una conturbación anímica en ocasiones limitada al sobresalto o a la perplejidad del ataque, generando desconfianza, temor, incluso, angustia consecuencia natural del hecho agresivo. El legislador prevé esas consecuencias y las contempla en la determinación del reproche correspondiente al delito. Pero también es posible que esos resultados de la agresión superen esa consideración normal de la conturbación anímica y permitan ser consideradas como resultados típicos del delito de lesiones adquiriendo una autonomía respecto al inicial delito de agresión merecedora del reproche contenido en el delito de lesiones, siendo preciso su determinación como resultado típico del delito de lesiones y la concurrencia de los demás elementos típicos del delito de lesiones, esto es, la asistencia facultativa y el tratamiento médico que expresen, claramente, el diagnóstico de la enfermedad y dispongan el preciso tratamiento para la sanidad (248/2007, de 20 de abril [LA LEY 23136/2007] 1080/2003, de 16 de julio [LA LEY 125427/2003]).

Tipo atenuado de lesiones de apartado 2

El tipo atenuado de lesiones que contempla el art. 147.2 CP participa de los mismos elementos que configuran el tipo básico recogido en el núm. 1 del precepto, como lo demuestra la expresión legal del «hecho descrito en el apartado anterior», es decir, la causación de una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental de una persona, siempre que dicha lesión requiera objetivamente para su sanidad tratamiento médico o quirúrgico. Concurriendo estos componentes, el hecho siempre tendrá categoría de delito (1557/2001, de 10 de septiembre [LA LEY 8908/2001]). El precepto no es aplicable cuando se trate de las lesiones que específicamente se tipifican en los arts. 149 y 150 CP (558/1998, 27 de abril [LA LEY 5720/1998]).

En el texto vigente hasta 1995, la aplicación del subtipo atenuado era facultativa para el Tribunal —«podrá ser castigado»—, mientras que en el vigente se ha tornado preceptiva —«será castigado»— (1481/2004, de 4 de diciembre [LA LEY 269501/2004]; 1633/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8901/2001] y 1492/2000, de 2 de octubre [LA LEY 849/2001]).

El tipo atenuado del art. 147.2 que postula es un tipo dirigido a proporcionar la reacción penal en atención al menor desvalor de la acción o del resultado. El tipo penal del art. 147.2 del Código Penal supone una atenuación, un tipo atenuado respecto al tipo básico contenido en el art. 147.1 en razón de la menor gravedad que el Código concreta en el medio empleado o en el resultado producido. Desde esta perspectiva representa una atenuación del tipo básico para procurar la proporcionalidad entre el hecho y la consecuencia jurídica en función de las circunstancias concurrentes en el hecho que el Código relaciona. La atenuación se representa procurando la proporción, a manera de cláusula especial de individualización en función de los criterios expuestos para su concurrencia (880/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 244042/2008] y 650/2008, de 23 de octubre [LA LEY 169573/2008]). El legislador, con el art. 147.2, ha querido evitar el casuismo y rígido apriorismo de la regulación anterior, buscando dar vía libre al principio de proporcionalidad, en función del medio empleado o del resultado producido. Este doble parámetro, se acomoda a otro de los objetivos de la reforma de los delitos de lesiones y que consiste en lograr una construcción equilibrada de los tipos, que permitan valorar tanto los aspectos relativos al desvalor de la acción como los que afectan al desvalor del resultado (1114/2003, de 21 de julio [LA LEY 128180/2003] y 393/2002, de 8 de marzo [LA LEY 52209/2002]). Teniendo en cuenta lo anterior, en línea de principio, la atenuación debe proceder en aquellos casos, vista la referencia descrita separada por la conjunción disyuntiva «o», en que bien el resultado sea excesivo a tenor del medio empleado o, viceversa, cuando éste debería

producir un resultado más grave, lo que abonaría incluso la aplicación excepcional de la atenuación en los supuestos agravados del art. 148 CP. En cualquier caso, el alcance del precepto analizado puede abarcar supuestos de preterintencionalidad, concurrencia de causas exógenas que agravan el resultado y, en general, de desproporción entre lo querido por el agente y sus consecuencias, de forma que se trata de ajustar el desvalor de la acción y del resultado recíprocamente (650/2008, de 23 de octubre [LA LEY 169573/2008] y 1481/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 269501/2004]). Sin embargo, el precepto también ha merecido críticas diciendo que contempla un caso en el que el medio empleado para producir la lesión no haya sido adecuado al resultado producido. Es una expresión de una técnica legislativa discutible, que aparece como una prolongación de normas que sólo tienen razón de ser en el sistema *del versare in re illicita* para alcanzar supuestos en los que por regla general el dolo del autor no alcanza la gravedad del resultado producido o el resultado no es la realización del peligro creado por la acción. En la actualidad estos casos tienen una solución adecuada por la vía del error o de la imputación objetiva. Por tal razón es posible afirmar que se trata de una norma que parece tener mayor vinculación con la prueba del dolo que con el Derecho penal material. De cualquier manera, lo cierto es que el art. 147.2 CP no puede ser invocado cuando el resultado producido es la concreción del peligro generado por la acción (1678/2002, de 17 de octubre [LA LEY 10688/2003]).

Para la valoración de la «menor gravedad» prevenida en este subtipo atenuado ha de atenderse, desde la perspectiva del resultado, no sólo al tiempo de curación de la lesión, sino también a su naturaleza, parte del cuerpo afectada, repercusión psíquica y física sobre la víctima y al modo en que a ésta le haya afectado la lesión y le afectará en lo sucesivo. Por otra parte, el resultado no puede valorarse aisladamente del conjunto de circunstancias concurrentes, como la utilización de medios especialmente peligrosos o la intensidad del peligro en el que se hayan puesto bienes jurídicos esenciales para la víctima, como su propia vida. El texto legal se refiere a la menor gravedad del «hecho descrito en el apartado anterior», por lo que es este hecho, circunstanciado, y no exclusivamente el resultado, aisladamente considerado, el que debe valorarse, atendiendo a los principios de proporcionalidad y razonabilidad, si merece o no la calificación de «menor gravedad» (1089/1999, de 2 de julio [LA LEY 9285/1999] y AATS de 21 de febrero de 2001 [LA LEY 41531/2001], 13 de diciembre de 2000 y 18 de octubre de 2000).

Artículo 148.

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.5.^a, 25, 147.1 y 242.2.

Artículo modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima), siendo la antigua redacción:

Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

Aspectos generales

El fundamento de la agravación reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones, lo que se traduce en una mayor perversidad criminal, teniendo naturaleza jurídica de peligro concreto, siendo su elemento objetivo la utilización en la acción de cualquiera de los instrumentos, medios, métodos o formas que se describen en el precepto, y el subjetivo, el dolo, en cuanto aprovechamiento de tales formas en la comisión delictiva para poner en concreto peligro la integridad o salud del lesionado, aceptando expresamente, o representándose la posibilidad, de causar tales mayores probabilidades de agresión del bien jurídico protegido (1114/2007, de 26 de diciembre [LA LEY 250576/2007]).

La aplicación del art. 148 del CP no es automática ni imperativa, pues la redacción literal del artículo establece que las lesiones del artículo anterior «podrán ser castigadas» con la pena que se señala en los casos enumerados. Asimismo, en este artículo se impone al Tribunal expresamente atender al resultado causado o al riesgo producido (579/2005, de 5 de mayo [LA LEY 1552/2005]).

Utilizando armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas

Esta agravación, a diferencia del ensañamiento del número 2.º, fundamentado en la mayor desvaloración de la perversidad del agente que conscientemente aumenta inhumanamente el dolor o sufrimiento del ofendido, obedece al incremento del riesgo lesivo que objetivamente dimana del método o forma de agresión, englobando así los supuestos anteriores de la acusada brutalidad cuando en ella no prima la perversidad subjetiva de la búsqueda de un mayor dolor o sufrimiento, sino el incremento objetivo del riesgo que para la vida o la salud representa la forma o método de la agresión (975/2003, de 1 de julio [LA LEY 116045/2003]). La peligrosidad del elemento utilizado para realizar la agresión viene determinada por una doble valoración. En primer lugar, una estimación de carácter objetivo que se deriva de la naturaleza, forma y composición del instrumento de que se vale el agresor, y un componente subjetivo que se construye a partir de la intensidad, intencionalidad y dirección dada a los golpes propinados a la víctima (510/2007, de 11 de junio [LA LEY 51980/2007], 155/2005, de 15 de febrero [LA LEY 1952625/2005],

1327/2003, de 13 de octubre [LA LEY 10477/2004], con cita de las 832/1998, de 17 de junio, y 2164/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 2675/2002]). Ahora se exige para apreciar la agravante que los instrumentos no sólo sean susceptibles para causar graves daños sino que concretamente lo sean en cada caso. (58/2004, de 26 de enero [LA LEY 989/2004], con cita de la 1789/01, de 4 de octubre [LA LEY 908634/2001]. Con mayor precisión, dice la 104/2004, de 30 de enero [LA LEY 11877/2004] que es preciso que se trate de un arma, instrumento, objeto, medio, método o forma peligrosos objetivamente por su capacidad lesiva, y que, además, hayan sido utilizados de forma concretamente peligrosa en el caso concreto. Por otra parte, la 510/2007, de 11 de junio [LA LEY 51980/2007], precisa que el criterio del resultado no es un elemento argumentalmente consistente en todo caso, aunque a veces se haya barajado por la jurisprudencia de esta Sala Casacional, pues parece evidente que sin armas o instrumentos peligrosos, por ejemplo arrojando a la víctima por unas escaleras, o estampándola contra una pared, pueden conseguirse resultados agresivos muy lesivos, sin la aludida utilización de armas, aun cuando tales métodos sean valorados para integrar el subtipo, incluso por la simple desproporción de fuerzas, que daría origen a la correspondiente agravante de abuso de superioridad, o incluso alevosía. En suma, debemos atenernos a criterios del caso concreto, para determinar, en cada supuesto, la concurrencia del aludido subtipo agravado; y que, además, es necesario que se describan los elementos utilizados para poder valorar si es procedente o no la aplicación del tipo agravado.

Los automóviles pueden constituir un elemento especialmente peligroso (730/2003, de 19 de mayo [LA LEY 12920/2003], con cita de la 1089/1999, de 2 de julio [LA LEY 9285/1999]).

Las agravantes específicas del art. 148.1 CP presuponen que el autor haya utilizado algo más que su propia fuerza personal, por particular que ésta sea, lo que no se declara en el presente caso, sino por la entidad de los resultados. Es decir, requieren un medio específico para la producción del resultado que implique un incremento de su capacidad agresiva. Ello no ocurre aquí porque el recurrente realizó directamente la agresión con su puño, sin valerse de medios que aumentan su capacidad ofensiva, lo que impediría apreciar, por graves que hayan sido finalmente los resultados, el subtipo previsto en el art. 148.1.º del Código Penal (975/2003, de 1 de julio [LA LEY 116045/2003], con cita de la 1077/1998, de 17 de octubre [LA LEY 10885/1998]). Sin embargo, la 159/2008, de 8 de abril [LA LEY 17717/2008] ha subsumido en el art. 148 1.º la acción de propinar patadas en la cara a una víctima indefensa y en el suelo, pues ello constituye el empleo de medios, métodos o formas concretamente peligrosa para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

Ver jurisprudencia del art. 242.2.

Ensañamiento

En el tipo descrito en el art. 148.2.º del CP, concurre tanto el mayor desvalor de la acción, atendiendo a la específica brutalidad del acto lesivo, como el mayor desvalor del resultado, considerado en sí mismo y también en su significación social. En la agravante citada deben concurrir dos elementos: uno objetivo, que es la causación de males suplementarios o notoriamente superiores a los necesarios para causar el mal que el autor desea con su acción; otro subjetivo, que requiere que el autor asuma una mayor perversidad de su acción, con tintes de brutalidad. En eso consiste el ensañamiento. La circunstancia agravante de ensañamiento es de apreciar cuando se producen al ofendido daños o sufrimientos no necesarios para la obtención del resultado nocivo patente en la acción, y así con ella, ha de converger necesariamente una acentuación de la volun-

tad dolosa del agente que, a su propósito final, añade de forma deliberada actos que aumenten el sufrimiento de la víctima y que sean contrarios al sentimiento social de humanidad (751/2004, de 15 de junio [LA LEY 1953727/2004]).

Ver, además, jurisprudencia de los arts. 25.5.^a y 139.3.^a.

Víctima menor de doce años

No cabe apreciar esta agravación específica si la edad de la víctima ya ha sido considerada para apreciar la alevosía (283/2004, de 2 de marzo [LA LEY 1197/2004]).

Artículo 149.

1. El que causara a otro, por cualquier medio o procedimiento, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica, será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años.

2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el Juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 25, 150, 152.1.2.º, 486.1, 572.2.º, 577, 605.2 y 621.3.

Modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que añade al precepto el apartado 2 y el párrafo final relativo al menor o incapaz. En vigor desde el 1 de octubre de 2003.

Elementos del delito

Pérdida o inutilidad

Los arts. 149 y 150, utilizan como sinónimos los términos «pérdida» o «inutilidad», comprendiendo tanto la separación física o destrucción del miembro u órgano, mutilación, como la pérdida o anulación de la función a que sirve, situaciones materialmente equiparables desde el aspecto de la afección del bien jurídico. La inutilidad ha de ser total, pues sólo la que tiene tal carácter, es equiparable a la pérdida (402/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6650/2002]). Sin embargo, la misma Sentencia refiere que la inutilidad parcial ha sido asimilada por la jurisprudencia, en los supuestos en que aquélla es muy elevada. Así, la 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003], dice que la inutilidad ha de entenderse como la imposibilidad, o la grave dificultad, de valerse del órgano o miembro de que se trate; la 898/2002, de 22 de mayo [LA LEY 7318/2002], que se ha venido incluyendo dentro del art. 149 CP la inutilidad parcial del miembro, siempre que sea de tal relevancia que impida o dificulte notoriamente su ejercicio o cumplimiento de la función propia del órgano; y la 119/2009, de 3 de febrero [LA LEY 4671/2009], con cita de la 715/2007, de [LA

LEY 132461/2007], 1495/2005 de [LA LEY 237424/2005], 796/2005, de [LA LEY 13103/2005] y 1728/2001, de [LA LEY 1220/2002] señala que es reiterada la doctrina que el ojo es miembro principal, no siendo obstáculo a ello el que existan dos ojos; y que, por otra parte, debe equipararse a pérdida de miembro principal la pérdida (se trata de casos de pérdida de un 80% de la visión y superiores) de funcionalidad del miembro afectado. En sentido análogo, la 168/2008, de 29 de abril [LA LEY 31958/2008].

A efectos de la calificación, la permanencia de la pérdida o inutilidad no desaparece cuando es necesario realizar tratamientos médicos —quirúrgicos o no— que no están dentro del que normalmente se considera necesario para la curación de las heridas, por lo que aquellos tratamientos complementarios que quedan fuera del ámbito del proceso normal de la sanidad, que implican una nueva actuación médica y que para realizarse exigen el consentimiento de la víctima, no influyen en el carácter permanente que debe tener la inutilidad o la deformidad que contempla el tipo penal (517/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5000/2002], con cita de las de 29 de enero de 1979, 11 de junio de 1991 y 913/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9473/2000]).

En términos generales se ha dicho que la **consideración de principal o no principal**, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función perdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo (1856/2000, de 29 de noviembre [LA LEY 908/2001]). La misma Sentencia ha considerado, abandonando una jurisprudencia anterior, que la pérdida o inutilidad de un solo testículo no cabe subsumirla en el art. 149 CP. Por otro lado, se viene considerando como órgano o miembro principal: el ojo (168/2008, de 20 de abril [LA LEY 31958/2008] s/n de 3 de marzo de 2005 [LA LEY 1330130/2003], 402/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6650/2002] y 1728/2001, de 3 de octubre [LA LEY 1220/2002], entre otras); el hígado (1343/2002, de 17 de julio [LA LEY 7761/2002]); la rodilla (898/2002, de 22 de mayo [LA LEY 7318/2002]).

Grave deformidad

Desde un **punto de vista meramente estético**, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista —SS de 14 de mayo de 1987 [LA LEY 108024/1999], 27 de septiembre de 1988 [LA LEY 3516-JF/0000] y 23 de enero de 1990 [LA LEY 12792-R/1990]— con suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado, sin que lo excluya la posibilidad de su eliminación por medio de una operación de cirugía reparadora —SS de 13 de febrero de 1991 [LA LEY 1574/1991] y 10 de septiembre de 1991 [LA LEY 132/1992]—, pues la ley penal sólo contempla el estado en que quedó el lesionado, con independencia de su reparación correctiva posteriormente provocada. Y, si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad, además de los citados, a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el *quantum* de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad —691/1994, de 22 de marzo [LA LEY 16092-R/1994]; 173/1996, de 27 de febrero

[LA LEY 3470/1996] y 1677/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 1749/2000]— que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales. Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que así como el art. 149 CP tipifica las lesiones causantes de deformidad grave en el que estarían incluidas aquellas alteraciones físicas de singular relevancia que deterioren el aspecto externo de la víctima, el art. 150 incluye el resto de las deformidades que no deban ser calificadas como graves, siempre y cuando en éstas concurren las notas de irregularidad o alteración física, permanencia y ostensibilidad (1099/2003, de 21 de julio [LA LEY 128175/2003] y 396/2002, de 1 de marzo [LA LEY 4967/2002]). Si bien esta última Sentencia ha excluido del concepto de deformidad a los efectos penales, las alteraciones o secuelas que aun siendo físicas, indelebles y sensibles, carecen de importancia por su escasa significación antiestética. Pero la misma Sentencia también demanda la aplicación de un criterio riguroso cuando las irregularidades se traducen en imperfecciones estéticas que alteran la morfología del rostro como son las cicatrices perdurables y afeantes de la cara. Lo cual no significa que toda secuela que afecte al rostro deba inexorablemente rebasar el marco de la deformidad básica que sanciona el art. 150 y se incluya en el ámbito de la «grave deformidad» que contempla el art. 149 CP, que habrá de quedar reservado a los supuestos de degradaciones estéticas de singular y manifiesta relevancia y notoriedad que desfiguren el rostro de modo ostensible. La 442/2001, de 22 de marzo [LA LEY 5250/2001], también en referencia a las lesiones en la cara, señala que cuando se trata de pérdida de materia corporal que afecte el rostro de la víctima de una manera irreversible y con importantes consecuencias estéticas la lesión será subsumible bajo el concepto de grave deformación del art. 149 CP. En tales casos la proporcionalidad de la pena prevista en el art. 149 CP no se podrá poner en duda, dado que si bien el rostro no es un miembro principal, tiene en la configuración formal de la persona un significado equivalente y, según el caso, hasta inclusive mayor, pues constituye un factor básico de la identidad personal. Concretamente, la 612/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12722/2003] y 442/2001, de 22 de marzo [LA LEY 5250/2001], han considerado grave deformidad la pérdida de una parte significativa de la oreja (uno y dos tercios, respectivamente).

Atendiendo a las **repercusiones funcionales**, se ha dicho que la diferencia entre la simple deformidad, caracterizada generalmente por una alteración estética que no afecta de forma intensa a la actividad funcional de los órganos o parte del cuerpo afectadas, limitándose a una modificación de la configuración natural del cuerpo producida por una agresión, y la que pudiera ser considerada como deformidad grave, a los efectos de la agravación punitiva prevista en el art. 149 del Código Penal, se centra en que, la primera no tiene repercusiones funcionales severas que modifiquen y hagan gravosa el desempeño de funciones esenciales para el desenvolvimiento del ser humano (634/2003, de 6 de mayo [LA LEY 12244/2003]).

Las diferentes secuelas no deben valorarse de modo individualizado, sino global (1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]).

Los arts. 149 y 150 CP prevén deformidades de distinta gravedad, como se infiere de la analogía de cada versión de la deformidad con otras lesiones a las que en cada caso es equiparado el supuesto típico respectivo. La aplicación de uno u otro tipo dependerá de que la deformidad sea equivalente en su gravedad a la pérdida de un órgano o miembro, una función principal o una grave enfermedad somática o psíquica, en cuyo caso se aplicará el art. 149, o que sea equivalente a pérdida de un miembro no principal, supuesto para el que se prevé la subsunción bajo el tipo del art. 150 (258/2007, de 19 de julio [LA LEY 110940/2007]).

Enfermedad somática o psíquica

Para la integración de la enfermedad en el concepto que pudiera ser de aplicación el de la grave enfermedad somática o psíquica, se ha constatado la falta de un criterio legal de interpretación, lo que obliga a la adopción de un criterio estricto y riguroso a la vista de la importancia de la pena prevista al respecto. Como elemento normativo del tipo que requiere una ponderación judicial de las circunstancias de cada caso (STS 442/01 [LA LEY 5250/2001]). También conforme al principio de proporcionalidad por el cual debe existir una equivalencia valorativa entre las pérdidas de miembros, la deformidad grave, la impotencia, la esterilidad, que son los resultados típicos que el CP prevé como agravaciones por el resultado producido por la acción. La consideración de enfermedad crónica (epilepsia), la afectación física que comporta con el tratamiento dispensado y los cambios alimentarios y físicos que comporta, junto a la afectación a la estructura de su personalidad, en los términos que se declaran probados hace procedente la calificación de la lesión en los términos del art. 149 del Código Penal (129/2007, de 22 de febrero).

Relación de causalidad

El delito previsto en el art. 149 CP —causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal— es, como todos los incluidos del título III del libro II del CP, un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo de la acción, de forma que dicha relación forma parte del tipo. En la definición legal del delito de lesiones la pertenencia al tipo de la relación de causalidad está tan gráficamente expresada que la acción típica es la de «causar». No toda relación de causalidad entre una acción y un resultado lesivo es suficiente para que quede integrado el tipo. La doctrina científica y la jurisprudencia han establecido mecanismos correctores. Esta funcionalidad correctora tiene en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva (s/n de 3 de marzo de 2005 [LA LEY 1330130/2003]).

Elementos subjetivos

Dados los términos en que han quedado redactados los arts. 149 y 150 del CP 1995, no se puede defender que sólo admitan, en el tipo subjetivo, la comisión mediante dolo directo y se excluya el eventual. Muy al contrario, será perfectamente admisible el dolo eventual que no constituirá un supuesto excepcional en este tipo de lesiones (1158/2003, de 15 de septiembre [LA LEY 62/2004]; 918/2003, de 20 de junio [LA LEY 108945/2003]; 876/2003, de 31 de octubre [LA LEY 11317/2004] y 612/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12722/2003], entre otras muchas). En efecto, la suspensión por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los arts. 418 y 419 CP 1973, sustituida en los arts. 149 y 150 CP 1995, por la más genérica «causare a otro» ha suscitado el consenso doctrinal y jurisprudencial —316/1999 de 5 de marzo [LA LEY 4090/1999], 1160/2000, de 30 de junio [LA LEY 11124/2000], 1564/2001, de 5 de septiembre [LA LEY 6992/2001], y 2143/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2687/2002]— en el sentido de que el nuevo CP [LA LEY 3996/1995] no exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual, bien entendido que al no ser admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, no basta para la aplicación de estos preceptos un dolo genérico o indeterminado de lesionar, sino que es necesario que concurra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación (168/2008, de 29 de abril [LA LEY 31958/2008] y 1026/2007, de 10 de diciem-

bre [LA LEY 216882/2007]). Ahora bien, ha de precisarse que la sanción por dolo eventual no requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto abarquen la producción del resultado en su sentido jurídico, que constituye una mera cuestión de «subsunción» ajena a la subjetividad del agente, sino el resultado en su sentido natural, que es lo que necesariamente tuvo que prever y aceptar el acusado, dada la alta probabilidad de que se ocasionase (1026/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216882/2007]).

Exponente de la amplitud con que se aprecia el dolo eventual es la 481/2002, de 15 de marzo [LA LEY 5010/2002], que consideró que concurría con un informe forense que señalaba que, aunque la pérdida del ojo es compatible con un puñetazo, no es algo frecuente.

En términos generales, la 470/2005, de 14 de abril [LA LEY 1469/2005], con cita de la 1776/2002, de 23 de octubre [LA LEY 11511/2003], 524/2003, de 9 de abril, [LA LEY 12761/2003] y 612/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12722/2003], afirma que la deformidad producida está abarcada por el dolo en la medida en que la acción realizada, con la intensidad con la que fue producida.

Concursos

Se ha apreciado un concurso ideal de lesiones dolosas del art. 149 CP y homicidio imprudente del art. 142 en el caso de lesiones que finalmente causaron la muerte, pues aunque ésta no se quiso fue consecuencia de la complicación surgida en el tratamiento de las lesiones —*conditio sine qua non*— (1343/2002, de 17 de julio [LA LEY 7761/2002]).

Artículo 150.

El que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 149, 152.1.3.º, 486.1, 572.2.º, 577, 605.2 y 621.3.

Elementos del delito

El delito previsto en el art. 150 CP —causar a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad— es un delito de resultado. En esta clase de delitos tiene que existir, para la integración del tipo, una relación de causalidad entre la acción y la lesión del objeto sobre la que aquélla recae. En el delito de lesiones la relación de causalidad tiene que articularse entre la acción lesiva y el menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental que ha sufrido el sujeto pasivo de la acción, de forma que dicha relación forma parte del tipo. En la definición legal del delito de lesiones la pertenencia al tipo de la relación de causalidad está tan gráficamente expresada que la acción típica es la de «causar». No toda relación de causalidad entre una acción y un resultado lesivo es suficiente para que quede integrado el tipo. La doctrina científica y la jurisprudencia han establecido mecanismos correctivos para que la mera existencia de una relación de causalidad no conduzca a proposiciones jurídicamente inaceptables.

Esta funcionalidad correctora tiene en la actualidad teorías como la de la causalidad adecuada, la relevancia típica o la imputación objetiva. Pero si bien es cierto, a la luz de dichas teorías y de la línea jurisprudencial que las ha asumido, que no basta un nexo causal para que el tipo se realice, también lo es que una relación de causalidad natural es presupuesto indispensable a tal efecto. Lo primero que debe ser comprobado, antes de imputar un determinado resultado a una acción agresiva es si ésta es idónea, en virtud de una ley natural científica, para producirlo. Naturalmente se trata de una cuestión cuya solución, como cualquier otra de hecho, queda confiada a la conciencia del Tribunal, pero éste no puede formar juicio al respecto sino sobre la base de una constatación pericial garantizada por conocimientos especializados (448/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12745/2003]).

La necesidad de tratamiento médico o quirúrgico no constituye un elemento del tipo del art. 150 (1022/2003, de 7 de julio [LA LEY 13186/2003]).

Pérdida o inutilidad

En relación con los conceptos de ambas ver el apartado correspondiente de la jurisprudencia del art. 149.

En términos generales se ha dicho que la consideración de principal o no principal, concepto puramente valorativo, del órgano o miembro dependerá de si el órgano o función pérdida o inutilizada desarrolla una función que si bien no es esencial para la vida ha de realizar una función relevante para la misma, la salud o el normal desenvolvimiento del individuo (1856/2000, de 29 de noviembre [LA LEY 908/2001]). La misma Sentencia ha considerado, abandonando una jurisprudencia anterior, que la pérdida o inutilidad de un solo testículo no cabe subsumirla en el art. 149 CP, sino en el 150. Además, se han considerado órganos o miembros no principales: la vesícula (652/2007, de 12 de julio [LA LEY 79540/2007]); el bazo (652/2007, de 12 de julio [LA LEY 79540/2007]; 2143/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2687/2002]; 1642/2001, de 20 de septiembre [LA LEY 12/2002] y 1564/2001, de 5 de septiembre [LA LEY 6992/2001]); la pérdida de un dedo o de alguna de sus falanges (652/2007, de 12 de julio [LA LEY 79540/2007] 1541/2002, de 24 de septiembre [LA LEY 1720/2003]; 1022/2003, de 7 de julio [LA LEY 13186/2003] y 517/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5000/2002]).

Deformidad

El concepto de «deformidad», empleado por el legislador para describir el tipo de lesiones castigado en el art. 150 CP plantea difíciles cuestiones a los aplicadores del Derecho, lo cual tiene un claro reflejo en la jurisprudencia, donde podemos encontrar fácilmente resoluciones formalmente contradictorias (212/2009, de 23 de febrero [LA LEY 6931/2009])

El art. 150 CP sanciona con la pena de prisión de tres a seis años al que causare a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad. A falta de una interpretación auténtica, la jurisprudencia ha definido la deformidad como irregularidad física, visible y permanente que suponga desfiguración o fealdad ostensible a simple vista —SS de 14 de mayo de 1987 [LA LEY 108024/1999], 27 de septiembre de 1988 [LA LEY 3516-JF/0000], 23 de enero de 1990 [LA LEY 12792-R/1990]. 213/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1192/2005], 2/2007, de 16 de enero [LA LEY 256/2007], 830/2007, de 9 de octubre [LA LEY 165815/2007] 91/2009, de 3 de febrero [LA LEY 3340/2009] y 212/2009, de 23 de febrero [LA LEY 6931/2009]—. También como toda irregularidad física permanente que conlleva una modificación corporal de la

que pueden derivarse efectos sociales o convivenciales negativos —35/2001, de 22 de enero [LA LEY 2887/2001] y 1517/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10203/2003]— (1270/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10978/2004], 830/2007, de 9 de octubre). En relación con la permanencia, la 85/2005, de 7 de febrero [LA LEY 1926239/2005] afirma que la jurisprudencia ha sido constante en la última década, al menos, en el sentido de no exigir para el concepto de deformidad del art. 150 CP la permanencia irreparable de las deformidad; y que ello encuentra su fundamento en la ausencia de toda justificación para imponer a la víctima de las lesiones, en beneficio del autor, soportar las consecuencias y riesgos que las reparaciones quirúrgicas conllevan.

El actual CP establece dos figuras delictivas en las que se emplea el término deformidad: el art. 149 en el que aparece precedida por el calificativo de grave, y el art. 150 en que se utiliza sin calificativo alguno, por lo que se ha de entender que, a diferencia del 149, incluirá toda otra clase de deformidad que no sea calificable de grave, teniendo además en cuenta que, en ningún otro precepto de ese Código se hace mención de tal resultado de la causación de lesiones. No obstará pues a la calificación de deformidad su pequeñez o escasa importancia, bastando que se trate de una irregularidad física visible y permanente del cuerpo (1783/2002, de 2 de noviembre [LA LEY 10692/2003]). Los arts. 149 y 150 CP prevén deformidades de distinta gravedad, como se infiere de la analogía de cada versión de la deformidad con otras lesiones a las que en cada caso es equiparado el supuesto típico respectivo. La aplicación de uno u otro tipo dependerá de que la deformidad sea equivalente en su gravedad a la pérdida de un órgano o miembro, una función principal o una grave enfermedad somática o psíquica, en cuyo caso se aplicará el art. 149, o que sea equivalente a pérdida de un miembro no principal, supuesto para el que se prevé la subsunción bajo el tipo del art. 150 (258/2007, de 19 de julio [LA LEY 110940/2007]). Sin embargo, no toda alteración física puede considerarse como deformidad. Dejando a un lado la grave deformidad sancionada en el art. 149, la previsión del art. 150 requiere de una interpretación que reduzca su aplicación a aquellos casos en que así resulte de la gravedad del resultado, de manera que los supuestos de menor entidad, aunque supongan una alteración en el aspecto físico de la persona, queden cobijados bajo las previsiones correspondientes al tipo básico. A estos efectos, ya la jurisprudencia de esta Sala ha venido exigiendo que la alteración física tenga una cierta entidad y relevancia, excluyéndose las alteraciones o secuelas que aun siendo físicas, indelebles y sensibles, carecen de importancia por su escasa significación antiestética, siendo por ello necesario que la secuela tenga suficiente entidad cuantitativa para modificar peyorativamente el aspecto físico del afectado (212/2009, de 23 de febrero [LA LEY 6931/2009], 91/2009, de 3 de febrero [LA LEY 3340/2009], 830/2007, de 9 de octubre [LA LEY 165815/2007], 2/2007, de 16 de enero [LA LEY 256/2007], 1270/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10978/2004]; 76/2003, de 23 de enero [LA LEY 1268/2003] y 396/2002, de 1 de marzo [LA LEY 4967/2002]). En sentido análogo, la 546/2004, de 30 de abril [LA LEY 13063/2004] dice que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, como deformidad debe calificarse únicamente aquella pérdida permanente de sustancia corporal que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad, ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad. Pero también se ha precisado que el carácter mínimo o insignificante de la lesión excluyente del concepto de «deformidad» debe ser aplicado con criterios especialmente rigurosos y restrictivos cuando la alteración afeante, visible e indeleble se localiza en el rostro de la víctima (1099/2003, de 21 de julio [LA LEY 128175/2003], con cita de la de 10 de febrero de 1992). En sentido análogo, la 1783/2002, de 2 de noviembre [LA LEY 10692/2003]. A este respecto, se ha dicho también que la

deformidad debe ser graduada independientemente pero guardando la debida proporcionalidad. Cuando la pérdida de sustancia corporal afecta directamente la morfología del cuerpo de una manera definitiva y de forma relevante para la identidad del sujeto pasivo, el resultado es más grave, pues se impone al perjudicado cargar con una modificación negativa de su cuerpo que no estaba obligado a tolerar y ello afecta no sólo a su integridad corporal o a su salud sino a su propia identidad. Ello es especialmente aplicable cuando la deformidad afecta al rostro del sujeto pasivo, parte del cuerpo que define más específicamente la fisonomía corporal, aun cuando se sostenga que el rostro no sea un miembro principal (321/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1215/2004]).

Si durante cierto tiempo se atendió para formular el juicio de valor de la existencia y entidad de la deformidad a circunstancias subjetivas de la víctima como la edad, el sexo, profesión y otras de carácter social, la moderna doctrina considera a éstos como irrelevantes para establecer el concepto de deformidad porque no disminuyen el desvalor del resultado, cualquiera que sea la edad, el sexo, ocupación laboral o el ámbito social en que se desenvuelve el ofendido, toda vez que el derecho de éste a la propia imagen no depende del uso que la víctima pretenda hacer de ésta, de suerte que esos matices subjetivos que concurren en el caso enjuiciado deberán ser valorados a la hora de determinar o graduar el *quantum* de la indemnización, pero no influyen en el concepto jurídico penal de deformidad que deberá ser apreciada con criterio unitario atendiendo al resultado objetivo y material de la secuela, pero con independencia de la condición de la víctima y de sus peculiaridades personales (2/2007, de 16 de enero [LA LEY 256/2007] con cita de las SS de 22 de marzo de 1994 [LA LEY 28322-JF/0000], 27 de febrero de 1996 [LA LEY 3470/1996] y 24 de noviembre de 1999 [LA LEY 1749/2000])

El concepto de deformidad no corresponde calificarlo a los Médicos, sino que es un concepto jurídico (1871/2002, de 14 de noviembre [LA LEY 190785/2002] y 1696/2002, de 14 de octubre [LA LEY 166/2003]). Además, la 212/2009, de 23 de febrero [LA LEY 6931/2009] ha precisado la deformidad admite matices y gradaciones, lo cual constituye una dificultad añadida en esta materia, desde la perspectiva jurídica. De ahí que la jurisprudencia haya declarado que su apreciación es normalmente competencia de la Sala de Instancia, que durante el juicio puede apreciar *de visu* las lesiones producidas y formar su criterio sobre el particular, a diferencia del Tribunal de casación que carece de la intermediación inherente a la instancia.

No basta para estimar inexistente la deformidad el dato de que ésta pueda ser reducida quirúrgicamente (1479/2003, de 11 de noviembre [LA LEY 10473/2004]). Al respecto dice la 321/2004, de 20 de marzo [LA LEY 1215/2004], citando la 1145/1999, de 12 de julio [LA LEY 10043/1999] y la 1123/2001, de 13 de junio [LA LEY 118898/2001], que las eventuales mejoras en razón de hipotéticas intervenciones quirúrgicas posteriores de cirugía reparadora, plástica o estética, no inciden en la calificación jurídico penal de la deformidad, porque dicha intervención no puede serle impuesta a nadie y porque en cualquier reparación de esa naturaleza no cabe asegurar un resultado favorable, debiendo medirse las secuelas, a los efectos de si quedó o no deformidad, según hubiera quedado el sujeto después de un proceso normal de curación. Cuestión distinta es que la reparación forme parte del proceso curativo de la lesión en cuyo caso podría considerarse que el resultado es consecuencia también de aquél. En sentido análogo, la 830/2007, de 9 de octubre [LA LEY 165815/2007], con cita de la 1521/2005, de 27 de diciembre [LA LEY 10670/2006], 85/2005, de 7 de febrero [LA LEY 29638/2005] y 389/2004, de 23 de marzo [LA LEY 12316/2004].

La desproporción que podía suponer la aplicación del art. 150 CP al caso de pérdida de **piezas dentarias**, fue tratada en el Pleno no jurisdiccional de 19 de abril de 2002, del que se hacen eco, entre otras muchas, las SS 639/2003, de 30 de abril [LA LEY 12727/2003] y 524/2003, de 9 de abril [LA LEY 12761/2003], en las que se dice: La jurisprudencia de esta Sala ha afirmado la subsunción de la pérdida de una pieza dentaria, visible, en el concepto jurídico de la deformidad del art. 150 CP que prevé un tipo agravado de las lesiones cuando éstas como producto de un acometimiento físico produce unos específicos resultados, en este supuesto, de deformidad. Este resultado concreto aparece caracterizado por las notas del afeamiento y de la permanencia, sin que esta última se vea afectada, en general, por la posibilidad de que sea corregida por algún medio quirúrgico o de ortodoncia o mediante los implantes de piezas, pues el resultado de la acción no se ve alterado por la posibilidad de una corrección, en todo caso, posterior a su producción. La deformidad, ha sido definida en nuestra jurisprudencia, como toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista. Esta definición abarca los resultados de los acometimientos que supongan un resultado de pérdida de piezas dentarias, sin que los avances de la odontología supongan, en principio, una modificación en la subsunción, pues, como se acaba de señalar, las actuaciones de reparación son posteriores a la producción del resultado, y son voluntarias, no pudiendo obligarse a la víctima a la realización de un acto médico. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la reparación es sencilla, habitual en su práctica y sin que comporte ningún riesgo para la víctima, no es posible aplicar la deformidad al no concurrir la exigencia de permanencia de la deformidad. La jurisprudencia de esta Sala, tras el Pleno no jurisdiccional de 19 de abril de 2002, ha reafirmado la anterior doctrina, señalando que la pérdida de incisivos u otras piezas dentarias, ocasionadas por dolo directo o eventual, es ordinariamente subsumible en el art. 150 CP. Este criterio admite modulaciones en supuestos de menor entidad, en atención a la menor entidad, a la relevancia de la afectación o a las circunstancias de la víctima, así como a la posibilidad de reparación accesible con carácter general, sin riesgos ni especiales dificultades para el lesionado. En todo caso dicho resultado comportará valoración como delito y no como falta. Este criterio jurisprudencial ratifica la declaración de concurrencia del resultado deformidad a la pérdida de piezas dentarias, señalando la posibilidad de modular el criterio en atención a las circunstancias concurrentes que en el mismo se expresan permitiendo incorporar a la función de subsunción criterios de proporcionalidad entre los resultados típicos previstos en el art. 150 CP. En los términos de nuestra jurisprudencia, por todas 334/2002, de 31 de mayo [LA LEY 7387/2002], si bien las pérdidas dentarias son susceptibles de ser calificadas como de deformidad en el art. 150, se hace preciso comprobar, en cada caso concreto, las modulaciones a ese criterio en función de las posibilidades de reparación ordinaria, no dificultosa y sin riesgo, teniendo en cuenta que el concepto de reparación accesible no dificultosa no debe impedir la aplicación del criterio general, pues todas las pérdidas pueden ser susceptibles de reparación. Los puntos de vista jurídicos sobre la deformidad se polarizan entre la pérdida de sustancia corporal que tiene incidencia en el derecho fundamental a la integridad física, proclamado en el art. 15 CE, y lo antiestético que comporta el concepto jurídico de la deformidad, pero con características de permanencia (no obstante, la reparación, predicable en el estado actual de la medicina de prácticamente toda pérdida o inutilidad de miembro no principal), lo que debe valorarse con criterios de consecuencia estética, a pesar de la intervención, del número de piezas dentarias, de su localización y visibilidad, de las características de su imitación artificial por vía de intervención facultativa, de su consistencia y morfología, de las lesiones que padezca con anterioridad la víctima, etc., lo que impide toda interpretación con vocación de universalidad, sino la resolución del caso planteado. Como antes se señaló, en la subsunción a realizar, han de tenerse en cuenta no sólo los aspectos objetivos derivados de la pérdida de la sustancia, también los referidos a

las circunstancias concurrentes, la brutalidad en la acción, sin olvidar la necesaria proporcionalidad entre los resultados típicos contemplados en el art. 150 del CP.

Con posterioridad son numerosas las SS que se han hecho eco del Pleno no jurisdiccional de 19 de abril de 2002, matizando que: el criterio unificado establecido en el Pleno de esta Sala permite valorar varios parámetros: 1.º) la relevancia de la afectación, lo que puede dar lugar a la deformidad, entendiéndose por tal deformidad toda irregularidad física, visible y permanente, como exponente de alteración corporal externa que suponga desfiguración o fealdad a simple vista; 2.º) las circunstancias de la víctima, en las que ha de incluirse la situación anterior de las piezas afectadas; 3.º) la posibilidad de reparación odontológica de la pieza o piezas dañadas, pero sin que ello suponga acudir a medios extraordinarios (pues a través de estos medios hoy día casi cualquier deformidad puede ser reparada); 4.º) la posibilidad de afectación, por la masiva incidencia de piezas dentales, al sistema de masticación como elemento integrante, aunque de forma auxiliar, del aparato digestivo, lo que incidirá en el elemento normativo, en este caso no de la deformidad sino de la inutilidad, también incluido en el art. 150 CP (398/2008, de 23 de junio [LA LEY 92727/2008]); no es lo mismo —a efectos de su calificación jurídica— la pérdida de los incisivos o de los caninos que la de las premolares o molares, como tampoco la pérdida o la rotura de la pieza de que se trate (212/2009, de 23 de febrero [LA LEY 6931/2009]); y tratándose de pérdida de piezas dentarias, se ha tenido en ocasiones en cuenta su mal estado, entendiéndose que la periodontitis crónica de adulto en estadio evolutivo medio, gingivitis moderada y policaries padecida por el lesionado, llevaba a reputar bien efectuada la modulación de la Audiencia para reputar incluidas las lesiones en el tipo básico, argumentándose que no se podía afirmar que la forma de la región afectada hubiera experimentado un cambio visible normalmente y peyorativo, ni tampoco un detrimento en la función preexistente del órgano (830/2007, de 9 de octubre [LA LEY 165815/2007] con cita de la 1312/2006, de 11 de diciembre [LA LEY 181074/2006]).

La 984/2004, de 17 de septiembre [LA LEY 96/2005], ha trasladado el criterio que se acaba de exponer en relación con las piezas dentarias a la **fractura de los huesos propios de la nariz y la desviación del tabique**, diciendo que se obtuvo la reparación médico-quirúrgica de ambas, con un efecto totalmente curativo, producido en el breve plazo de 20 días; y que, siendo así, es claro que no cabe apreciar un afeamiento o alteración relevante en el rostro del perjudicado y que el golpe hubiera llegado a producir fue de breve duración y resultó corregido mediante el recurso a una cirugía carente de especial complejidad y aplicable sin un particular coeficiente de riesgo. En consecuencia, hay que concluir que la decisión de la Sala de aplicar el art. 147 CP en lugar del art. 150 del mismo es plenamente correcta.

Desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, como deformidad debe calificarse únicamente aquella **pérdida permanente de sustancia corporal** que, por su visibilidad, determina un perjuicio estético suficientemente relevante para justificar su equiparación con la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal. Ello permite a los órganos jurisdiccionales excluir de la agravación de deformidad, ponderadamente y en una valoración caso a caso, aquellos supuestos de menor entidad (91/2009, de 3 de febrero [LA LEY 3340/2009], con cita de 437/2002, de 17 de junio [LA LEY 372/2003]).

Constituye deformidad una **cicatriz** de siete centímetros que, partiendo izquierda, continúa hasta el pabellón auricular, produciendo en la parte posterior del mismo discreta retracción junto con otra de un centímetro en la cara lateral del cuello (877/2008, de 4 de diciembre [LA LEY 226026/2008]).

Elementos subjetivos

Dados los términos en que han quedado redactados los arts. 149 y 150 del CP 1995, no se puede defender que sólo admitan, en el tipo subjetivo, la comisión mediante dolo directo y se excluya el eventual. Muy al contrario, será perfectamente admisible el dolo eventual que no constituirá un supuesto excepcional en este tipo de lesiones (1158/2003, de 15 de septiembre [LA LEY 62/2004]; 918/2003, de 20 de junio [LA LEY 108945/2003]; 876/2003, de 31 de octubre [LA LEY 11317/2004] y 612/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12722/2003], entre otras muchas). En efecto, la suspensión por el legislador de la expresión «de propósito» que figuraba en los arts. 418 y 419 CP. 1973, sustituida en los arts. 149 y 150 CP. 1995, por la más genérica «causare a otro» ha suscitado el consenso doctrinal y jurisprudencial —316/1999 de 5 de marzo [LA LEY 4090/1999], 1160/2000, de 30 de junio [LA LEY 11124/2000], 1564/2001, de 5 de septiembre [LA LEY 6992/2001], y 2143/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2687/2002]— en el sentido de que el nuevo CP [LA LEY 3996/1995] No exige en estos tipos delictivos un dolo directo o específico, siendo suficiente para su aplicación que el resultado esté abarcado por el dolo eventual, bien entendido que al no ser admisible un delito de lesiones cualificado por el resultado, no basta para la aplicación de estos preceptos un dolo genérico o indeterminado de lesionar, sino que es necesario que concurra, al menos, dolo eventual respecto del resultado agravado determinante de la cualificación (168/2008, de 29 de abril [LA LEY 31958/2008] y 1026/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216882/2007]). Ahora bien, ha de precisarse que la sanción por dolo eventual no requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto abarquen la producción del resultado en su sentido jurídico, que constituye una mera cuestión de «subsunción» ajena a la subjetividad del agente, sino el resultado en su sentido natural, que es lo que necesariamente tuvo que prever y aceptar el acusado, dada la alta probabilidad de que se ocasionase (1026/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216882/2007]).

En términos generales, la 470/2005, de 14 de abril [LA LEY 1469/2005], con cita de la 1776/2002, de 23 de octubre [LA LEY 11511/2002], 524/2003, de 9 de abril [LA LEY 12761/2003] y 612/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12722/2003], afirma que la deformidad producida está abarcada por el dolo en la medida en que la acción realizada, con la intensidad con la que fue producida.

Artículo 151.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos precedentes de este título, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

Los actos preparatorios pierden evidentemente su relevancia propia si los intervinientes en los mismos pasan a la acción, de forma que aquellos se absorben por la infracción no sólo consumada sino también intentada. Teniendo en cuenta la importancia de determinados bienes el legislador adelanta su barrera de protección incriminando específicamente determinadas conductas prepa-

ratorias que de otra forma serían impunes, pero en todo caso los actos de ejecución absorben la ideación previa. No se trata, por lo tanto, de la existencia de un concurso de leyes, sino que la ejecución del hecho delictivo absorbe su preparación cuando ésta específicamente está tipificada. Por otra parte, en la regulación de las faltas de lesiones no existe un precepto paralelo al art. 151 CP (421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003]).

De los términos imprecisos del *factum* pareciera que el escarmiento o agresión solicitado tuviera la entidad o gravedad necesaria como para encuadrar el hecho en el art. 149 CP. Pero a falta de mayores concreciones o ausencia de delimitación de la conducta a desarrollar, no podemos calificarla en esos términos, pues no se detectó un propósito especial (dolo reduplicado), de provocar la pérdida de un órgano principal o su inutilidad, o de un sentido, u ocasionar la impotencia, la esterilidad, o una grave enfermedad, etc., aunque eventualmente pudiera derivarse tal resultado en el desarrollo ejecutivo del proyecto delictivo, lo que nunca tuvo lugar, por ser consustancial a la proposición la inejecución de lo acordado. Por todo lo cual, debemos aceptar en beneficio del reo, que la proposición recayó sobre el tipo delictivo genérico de lesiones graves —art. 147.1 CP— (1994/2002, de 29 de noviembre [LA LEY 768/2003]).

Artículo 152.

1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:

1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del art. 147.1.

2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del art. 149.

3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del art. 150.

2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años.

3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 142 y 621.1 y 3.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que en el apartado 1 sustituye la pena de arresto de fin semana por la de prisión de tres a seis meses; y en el apartado dos la duración máxima de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas pasa de tres a cuatro años. En vigor desde el 1 de octubre de 2004.

Elementos del delito

La comisión de un delito de imprudencia supone, en primer lugar, una acción u omisión voluntaria que crea una situación de riesgo previsible y evitable si fuese previsto, en segundo lugar, la infracción de una norma de cuidado y, por último, la producción de un resultado dañoso —no ya de cualquiera, de acuerdo con el art. 12 CP 1995, sino el propio de alguno de los tipos dolosos que admiten la forma culposa— derivado de la descuidada conducta en una adecuada relación de causalidad. El tipo objetivo está integrado, de un lado, por una acción u omisión cuyo desvalor radica en la infracción de una norma social de cuidado que obliga, bien a advertir el riesgo que se crea con la acción u omisión, bien a evitar que el riesgo se concrete en una efectiva lesión; y de otro, por un resultado susceptible de ser subsumido en un tipo delictivo que admita, en virtud de una expresa norma legal, la forma culposa (351/2003, de 6 de marzo [LA LEY 1449/2003], con cita de las 1633/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8901/2001] y 466/2002, de 15 de marzo [LA LEY 4982/2002]).

El tipo subjetivo está integrado por dos elementos, uno de los cuales es la ausencia de voluntariedad con respecto al resultado dañoso, en tanto el otro es la índole voluntaria de la infracción de la norma de cuidado, esto es, que se haya querido la conducta descuidada, con conocimiento del peligro o sin él, pero no el hecho resultante de la conducta (351/2003, de 6 de marzo [LA LEY 1449/2003]; 466/2002, de 15 de marzo [LA LEY 4982/2002], entre otras).

En el caso de las lesiones imprudentes del art. 152, la gravedad en la culpa es exigencia del tipo delictivo, convirtiéndose en falta en los casos de levedad en la imprudencia, aunque el resultado lesivo fuese de los previstos como delito (art. 621.3.º), como también se rebaja a la categoría de falta de lesiones la causada por imprudencia grave, cuando el resultado lesivo es el previsto en el apartado 2 del art. 147, es decir, cuando sea de menor gravedad atendidos el medio empleado o el resultado producido. La reducción o la categoría de falta exige, pues, una menor desvaloración de la acción, apreciable en los casos de levedad en la imprudencia, o bien una menor desvaloración del resultado, aun en imprudencias graves, lo que es de apreciar —excluido obviamente el resultado de muerte— en las lesiones atenuadas del art. 147.2 CP (2161/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 1209/2003]).

Culpa grave

La imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa (791/2001, de 8 de mayo [LA LEY 6150/2001]) y más inexcusable omisión de las precauciones más elementales que aun a la persona menos cuidadosa deben exigírsele (791/2001, de 8 de mayo [LA LEY 6150/2001] y AATS 327/2001, de 21 de febrero [LA LEY 41531/2001] y 297/2001, de 14 de febrero). Con una perspectiva más amplia, la 649/2002, de 12 de abril [LA LEY 5913/2002], señala que, a la hora de discernir la gravedad o la levedad de la imprudencia, hay que calibrar la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado —objetivas y subjetivas—, y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada, así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptibles de ser ponderadas.

Autoría y participación

Al consistir básicamente tal tipo delictivo en la infracción de un deber de cuidado resulta difícil admitir otra forma de autoría que no sea la directa; y respecto a la posibilidad de una coautoría

culposa, requiriendo el delito culposo la discrepancia ente lo querido y lo hecho por el autor, es decir, la falta de deber de cuidado de incidencia causal sobre el resultado e imputado objetivamente a aquél, puede ser previamente acordado. No obstante, parte de la doctrina y esta Sala admite la participación en los delitos culposos, siempre que haya un acuerdo de voluntades en la realización del mismo acto peligroso reflexivo o imprudente, y no del resultado que se referiría a la participación dolosa —SS de 17 febrero 1976, 16 noviembre 1979 y 5 diciembre del mismo año—. Dicha codelincuencia culposa, dice la primera de las Sentencias citadas, es noción distinta de la concurrencia culposa en que varios, sin previo acuerdo con sus acciones imprudentes colaboran a la producción del resultado lesivo. Así pues, efecto no querido y acuerdo de voluntades, pueden no ser términos antitéticos. En todo caso, afirma la aludida S de 16 de noviembre de 1979, «como en toda participación, también en la que recae sobre delitos culposos, se exigen dos elementos: uno de carácter espiritual o subjetivo constituido por el concurso de voluntades, si bien referido al propio acto imprudente y un elemento material objetivo constituido bien por la intervención en la ejecución del acto peligroso o negligente, bien por la fuerza ejercida o inducción dirigida a la realización de dicho acto, bien formalmente, por la cooperación para la producción del mismo» (1936/2001, de 27 de octubre [LA LEY 937/2002]).

Concursos

Si en el anterior CP el delito de imprudencia era único aunque se produjeran diversos resultados dando lugar a la construcción de un solo delito aunque fueran plurales las muertes o lesiones causadas, ahora la individualización del delito tiene por consecuencia que existen **tanto delitos como resultados** producidos singularmente si afectan a bienes personalísimos como la vida o integridad de las personas (1600/2002, de 30 de septiembre [LA LEY 8028/2002]).

Cuando la acción inicial dolosa genérica produce un resultado no querido (ni a título de dolo directo ni a título de dolo eventual, ambos componentes engarzan en un híbrido delictivo doloso-culposo —lesiones dolosas del art. 147 CP y lesiones culposas del art. 152 CP en **concurso ideal**—) (649/2002, de 12 de abril [LA LEY 5913/2002] y 316/1999, de 5 de marzo [LA LEY 4090/1999]). En el mismo sentido, la 239/2007, de 20 de marzo [LA LEY 11520/2007] aprecia un concurso entre una falta dolosa de lesiones del art. 617.1 CP y un delito imprudente de lesiones del art. 152.1 2.º CP.

Las consecuencias psíquicas sufridas por el ilegalmente detenido, como consecuencia del trato recibido de parte de sus agresores y aun cuando se admita que éstos no buscaron intencionalmente su producción, ni siquiera a título de dolo eventual, aunque sí debieron prever y pudieron evitar el causarlas, por lo que merecen la acertada calificación de imprudentes y, por ende, la correcta aplicación del meritado precepto (295/2004, de 10 de febrero [LA LEY 12273/2004]).

Utilizando vehículo a motor, ciclomotor o arma de fuego

La circulación de vehículo de motor constituye siempre un riesgo para la vida y la salud de las personas, pero tal riesgo se encuentra permitido si esta actividad se desarrolla con observancia de las debidas precauciones, reglamentarias y extrarreglamentarias. Sólo cabe hablar de infracción penal en la medida en que esas normas de precaución han sido violadas. La entidad de esa violación nos dirá la entidad de la imprudencia que existió. Y ello ha de medirse a través del examen conjunto de las diversas circunstancias concurrentes en el caso que fueron las determinantes de esa valoración negativa del comportamiento del conductor en el orden penal. Cuando se trata de hechos relativos a la circulación de vehículos de motor son las circunstancias en que se produce

la conducción las que en su apreciación global (con la suma de todas ellas) nos dirán la entidad (grave o no grave) de la imprudencia (1550/2000, de 10 de octubre [LA LEY 2670/2001]).

Ver la doctrina jurisprudencial correspondiente al art. 142.2 CP.

Imprudencia profesional

Reiterada jurisprudencia distingue entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece, en el art. 565, párrafo segundo, CP 1973, y apartado 3.º del art. 152 CP 1995, como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad científica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya por una inactualización indebida, ya por una dejación inexcusable de los presupuestos de la *lex artis* de su profesión, le conduzca a una situación de inaptitud manifiesta, o con especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen y que convierten la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosa e incompatible con el ejercicio de aquella profesión. Esta imprudencia profesional, caracterizada, pues, por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un «plus» de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto (SS de 29 de marzo 1988 [LA LEY 63893-JF/0000], 27 de mayo de 1988 [LA LEY 3654-JF/0000], 5 de julio de 1989 [LA LEY 567-JF/0000], 1 de diciembre de 1989, 1193/1994, de 8 de junio [LA LEY 3458/1994], 640/1997, de 8 de mayo [LA LEY 13383/1997] y 1561/1997, de 16 de diciembre [LA LEY 1433/1998]).

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia, pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial facultación, tras la comprobación en la forma legalmente establecida, con lo que la inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuridicidad. En concreto, en el caso de culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia. La sustitución en la dicción legal del nuevo Texto del Código Penal, de las pretéritas imprudencia temeraria o simple con infracción o sin infracción de reglamentos, por los conceptos de culpa grave o leve que se utilizan en el actual Código Penal, determinan también alguna dificultad en la determinación de qué se ha de entender por una y otra. No cabe duda, sin embargo, de que la culpa grave que se incluye en la definición del tipo delictivo de lesiones por imprudencia, recogido en el art. 152 CP, ha de ser la que supone el olvido u omisión de las precauciones, cuidados y atención más elementales y, que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente (811/1999, de 25 de mayo [LA LEY 8129/1999]).

Ver la doctrina jurisprudencial correspondiente al art. 142.3 CP.

Artículo 153.

1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 617 y 620.

Artículo modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima) que sustituye la anterior redacción, que tuvo vigencia desde el 1 de octubre de 2003 hasta el 28 de junio de 2005, y cuyo tenor era el siguiente:

«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratara de obra a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

Modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que sustituye la anterior redacción, que tuvo vigencia desde el 10 de junio de 1999 hasta el 30 de septiembre de 2003, y cuyo tenor era el siguiente:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores».

Modificado por la LO 14/1999, de 9 de junio, que sustituye la anterior redacción, que tuvo vigencia hasta el 9 de junio de 1999, y cuyo tenor era el siguiente:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

Artículo 154.

Quienes riñeren entre sí, acometiéndose tumultuariamente, y utilizando medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas, serán castigados por su participación en la riña con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 557 y 620.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir las anteriores penas de prisión de seis meses a un año o multa superior a dos y hasta doce meses por las de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

Este artículo, dentro del título de las lesiones, configura un particular tipo de delito, heredero de los arts. 408 y 424 CP 1973 en su redacción anterior a la LO 3/1989, de 21 de junio, referidos, respectivamente, a los delitos de homicidio y lesiones graves causados en riña tumultuaria. Tales artículos fueron derogados por la mencionada LO 3/1989, que en su lugar introdujo uno diferente que ocupó el lugar del 424 y que, en cuanto a la definición del delito, fue prácticamente repetido en el art. 154 CP actual, que configura un delito de simple actividad y de peligro concreto caracterizado por la concurrencia de los elementos siguientes:

1.º Que haya una pluralidad de personas que riñan entre sí con agresiones físicas entre varios grupos recíprocamente enfrentados.

2.º Que en tal riña esos diversos agresores físicos se acometan entre sí de modo tumultuario (confusa y tumultuariamente, decía de forma muy expresiva el anterior art. 424), esto es, sin que se pueda precisar quién fue el agresor de cada cual, ya que, como dicen el ATS de 11 de mayo de 2001 y la S 1586/1997, de 18 de diciembre [LA LEY 395/1998], este supuesto delictivo resulta inaplicable cuando está concretada la intervención de los agresores que han causado determinadas lesiones a ciertas personas por ellos agredida.

3.º Que en esa riña tumultuaria haya alguien (o varios) que utilicen medios o instrumentos que pongan en peligro la vida o integridad de las personas. No es necesario, por lo tanto, que los utilicen todos los intervinientes —86/2001, de 31 de enero [LA LEY 3570/2001]—. Si los participantes en una riña no utilizan medios o instrumentos peligrosos para la vida o la integridad de las personas, su conducta no puede integrar este tipo penal —110/1999, de 29 de enero [LA LEY 2691/1999]—. Tampoco cabe condenar a ninguno de los miembros del bando en el que nadie los hubiera utilizado. Cuando en un bando unos utilizaron los medios o instrumentos peligrosos y otros no, los partícipes que no hubieran usado esos elementos peligrosos tendrán que conocer que alguno o algunos de su grupo sí los utilizó (486/2008, de 11 de julio [LA LEY 96481/2008], 703/2006, de 3 de julio [LA LEY 77140/2006], 513/2005, de 22 de abril [LA LEY 12411/2005] [LA LEY 12411/2005] y 86/2001, de 31 de enero [LA LEY 3570/2001]).

El elemento esencial de la figura de la riña tumultuaria es la existencia de diversas personas que se acometan violentamente de manera recíproca, esto es, que simultáneamente sean agresores y agredidos, y no es esto lo que relatan los hechos probados al describir la acción en la que resultan lesionados los agredidos, perfectamente individualizada y separada del incidente precedente, en la que no existe un acometimiento mutuo, sino la agresión del grupo atacante a los finalmente lesionados como una suerte de represalia o venganza por el trato que los acusados habían recibido en el *pub* del que fueron expulsados, lo que generó que en una acción posterior y jurídicamente independiente, formaran un grupo, provisto de instrumentos sin duda peligrosos, y regresaran a las inmediaciones del local atacando a aquéllos y produciéndoles lesiones diversas (333/2005, de 15 de marzo [LA LEY 1519539/2005]).

Artículo 155.

En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados.

No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz.

CONCORDANCIAS

CP: art. 25.

CC: arts. 1262 y ss.

El tema del consentimiento en las lesiones ha sido siempre doctrinalmente polémico, girando las posiciones entre la indisponibilidad del bien jurídico que se protege y garantiza en el art. 15 de la CE y la posibilidad de dar relevancia a dicho consentimiento; aquella fue la posición tradicional de nuestra legislación punitiva, no teniendo nuestro CP ninguna previsión al respecto hasta 1963, zanjando el legislador en dicha fecha la polémica en el art. 428 bajo la tesis de que «las penas señaladas en el Capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediare el consentimiento del lesionado». Sin embargo, para resolver los casos de lesiones causadas con motivo de tratamiento médico e intervenciones quirúrgicas en supuestos de trasplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual, se agrega un segundo párrafo al mencionado art. 428, por LO 8/1983, de 25 de junio, que en 1989 se amplía a regular los términos en que no serían punibles los casos de esterilizaciones de incapaces, cuestión que fue sometida al Tribunal Constitucional (STC 215/1994, de 14 de julio [LA LEY 56802-JF/0000]). Por último, el nuevo Código Penal introduce el consentimiento en el art. 155 y la justificación de aquellas otras intervenciones en el art. 156, con técnica mejorada. El art. 155 se limita a conceder una atenuación penológica, por lo que la cuestión no ha sido definitivamente superada, pero con unos resultados que en algunos casos pueden conseguir una más adecuada respuesta penal. Respecto a los requisitos (del consentimiento), se establecen los siguientes: a) válido, cuya interpretación debe relacionarse con lo establecido en el propio precepto, en el sentido de que no es válido el consentimiento prestado por menor de edad o incapaz, término este último que debe corresponderse con una minusvalía aparente no siendo necesaria su declaración judicial, todo ello en relación con lo dispuesto en el art. 25 del propio Código Penal; b) libre y espontáneo, esto es, no condicionado por ningún elemento externo, ya que en este caso impediría su apreciación, en razón del bien jurídico protegido que lo es la integridad física, constitucionalmente protegida en el art. 15 de nuestra Carta Magna; c) expresamente emitido por el ofendido, no bastando con meras suposiciones sobre la prestación de tal consentimiento (1049/2002, de 5 de junio [LA LEY 7136/2002]).

El art. 155 supedita su aplicación a la prestación libre, espontánea y expresa del consentimiento del ofendido. Ninguno de los cuatro lesionados era libre en el sentido profundo del término cuando accedió a la extracción de sus piezas dentarias. Donde no hay libertad de elegir, no hay libertad de decidir. Obviamente, los lesionados querían recuperar la salud, y confiados en la credibilidad que les ofrecía el recurrente aceptaron la extracción porque en base a ello esperaban alcanzar el bien superior de recuperar la salud (407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]).

Artículo 156.

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o

mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

CONCORDANCIAS

CP: art. 25.

CC: arts. 1262 y ss.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos.

RD 411/1996, de 1 de marzo, sobre actividades relativas a la utilización clínica de tejidos humanos.

Transplante de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual

El art. 428 del CP 1973 (156 CP 1995) prevé determinados supuestos en que «el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal», entre ellos «las esterilizaciones». El consentimiento que determina la exención de responsabilidad, pese a la concurrencia de la lesión típica, ha de provenir de un sujeto naturalmente capaz, ser externamente reconocible y, en todo caso, libre. Al margen de la exigencia del previo consentimiento de la persona afectada, como determinante de la atipicidad de la conducta o como causa excluyente de la punibilidad (pues en nuestro Derecho no parece posible hablar de que constituya una causa de justificación, como sucede en otros ordenamientos), con carácter general el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, de 25 abril 1986, dispone claramente que «para la realización de cualquier intervención» es preciso «el previo consentimiento escrito del usuario», salvo: a) «cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública», b) «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas», y c) «cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento». En cualquier caso, la indicación médica correcta no puede considerarse lícita y justificante de la intervención de que se trate, salvo que sea necesario tomar urgentemente alguna decisión al respecto, por existir riesgo inminente para la vida o la integridad de la persona; pues en tal caso estaríamos ante un típico estado de necesidad. En otro caso, el Médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella. Si, pese a ello, lo hace, no puede justificar su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión (1044/1995, de 26 de octubre [LA LEY 14832/1995]).

Esterilización de persona incapacitada

Sobre las garantías que el art. 428 CP 1973 (hoy art. 156) establece, lo primero que hay que decir es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radi-

calmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez, es decir, por la única autoridad a quien la Constitución confiere el poder de administrar justicia que, dotada de independencia y de imparcialidad, reúne no sólo las mayores garantías constitucionalmente exigibles, sino que son las únicas a quienes podría encomendar el legislador tan trascendente como delicada misión. La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización, no para que tenga que otorgarse, constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás.

La solicitud de quienes ostenten la representación legal del incapaz, sin la cual no se puede iniciar el procedimiento de autorización judicial, es la segunda garantía o requisito necesario que contempla el precepto: «cuando aquélla —la autorización— haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz». Por tanto, sea cual fuere la gravedad de la deficiencia, ninguna esterilización ha de acordarse judicialmente de no existir la solicitud mencionada. Añádase que la «petición del representante legal», de que habla el art. 428 del CP en el inciso cuestionado, presupone lógicamente —tratándose como se trata de deficientes psíquicos mayores de edad, que son los únicos cuyo consentimiento es lícito sustituir mediante semejante petición— una previa incapacitación de los mismos declarada jurisdiccionalmente en otro proceso. En suma, pues, la necesaria iniciativa de los representantes legales del incapaz asegura que la medida no responderá a intereses o directrices exclusivos de los poderes públicos; la autorización del Juez garantiza que no responderá a intereses espurios de los referidos representantes.

En tercer lugar, la solicitud deducida por el representante legal del deficiente, aunque presupuesto inexcusable de la decisión del Juez, carece de todo efecto automático o determinante sobre el carácter positivo de ésta. La deficiencia psíquica del incapaz cuya esterilización se interesa debe ser una deficiencia «grave» y, consecuentemente, generadora de la imposibilidad de comprender los aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante legal promueve. La grave deficiencia psíquica ha de ser verificada por el juzgador no sólo a través de los dictámenes de los especialistas que exige el precepto, sino también por la propia exploración judicial del incapaz.

Finalmente, el procedimiento en el que ha de resolverse el otorgamiento o denegación de la autorización solicitada cuenta con la preceptiva intervención del Ministerio Fiscal, quien, como es obvio, debe pronunciarse acerca de la concurrencia o no de los requisitos formales (previa declaración judicial de incapacidad y nombramiento de representante legal, fehaciencia de la petición de esterilización formulada por el mismo, emisión de los dictámenes de los especialistas y exploración del incapaz por el Juez) y materiales que antes se han indicado.

Pues bien, prevista en el precepto la inexcusable intervención de la familia a través del representante legal del incapaz; del Juez mediante su autorización que puede o no otorgar y que está precedida de la exploración del enfermo y de una previa declaración de incapacidad también judicialmente acordada; de los especialistas que habrán de informar sobre la gravedad de la enfermedad psíquica del incapaz y sobre las consecuencias que para su salud física y mental podrá producir la esterilización y, finalmente, la intervención del Ministerio Fiscal sobre el cumplimiento de todas y cada una de las garantías previstas en la norma, permite afirmar que tales garantías son suficientes para conducir a una resolución judicial que, sin otra mira que el interés del incapaz, favorezca sus condiciones de vida.

Podrá entenderse que a dichas garantías debieran añadirse otras que, como el carácter irreversible de la enfermedad psíquica del incapaz o que la esterilización se lleve a efecto mediante un procedimiento o técnica médica que la haga reversible, garantizaran mejor la grave medida cuya autorización se encomienda a la autoridad judicial, pero lo cierto es que ni el precepto impide que tales circunstancias u otras posibles se tengan en cuenta por el Juez como motivos de su decisión, bien para otorgarla o bien para denegarla; ni corresponde a este Tribunal otra función que la de determinar si las garantías previstas por el legislador son o no suficientes desde un punto de vista constitucional para permitir la esterilización de los incapaces. Si lo son, como entendemos que ocurre en el precepto cuestionado, no podemos, asumiendo competencias que corresponden a otros poderes del Estado, suplir lo establecido por el legislador, ni concretar cómo ha de interpretarse judicialmente el precepto. Nos basta con determinar, en este último aspecto, que la norma por la importancia del supuesto que contempla, no es susceptible de una interpretación extensiva que permita convertir en una apertura general, lo que está previsto para supuestos rigurosamente excepcionales (STC 215/1994, de 14 de julio [LA LEY 56802-JF/0000]).

TÍTULO IV

DE LAS LESIONES AL FETO

Artículo 157.

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: arts. 147, 149 y 150.

Ver la doctrina jurisprudencial correspondiente al art. 158 CP.

Artículo 158.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP: art. 152.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir en el párrafo primero la pena de arresto de fin de semana por la de prisión.

La Sentencia 492/1995, de 5 de abril [LA LEY 14465/1995], condenó por un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones graves causadas al feto, cuando no existía la específica tipicidad del art. 158 del CP 1995 que así lo establece, aunque ya se vislumbraba a tenor de los proyectos de reforma. Al analizar desde el punto de vista penal las lesiones causadas al feto durante el curso de la gestación recordaba que los arts. 29 y 30 del CC se ven forzados a tener por persona al concebido a todos los efectos favorables y no hay efecto más beneficioso para el ser humano en gestación que el de conservar la integridad física y psíquica, añadiendo que el concebido, en armonía con los avances científicos, tiene un patrimonio genético totalmente diferenciado y propio sistema inmunológico, que puede ser sujeto paciente dentro del útero —conforme a las técnicas más recientes— de tratamiento médico o quirúrgico para enfermedades y deficiencias orgánicas, y que la dependencia de la madre, abstracción del tiempo biológico de la gestación, no es un término absoluto por cuanto se prolonga después del nacimiento; negar al embrión o al feto condición humana independiente y alteridad manteniendo la idea pretendida de la *mulieris portio*, es desconocer las realidades indicadas. Negaba la Sentencia, en definitiva, que existiera un auténtico vacío normativo en este punto y afirmaba que era posible, aun desde la perspectiva de aquel tiempo, una construcción jurídico-penal como había venido implícitamente haciendo la jurisprudencia de esta Sala, citando al respecto cinco Sentencias, para concluir que se podía atribuir al feto, con un sentido progresivo que se emancipa de las ficciones civiles, condición humana diferenciada de su progenitora y penalmente protegible; la posibilidad del delito doloso y, consecuentemente, del delito imprudente no es cuestionable en nombre del principio de legalidad. Esta doctrina la retoma y profundiza la 726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999], en la que se recuerda que el TC en la Sentencia 53/1985, de 11 de abril [LA LEY 9898-JF/0000], había declarado que la vida humana es un devenir, un proceso que comienza con la gestación, en el curso del cual una realidad biológica va tomando cuerpo y que la gestación ha generado un *tertium* existencialmente distinto de la madre, aunque alojado en el seno de ésta (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002]).

Objeto material

El estadio fetal se genera con la gestación y finaliza con el comienzo del parto que surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de expulsión (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002], con cita de la 726/1998, de 22 de enero de 1999 [LA LEY 2186/1999], que, a su vez, cita la STC 53/1985, de 11 de abril [LA LEY 9898-JF/0000]).

TÍTULO V

DELITOS RELATIVOS A LA MANIPULACIÓN GENÉTICA

Artículo 159.

1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de siete a diez años los que, con finalidad

distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo.

2. Si la alteración del genotipo fuere realizada por imprudencia grave, la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplantes de órganos.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos.

Artículo 160.

1. La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, será castigada con la pena de prisión de tres a siete años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de siete a 10 años.

2. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a 10 años quienes fecunden óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana.

3. Con la misma pena se castigará la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se añaden los apartados 2 y 3, que se corresponden con el anterior art. 161 CP.

Artículo 161.

1. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de uno a cuatro años.

2. Para proceder por este delito será precisa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz, o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

CONCORDANCIAS

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que traslada el texto del anterior art. 161 a los apartados 2 y 3 del art. 160 y traslada al presente art. 161 el texto del anterior art. 162 CP.

Artículo 162.

En los delitos contemplados en este título, la autoridad judicial podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código cuando el culpable pertenezca a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades.

Introducido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

TÍTULO VI

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

CAPÍTULO I

De las detenciones ilegales y secuestros

Artículo 163.

1. El particular que encerrare o detuviere a otro, privándole de su libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

2. Si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber logrado el objeto que se había propuesto, se impondrá la pena inferior en grado.

3. Se impondrá la pena de prisión de cinco a ocho años si el encierro o detención ha durado más de quince días.

4. El particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17 y 19.

CP 1973: arts. 480 a 482.

CPM: art. 77.6.º.

LECrim.: arts. 489 a 501.

DUDH: arts. 3, 9 y 13.

CEDH: art. 5.

PIDCP: art. 9 y 12.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de hábeas corpus.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana: art. 20.

Convención Internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes (adhesión de España el 9 de marzo de 1984).

Subtipos atenuados

El tipo privilegiado de detención ilegal del **art. 163.2** es un supuesto especial de desistimiento de un delito consumado. Para poder aplicarlo es necesario que la liberación de la víctima haya sido realizada voluntariamente por el sujeto activo, por lo que no concurre cuando ha sido el sujeto pasivo o terceras personas quienes, sin concurso del responsable del delito, han hecho cesar la situación ilegal (705/1994, de 4 de abril [LA LEY 29281-JF/0000], 1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004], y 683/2009, de 15 de junio [LA LEY 112716/2009]). Se trata de una especie de arrepentimiento espontáneo activo (418/2009, de 23 de abril [LA LEY 58207/2009]). Es decir, la liberación del sujeto pasivo del delito, que premia una especie de arrepentimiento durante el *iter criminis*, en su fase comisiva, tiene que provenir de un acto absolutamente espontáneo, voluntario y libre por parte de su autor, sin venir mediatizada en modo alguno por el comportamiento del sujeto pasivo (1273/1997, de 20 de octubre [LA LEY 10661/1997], 1014/2000, de 2 de junio [LA LEY 8652/2000], 695/2002, de 17 de abril [LA LEY 5940/2002], 1499/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10193/2003], y 674/2003, de 30 de abril [LA LEY 12724/2003]). También es imprescindible que el autor no haya logrado el objetivo propuesto con su actuación (123/2003, de 3 de febrero [LA LEY 1390/2003], y 430/2009, de 29 de abril [LA LEY 58209/2009]), aunque en algunas Sentencias se ha reconocido la posibilidad de que la detención no persiga otra cosa que los mismos efectos de la privación de libertad, sin propósito ulterior alguno, de forma que en esos casos excepcionales no debería haber obstáculo a la aplicación de la figura atenuada si el autor da libertad a la víctima dentro de los tres primeros días (935/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 266405/2008]).

En un principio nuestra jurisprudencia venía exigiendo a los autores una conducta activa y directamente positiva, que por sí misma manifestara la voluntad inequívoca de liberar a la víctima; precisamente por ello no se ha reconocido la atenuación en aquellos casos en que, mediando el abandono del lugar por los guardianes, el detenido queda inmovilizado o encerrado de forma que por sí solo no puede obtener su libertad. Ahora bien, esa doctrina debe matizarse para aplicar la atenuación a aquellos casos en los que, sin constar una actividad decidida y claramente exteriorizada de dar libertad al detenido, nos encontramos ante lo que se ha dado en llamar «puente de plata», es decir, todo aquello que suponga facilitar a la víctima su autoliberación o propiciar su liberación por terceros de manera segura e inmediata (1499/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10193/2003], 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003], 769/2003, de 31 de mayo [LA LEY 2634/2003], 1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004] y 628/2004, de 17 de mayo [13073/2004]). También se ha aplicado este tipo privilegiado en algunas ocasiones excepcionales en donde la libertad no se ha producido por un acto del autor pero era posible afirmar que su voluntad respecto a la detención no contemplaba en ningún caso una prolongación superior a las setenta y dos horas, ni su acción venía guiada por la obtención de objeto alguno distinto de la propia privación de libertad (1695/2002, de 7 de octubre [LA LEY 1729/2003], 601/2005, de 10 mayo [LA LEY 12557/2005], y 944/2008, de 3 de diciembre [LA LEY 244039/2008]).

El tipo privilegiado del **art. 163.4** requiere expresamente que no concurren algunos de los supuestos en que el ordenamiento jurídico permite a los ciudadanos practicar una detención (art. 490

de la LECrim.). En cuanto al **elemento subjetivo** del injusto, es un delito intrínsecamente doloso que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto pasivo de su libertad ambulatoria con el ánimo específico y finalista de presentarlo a la autoridad: el verbo de la conducta es «aprehender», el adverbio que lo modula «inmediatamente» y el fin «presentarlo a la autoridad» (1120/2000, de 23 de junio [LA LEY 10337/2000]).

Bien jurídico protegido

La libertad individual es su aspecto de libertad ambulatoria, es decir, la libertad de movimientos y la libre circulación garantizada constitucionalmente (STC 178/1985, de 19 de diciembre [LA LEY 512-TC/1986]; SSTs 627/1996, de 3 de octubre de 1996 [LA LEY 9279/1996], 799/1997, de 6 de junio [LA LEY 7410/1997], 788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003], y 61/2009, de 20 de enero [LA LEY 244039/2008]).

Elementos objetivos

La acción se centra en los verbos «detener» y «encerrar». En ambos casos, y con una cierta duración o permanencia, se priva al sujeto pasivo de la posibilidad de trasladarse de lugar según su voluntad y se limita ostensiblemente el derecho a la deambulación en tanto se impide de alguna manera el libre albedrío en la proyección exterior y física de la persona humana. Si **encerrar** supone la privación de la libre deambulación porque se tiene a la persona dentro de los límites espaciales del largo, ancho y alto, **detener** en cambio implica también esa limitación funcional aunque de distinta forma, ya que, sin necesidad de encerrar materialmente, se obliga a la inmovilidad (2109/1994, de 28 de noviembre de 1994 [LA LEY 16588-R/1995], 1145/1998, de 7 de octubre [LA LEY 10601/1998], 445/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5526/1999], 801/1999, de 12 de mayo [LA LEY 7049/1999], 285/2004 de 5 de marzo [LA LEY 12268/2004], y 540/2009, de 24 de abril [LA LEY 99195/2009]). No es necesario que se emplee fuerza o violencia, admitiéndose incluso procedimientos engañosos (1069/2000, de 19 de junio [LA LEY 9926/2000]).

La conducta típica, pues, consiste en la ilegal privación de la libertad deambulatoria de la persona. Para determinar la ilegalidad o no de la privación de libertad hay que acudir básicamente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal —arts. 489 y ss.—, en donde figura los casos en que ésta es permitida (1125/2001, de 12 de julio [LA LEY 8929/2001]).

Es un **delito permanente** en el que sus efectos se mantienen hasta la liberación de la víctima, por lo que admite la participación posterior a la consumación (59/2001, de 22 de enero [LA LEY 3558/2001], 584/2007, de 27 de junio [LA LEY 60979/2007], y 728/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 184754/2008]).

Elementos subjetivos

Se requiere la concurrencia de dolo, es decir, el conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo de que se está privando a la víctima de su libertad ambulatoria de forma arbitraria e injustificada (2194/2001, de 19 de noviembre [LA LEY 208474/2001]), siendo irrelevantes los móviles, por cuanto el tipo penal no hace referencia a concretos propósitos o especiales finalidades comisivas (1627/2002, de 8 de octubre [LA LEY 1874/2003], 2/2003, de 9 de enero [LA LEY 12828/2003], y 79/2009, de 10 de febrero [LA LEY 3339/2009]). No se requiere que el sujeto actúe con una especial tendencia de desprecio hacia la víctima diversa de la que ya expresa el dolo, en tanto conocimiento de la privación de libertad ambulatoria de otra persona (452/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12710/2003], y 601/2005, de 10 mayo [LA LEY 12557/2005]). Al ser

un delito eminentemente intencional no cabe la comisión por imprudencia (1125/2001, de 12 de julio [LA LEY 8929/2001] y 285/2004 de 5 de marzo [LA LEY 12268/2004]).

Consumación

El delito de detención ilegal es una infracción instantánea que se produce desde el momento en que la detención o el encierro tiene lugar (445/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5526/1999], 574/2000, de 31 de marzo [LA LEY 6104/2000], 2/2003, de 9 de enero [LA LEY 12828/2003], y 728/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 184754/2008]), con independencia del tiempo durante el que la víctima haya estado privada de su libertad ambulatoria (2189/2001, de 26 de noviembre [LA LEY 2684/2002] y 1695/2002, de 7 de octubre [LA LEY 1729/2003]), aunque el principio de ofensividad exige una mínima duración de la acción típica (48/2005, de 28 de enero [LA LEY 856/2005]), pues lo esencial es la privación de libertad, aunque sea por breve espacio de tiempo, y el ánimo del autor orientado a causarla (601/2005, de 10 mayo [LA LEY 12557/2005]). No es necesario que, además, la privación de libertad se haya hecho de tal manera que la víctima no pueda recibir ninguna clase de auxilio (548/2005, de 9 mayo [LA LEY 2003518/2005]).

Concursos

El delito de detención ilegal no admite la figura del **delito continuado**, por atacar un bien eminentemente personal (1261/1997, de 15 de octubre [LA LEY 10351/1997], 1519/1999, de 22 de octubre [LA LEY 487/2000] y 2/2003, de 9 de enero [LA LEY 12828/2003]). Aunque exista una sola acción se cometerán tantos delitos como personas privadas de libertad (1397/2003, de 16 de octubre [LA LEY 10673/2004]).

La libertad y seguridad de las personas son bienes jurídicos individuales y, por ende, cada ataque a ese fundamental derecho dará lugar a la aparición de un delito independiente y distinto, según sean las personas atacadas, en **concurso real** (1846/2002, de 6 de noviembre [LA LEY 62/2003] y 788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003]).

El **delito de coacciones** es el género, en tanto que la detención ilegal es la especie, de tal modo que en el delito de coacciones se atenta contra la libertad genéricamente considerada y en el de detención ilegal se atenta más concretamente contra la libertad ambulatoria, de locomoción o de desplazamiento de la persona, en línea con la protección constitucional dispensada por el art. 17 CE. Pueden diferenciarse, además, por los medios comisivos, por cuanto en el delito de coacciones ha de emplearse la violencia, cosa que no es precisa en el delito de detención ilegal (1627/2002, de 8 de octubre [LA LEY 1874/2003], 934/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 216121/2008], y 137/2009, de 10 de febrero [LA LEY 6935/2009]). El delito de detención ilegal desplaza a las coacciones siempre que la forma comisiva (encierro o detención) incida en la libertad ambulatoria de la víctima de un modo mínimamente relevante (58/1997, de 25 de enero [LA LEY 1424/1997], 1122/1998, de 29 de septiembre de 1998 [LA LEY 9562/1998], 2189/2001, de 26 de noviembre [LA LEY 2684/2002], 1365/2002, de 22 de julio [LA LEY 10156/2003], 2/2003, de 9 de enero [LA LEY 12828/2003], y 403/2006, de 7 de abril [LA LEY 36217/2006]), a cuyo efecto es preciso valorar el factor tiempo, que ha de tener una mínima significación, aun cuando el delito se consuma desde el momento en que se encierra o detiene a otro (801/1999, de 12 de mayo [LA LEY 7049/1999], 1069/2000, de 19 de junio [LA LEY 9926/2000], **1432/2000, de 8 de octubre**, 351/2001, de 9 de marzo [LA LEY 7494/2001], y 610/2001, de 10 de abril [LA LEY 5286/2001]). En este sentido deberá apreciarse la comisión de un delito de detención ilegal atendiendo a dos aspectos: en primer lugar, cuando se haya producido una conducta que elimine la capacidad del individuo para hacer efectiva su decisión acer-

ca del lugar donde desea permanecer o adonde desea dirigirse; y, en segundo lugar, que tal privación de libertad se haya extendido durante un período temporal mínimamente relevante, lo que excluye las privaciones de libertad instantáneas y fugaces, o bien aquellas otras que han de considerarse absorbidas por la comisión simultánea de otro delito, como ocurre en los robos violentos o en las agresiones sexuales. Sin embargo, la detención ilegal típica se perfila más nítidamente en los casos de encierro o internamiento que cuando se trata de supuestos de simple detención o inmovilización de una persona, presentando aquí dificultades la concreción del tipo, ya que su duración puede ser momentánea o más o menos duradera y presentar afinidad con las coacciones, siendo en este caso el elemento subjetivo el factor determinante de la diferenciación, pues la detención ilegal es una modalidad delictiva eminentemente dolosa *«que exige el propósito claro y definido de privar al sujeto de su capacidad ambulatoria, mientras que el punto de vista temporal no es decisivo para distinguir necesariamente detención ilegal y coacción ya que la detención es de consumación instantánea y no precisa por tanto duración determinada»*. En consecuencia, el principio de especialidad es el elemento de distinción decisivo *«para apreciar la detención ilegal si los medios violentos se enderezan a privar a otro de su libertad ambulatoria, sin desdeñar el factor temporal o mínimo soporte temporal aunque valorado en la medida que sirve para explicar la intención de atentar contra la libertad de movimientos, más que referido sólo a la duración»*. Nuestra jurisprudencia introduce así un cierto factor de circunstancialidad, delimitado por los parámetros anteriores, cuando se trata de distinguir uno y otro (371/2006 de 27 marzo [LA LEY 36057/2006], 654/2006, de 16 de junio [LA LEY 70078/2006], y 444/2007, de 16 de mayo [LA LEY 42165/2007]).

Nuestra jurisprudencia viene señalando como dato diferenciador de la **agresión sexual** y la detención ilegal, que la privación de la libertad deambulatoria exceda temporalmente de la que tuviera por finalidad la consecución del propósito libidinoso (1365/2002, de 22 de julio [LA LEY 10156/2003], y 263/2009, de 18 de marzo [LA LEY 14405/2009]). Y así se distinguen tres supuestos (722/2005, de 6 junio [LA LEY 12793/2005]): a) el ordinario, ya que en todo delito de agresión sexual, lo mismo que en los de robo con violencia o intimidación en las personas, hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Existiría, pues, una coincidencia temporal entre el hecho de la agresión sexual y el de la privación de libertad ambulatoria, y el consiguiente concurso de normas que daría lugar a la aplicación de la **regla de la absorción (art. 8.3.º CP)**, porque el precepto más amplio o complejo —la agresión sexual— consume en su seno aquel otro más simple —la detención ilegal—; b) en otros supuestos no se produce esa coincidencia temporal, pues, consumada la agresión sexual, se deja a la víctima atada, esposada, encerrada, en definitiva impedida para moverse de un sitio a otro; si ello se hace en condiciones tales que el autor del delito puede pensar que esa privación de libertad posterior al momento de la consumación de la agresión sexual, lo ha de ser, no por unos breves momentos, ordinariamente el necesario para poder escapar, sino que cabe prever que tardará algún tiempo en verse libre, nos hallaríamos ante un **concurso real de delitos**, el primero de la agresión sexual, y el posterior de detención ilegal a castigar conforme al **art. 73 CP**; d) por último, puede ocurrir que exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos, pero que se produzca durante un prolongado período de tiempo. En estos casos la significación ilícita de la detención tiene tal relevancia que no cabe afirmar su absorción en la agresión sexual como elemento integrante de la violencia o intimidación propia de este último delito, encontrándonos entonces ante un **concurso ideal de delitos** del art. 77 CP. Una larga privación de la libertad nunca puede considerarse consumida en la violencia o intimidación personal que acompaña a estos delitos contra la libertad sexual, siendo necesario aplicar las sanciones de los dos delitos para abarcar la total antijuridicidad de estos comportamientos.

En cuanto al **delito de robo con violencia o intimidación**, también podemos distinguir tres supuestos en su relación con la privación de libertad de la víctima (372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003], 1511/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 315/2004], 1731/2003, de 24 de diciembre [LA LEY 862/2004], 186/2004, de 12 de febrero [LA LEY 11898/2004], 1400/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 218929/2005], 1588/2005, de 16 diciembre [LA LEY 10815/2006], 587/2008, de 25 de septiembre [LA LEY 152148/2008], y 430/2009, de 29 de abril [LA LEY 58209/2009]): a) si la pérdida de libertad queda limitada al tiempo estrictamente necesario para efectuar el despojo, nos encontraríamos ante un **concurso de normas** a favor del robo con aplicación de la regla de absorción del art. 8.3.º CP; b) Si es previsible para el autor que la privación de libertad, una vez consumado el apoderamiento del bien mueble ajeno, se prolongará más allá del breve tiempo necesario para escapar, habría un **concurso real** de delitos del art. 73 CP; y c) si la privación de libertad se produce durante el episodio central del robo pero su duración es claramente excesiva, se aplicaría un **concurso ideal o medial** de delitos del art. 77 CP.

El **delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución** (art. 188 CP) consume las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo. La detención ilegal se sanciona acumuladamente cuando se va más allá de aquella mera restricción deambulatoria y se alcanza una situación de encierro o privación física de libertad de las víctimas del referido delito, es decir, de internamiento forzado en un lugar del que las víctimas no pueden salir por sí mismas, produciéndose así un desbordamiento de los factores fácticos del delito del art. 188 (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001], 2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003], y 5/2005, de 21 enero [LA LEY 11184/2005]).

La privación de libertad inicial no queda absorbida por el **homicidio posterior** (508/1995, de 7 de junio [LA LEY 14572/1995]).

En general, pues, cuando la privación de libertad es necesaria, inherente e inseparable de la acción delictiva principalmente proyectada y perseguida por el delincuente, no integra un delito de detención ilegal, quedando absorbida por el delito principal. En cambio, la privación de libertad no queda absorbida en la dinámica propia de otro delito, cuando el encierro o el traslado no queridos rebasan el tiempo normal y característico de la mecánica comisiva del delito que se persigue por el autor (1634/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 1674/2002], 157/2001, de 9 de febrero [LA LEY 3931/2001], y 1240/2005, de 27 octubre [LA LEY 2004/2005]).

Causas de justificación

Es improcedente la causa de justificación del art. 20.7.ª CP (ejercicio de un derecho) referida a la patria potestad sobre los hijos menores, pues las facultades que corresponden a la patria potestad no permiten en ningún caso cometer delitos contra los hijos y por lo tanto privarlos de la libertad de salir de la casa de la madre sin ninguna razón que lo explique (279/2009, de 12 de marzo [LA LEY 14407/2009]).

Artículo 164.

El secuestro de una persona exigiendo alguna condición para ponerla en libertad, será castigado con la pena de prisión de seis a diez años. Si en el secuestro se hubiera dado la circunstancia del art. 163.3, se impondrá la pena superior en grado, y la inferior en grado si se dieran las condiciones del art. 163.2.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 572.1.2.º y 577.

CP 1973: art. 481.1.º y 2.º.

Convención Internacional de 17 de diciembre de 1979 contra la toma de rehenes (adhesión de España el 9 de marzo de 1984).

Elementos objetivos

El delito de secuestro (denominación común convertida en *nomen iuris* por el actual Código Penal) es un tipo agravado de detención ilegal en el que los autores condicionan el término o finalización de la privación de libertad a la realización de un hecho (acción u omisión) que conseqüentemente se exige. Es preciso, pues, en primer lugar, que se prive de libertad a una persona encerrándola o deteniéndola y, en segundo lugar, que se advierta por los autores al sujeto pasivo o a otras personas que la recuperación de la libertad de aquél depende del cumplimiento de la condición impuesta (351/2001, de 9 de marzo [LA LEY 7494/2001], 674/2003, de 30 de abril [LA LEY 12724/2003], y 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]).

Cabe la responsabilidad penal por omisión —comisión por omisión del art. 11 CP— en grado de tentativa de aquel que, aunque no ha participado en el secuestro mediante actos positivos, tenía dentro de la organización criminal la capacidad de acción, y consecuentemente de mando, necesaria para hacer cesar el secuestro y restituir la libertad a la víctima —deber de garante—, pese a lo cual no dio orden de liberar a la víctima ni realizó, pudiendo, intento alguno de hacer cesar la detención ilegal (257/2009, de 30 de marzo [LA LEY 34619/2009]).

En ningún caso el delito de detención ilegal requiere que la exigencia del rescate sea inmediata (1242/1998, de 24 de octubre [LA LEY 10501/1998] y 322/1999, de 5 de marzo [LA LEY 2956/1999]).

La persona secuestrada siempre es distinta de aquella a quien se exige el rescate. De exigirse el rescate al mismo detenido el hecho constituiría una modalidad del delito de robo (322/1999, de 5 de marzo [LA LEY 2956/1999]).

No hay que confundir «detener a una persona para conseguir un objetivo» (art. 163) con «exigir el logro de ese objetivo a cambio de la liberación de una persona» (art. 164). Una cosa es el objetivo o propósito que se define en el art. 163.2 CP y otra, muy diferente, la condición para la puesta en libertad a que se refiere este art. 164. La condición del delito de secuestro debe referenciarse a una actividad generalmente externa, ajena al secuestrado, y que no dependa propiamente de la realización de una manifestación de voluntad, sino de un comportamiento que se exige para dar libertad al secuestrado dirigiéndose ante terceras personas (376/1999, de 11 de marzo [LA LEY 3503/1999], 1069/2000, de 19 de junio [LA LEY 9926/2000], 674/2003, de 30 de abril [LA LEY 12724/2003], y 876/2008, de 9 de diciembre [LA LEY 226040/2008]).

Es irrelevante que la cantidad solicitada a cambio de la libertad fuera debida (274/2003, de 26 de febrero [LA LEY 12075/2003]).

Elementos subjetivos

No se requiere un especial **elemento subjetivo** de desprecio a la víctima distinto del dolo como expresión del conocimiento y voluntad de privar a otra persona de la libertad ambulatoria

con el propósito de exigir un rescate (2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998], 322/1999, de 5 de marzo [LA LEY 2956/1999] y 674/2003, de 30 de abril [LA LEY 12724/2003]).

El tipo subjetivo del delito de secuestro cometido por omisión exige que el autor conozca su propia posición en la organización y su capacidad de actuar, la existencia de la detención ilegal del secuestrado y que tiene los medios para hacerla cesar (257/2009, de 30 de marzo [LA LEY 34619/2009]).

Consumación y tentativa

Este delito se **consume** desde el momento en que se pone la condición para poner en libertad al detenido (574/2000, de 31 de marzo [LA LEY 6104/2000]). En otras palabras, cuando a la efectiva privación de libertad por cualquiera de los verbos nucleares «encerrar» o «detener», se sume la petición de rescate, aun en el supuesto de que no se obtenga dicho rescate o el cumplimiento de la condición exigidos (367/1997, de 19 de marzo [LA LEY 5001/1997], 1261/1997, de 15 de octubre [LA LEY 10351/1997], 322/1999, de 5 de marzo [LA LEY 2956/1999] y 674/2003, de 30 de abril [LA LEY 12724/2003]).

Cabe apreciar el delito de secuestro en grado de **tentativa** en aquellos casos en que resulta acreditado el propósito de pedir rescate y no pudo culminarse la privación de la libertad ambulatoria, bien por resistencia de la víctima, bien por venir en su ayuda terceras personas, o por otras causas (20 de noviembre de 1991 [LA LEY 742/1992], 430/1996, de 17 de mayo [LA LEY 7147/1996], 542/1997, de 23 de abril [LA LEY 6876/1997] y 322/1999, de 5 de marzo [LA LEY 2956/1999]).

Concursos

En modo alguno puede entenderse por la teoría de la consunción que el delito de extorsión del art. 243 puede ser absorbido por el delito de detención ilegal o secuestro. Son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico de una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en los que el hecho es subsumible abarque en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituya parte integrante del previsto por otra. Si se penara sólo el secuestro y no la extorsión, quedaría impune una parte injusta del hecho (892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]).

Artículo 165.

Las penas de los artículos anteriores se impondrán en su mitad superior, en los respectivos casos, si la detención ilegal o secuestro se ha ejecutado con simulación de autoridad o función pública, o la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

CONCORDANCIAS

CE: art. 12.

CP: arts. 24, 25, 167, 223, 402 y 403.

CP 1973: art. 481.3.º.

CC: art. 315.

Convenio Europeo relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980 (ratificado por España el 9 de mayo de 1984).

Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de la ONU de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (ratificado por España el 30 de junio de 1995).

Se aplica este precepto cuando el sujeto pasivo del delito es una persona menor de edad. Un menor de edad es titular del derecho a la libertad individual aunque no pueda valerse por sí mismo y necesite para hacerla efectiva el auxilio de otra persona (la madre a su bebé, por ejemplo). La detención ilegal de un menor en esas condiciones se comete extrayéndolo del ámbito de influencia de quien hace efectivo su derecho a la libertad deambulatoria o bien deteniendo o encerrando a éste, en cuyo caso se le impide no sólo el ejercicio de su propia libertad sino también de la del menor. En el primer caso, solamente se cometerá un delito, mientras que en el segundo, al afectar a dos bienes personalísimos, existirán dos infracciones (788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003], y 492/2007, de 7 de junio [LA LEY 60967/2007]).

Artículo 166.

El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado, según los casos, con las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores de este capítulo, salvo que la haya dejado en libertad.

CONCORDANCIAS

CP 1973: art. 483.

Nuestra jurisprudencia se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de este precepto (25 de junio de 1990 [LA LEY 52479JF/0000], «Caso Nani»). No se trata de un delito de sospecha (lo que sería contrario al principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE), sino de una modalidad de detención ilegal. Este precepto sólo exige que la detención sea ilegal y que se den las circunstancias que en el mismo se establecen:

«La desaparición de la persona que se encuentra bajo el dominio de quien la privó de su libertad aumenta de relieve cuando se trata de una detención ilegal en su origen o en su desarrollo, teniendo en cuenta que respecto de él adquirió una posición especial que la doctrina lo identifica a la del garante, figura tan de actualidad en el moderno Derecho penal en el sentido de que a partir de ese momento responde no sólo de la legalidad de la detención, lo que es obvio, sino también del hecho de no devolverle la libertad como debió hacer. La Ley Penal establece una pena progresiva más alta en función del tiempo que dura la detención ilegal y nadie discute la legitimidad de tal agravación y fija, por último, una pena superior cuando ni siquiera se conoce cuánto va a durar la privación puesto que el hecho probado afirma que no se conoce el paradero del detenido. No hay

en el precepto sospechas de muerte ni siquiera de atentado a la integridad, sino constatación de un hecho indiscutible: que al detenido no se le puso en libertad».

La moderación de la pena en el Código Penal de 1995 respecto a los códigos anteriores que la equiparaban a la del homicidio, permite más cómodamente esta reinterpretación, en contra de la históricamente unánime que lo estigmatizaba como delito de sospecha.

Artículo 167.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito, cometiere alguno de los hechos descritos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente previstas en éstos, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de ocho a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 57, 500 y 529 a 533 (especialmente art. 530).

CP 1973: arts. 184 a 186.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio: art. 16.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: art. 5.3.

Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de hábeas corpus.

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de protección de la seguridad ciudadana.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es un delito especial impropio, porque requiere una determinada condición para ser autor del mismo, la de autoridad o funcionario público, y al propio tiempo hay otras normas penales que castigan los mismos hechos respecto de quienes carecen de tal condición —arts. 163, 164, 165 y 166— (2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998]). Nuestra jurisprudencia ha distinguido tradicionalmente entre los casos en que el funcionario público actúa efectivamente en el ejercicio de su cargo, haya o no algunas extralimitaciones, y aquellos otros en los que, bien por la gravedad de los abusos o irregularidades en su comportamiento, bien por su absoluta falta de competencia en el ámbito concreto en que se enmarca la acción, bien por su motivación exclusivamente privada, pierden aquel carácter a efectos penales —al margen de la posición que ocupen en la dinámica criminal— (6 de octubre de 1986 [LA LEY 11372-JF/0000], y 2785/1993, de 13 de diciembre [LA LEY 2190/1994]).

Si hubiera una pluralidad de autores y en unos concurriera la cualidad de funcionario público y en otros no, se aplicaría este precepto a los primeros y los arts. 163 a 165, según los hechos, a los segundos (2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998]).

El Acuerdo adoptado el 27 de enero de 2009 por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo [LA LEY 4649/2009] señala expresamente que «*La remisión que el art. 167 del Código Penal hace al art. 163, alcanza también al apartado 4 de este último*», estimando

así que el sujeto activo del subtipo atenuado del art. 163.4 puede ser también un agente policial. Los argumentos fundamentales, en abono de esta tesis definitivamente triunfante, giran en torno a los siguientes extremos (197/2009, de 3 de marzo [LA LEY 14393/2009]): a) la remisión del art. 167 ha de entenderse referida exclusivamente a la acción típica y no a la integridad de los distintos tipos objetivos descritos en el art. 163, por lo que se trata de una remisión al hecho, sin incluir el carácter del sujeto de la acción; b) el art. 167, con su generalidad, no excluye expresamente la posibilidad de remisión a ninguno de los supuestos del art. 163; c) las dudas interpretativas no pueden despejarse «contra reo», excluyendo la aplicación del subtipo atenuado, si éste se corresponde con la conducta declarada como probada, aun cuando ésta hubiere sido llevada a cabo por una autoridad o funcionario público; d) el «plus» en el desvalor de esa acción, constituido por la peculiaridad de que el sujeto activo es una persona que, en su condición de funcionario, está llamada a garantizar y preservar los derechos del ciudadano, ya encuentra respuesta en el propio art. 167, que agrava el castigo cuando es un funcionario quien comete cualquiera de los supuestos del art. 163, fijando la pena en su mitad superior y, lo que es más, imponiendo también una inhabilitación absoluta entre ocho y doce años de duración que, obviamente, supone la pérdida de esa profesión vinculada a la protección de los derechos del ciudadano; y e) no debe desdeñarse la mayor proporcionalidad que, con esta interpretación, se alcanza, al sancionar una acción consistente en esa transitoria y breve privación de libertad, con una finalidad que no es sino la puesta a disposición de un tercero, también agente de la Autoridad, para que disponga sobre la pertinencia o no de la detención y consecuente puesta en libertad del privado de ella, frente a los cuatro años de prisión que, como mínimo, prevé el apartado 1 del art. 163.

Conducta típica

El término «detención» debe interpretarse en su más amplio significado y no en el sentido procesal del vocablo, incluyéndose en el mismo cualquier privación o restricción de la libertad de movimientos de la víctima con una cierta entidad temporal y carente de justificación legal, ya que la idea que late en el delito del art. 184 CP es una actuación abusiva, realizada con **una consciente extralimitación de poder** (1368/1992, de 11 de junio [LA LEY 2550/1992], 1489/1998, de 26 de noviembre [LA LEY 1205/1999] y 53/1999, de 18 de enero [LA LEY 2233/1999]) y con el «plus» de ilegalidad que comporta haber sido cometida la detención por un funcionario público fuera de los casos permitidos por la Ley (1585/2003, de 30 de diciembre [LA LEY 219840/2003]).

Es necesario examinar si la detención estaba justificada legalmente, lo que deberá realizarse mediante un juicio *ex ante*, es decir, sobre los hechos concurrentes en el momento de la detención. Nuestra jurisprudencia ha declarado que la ilegalidad de la detención «*ha de ser entendida con criterios de racionalidad y ponderación, sin tratar de llevar a este estadio preliminar y antejudicial, el rigor y la técnica enjuiciadora de los hechos que el Juez o Tribunal llevará a cabo al término del procedimiento, con vista al bagaje probatoria de que se disponga*». Esta línea interpretativa ya se apuntaba en la **Sentencia 316 bis/1993, 19 de diciembre**, que recordaba que el art. 492.4 de la LECrim. impone la obligación de detener a una persona cuando la autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito y que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él (341/2008, de 16 de junio). Tratándose de detenciones con causa en un hecho delictivo la norma jurídica que habilita es la Ley procesal penal y en ella se exige que el policía judicial actúe bajo la cobertura de un indicio racional de perpetración de un hecho delictivo y de un indicio, igualmente racional, sobre la participación en ese hecho de un concreto individuo; además, es preciso que esos indicios sean razonables, y la forma de expresar esa racio-

nalidad es, habitualmente, la expresión escrita de los motivos que han dado lugar a la privación de libertad (626/2007, de 5 de julio [LA LEY 60734/2007]).

En ocasiones, la simple **retención** o **cacheo** se identifican con la detención y pueden dar lugar a este delito. En España, a diferencia de lo que ocurre en otros países, no está regulada la figura de la «retención». Incluso se ha discutido la legitimidad del «cacheo» como sometimiento no ilegítimo a las normas policiales de vigilancia e investigación en defensa de la legalidad, del orden y de la seguridad ciudadana. La arbitrariedad y la proporcionalidad son los elementos que nos guiarán a la hora de analizar si nos hallamos ante la conducta de quien, al amparo de las prerrogativas que como Agente del Orden le corresponden, convierte la simple y rutinaria retención en **una privación auténtica de la libertad deambulatoria**, lo que no obstante ha de analizarse con suma prudencia y ponderación. Siempre hay que intentar mantener un justo equilibrio, pues en la práctica habrá situaciones mínimas de retención que quedarán al margen del tipo penal, porque mal puede darse cumplimiento al art. 104.1 CE protegiendo el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizando la seguridad ciudadana, si no se pudieran realizar determinadas actividades de prevención. Es el funcionario el que ha de extremar el uso de las facultades importantes que la ley le confiere, porque su exceso, su abuso o la tosca utilización de las mismas con fines repudiables, llevan a la consumación de este delito (53/1999, de 18 de enero [LA LEY 2233/1999], y las que en ella se citan).

La frase «mediar causa por delito» es equivalente a practicarse la detención «por causa de delito» o «en forma preordenada a un proceso penal», no necesariamente en el curso del mismo, una vez abierto. De lo contrario se daría la paradoja de que en ciertas hipótesis nuestra Ley Rituaria Penal justifica la detención (la permite a los particulares y obliga a practicarla a las autoridades o agentes de la Policía Judicial), sin la correspondiente existencia previa de procedimiento policial o judicial por delito —repárese en los supuestos de los arts. 490.1.º y 2.º y 452.4 LECrim.— (135/2003, de 4 de febrero [LA LEY 1424/2003]).

La jurisprudencia ha considerado detención ilegal la conducta de un jefe de policía local que mantiene retenidas a cuatro personas por casi dos horas sin informarles de sus derechos; la de un ertzaina que detiene a un conductor de vehículo por incidente de tráfico sin relevancia penal; la de unos guardias civiles que llevan detenida a una persona esposada al puesto de los mismos sin motivo justificado; y la de policías nacionales que detienen a sospechoso insuficientemente documentado durante aproximadamente una hora (625/2005, de 5 mayo [LA LEY 12554/2005]).

Elementos subjetivos

Dolo

El **dolo específico** supone la conciencia plena, absoluta y segura que tiene el funcionario público de que la detención de un ciudadano que realiza es ilegal, actuando con voluntad de hacerlo, es decir, conciencia de que el acto es antijurídico en su inicio, en su realización, en su ejecución, en su proyección global y, finalmente, en su conclusión, a sabiendas de que no existe causa ni razón legal que ampare la detención de esa persona a quien, de esa forma, se le priva del derecho a la libertad deambulatoria (233/1997, de 24 de febrero [LA LEY 4037/1997], 53/1999, de 18 de enero [LA LEY 2233/1999] y 135/2003, de 4 de febrero [LA LEY 1424/2003]); pero sin exigirse una valoración jurídica de los hechos que le asegure su tipicidad ni una certera persuasión de la participación ejecutora del sujeto. De ahí que se haya hablado del delito de detención ilegal como «intrínsecamente doloso», necesitado de un «dolo específico», presentándose la privación

de libertad realizada como inmotivada, arbitraria o abusiva, atendidas las circunstancias del caso (341/2008, de 16 de junio [LA LEY 96258/2008], y 883/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226024/2008]).

Error

La condición de autoridad o funcionario público (normalmente Policía) del sujeto activo suele ser suficiente para rechazar la existencia de error, de la clase que sea, pues en dicha calidad debe conocer y distinguir perfectamente cuándo la actividad desarrollada por unas personas en un momento dado es o no merecedora de llevar a cabo su detención (435/2001, de 12 de marzo [LA LEY 4716/2001]).

Penalidad

Es el propio legislador quien razona sobre los nuevos tipos penales de detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos y la respuesta punitiva que se considera adecuada y proporcional a la gravedad de tal conducta cuando en la Exposición de Motivos del Código Penal de 1995 se expone que *«en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio que hasta ahora han venido gozando las inferencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones (...) llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensibles e injustificadamente atenuados»* (1261/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 150257/2003]).

La gravedad de las penas señaladas por el Código Penal para el delito de detención ilegal realizado por autoridad o funcionario público debe entenderse que responde cumplidamente a la solidez de la protección penal de la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE), y a la importancia de atajar y reprimir los atentados contra ese primordial derecho que provengan de actuaciones arbitrarias de quienes están, por su condición de autoridad o funcionario, obligados a protegerlo (606/2001 de 10 de abril [LA LEY 6867/2001]).

Si precisamente la aplicación de esta figura delictiva agravada (art. 167 CP) viene motivada por la condición de autoridad o funcionario público del autor (que es lo que la diferencia del supuesto básico de detención ilegal del art. 163 CP), no resulta adecuado utilizar como argumento para acudir a la imposición de la pena individualizada, en el límite máximo legalmente posible, de nuevo a esa condición de autoridad o funcionario. No es propiamente un supuesto de aplicación del principio *non bis in idem*, pero sí de la práctica proscriba de la doble consideración de una misma circunstancia agravatoria para producir un repetido efecto de incremento de la sanción correspondiente (22 de junio de 2004 [LA LEY 1818/2004]).

Artículo 168.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este capítulo se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito de que se trate.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

CAPÍTULO II

De las amenazas

Artículo 169.

El que amenazare a otro con causarle a él, a su familia o a otras personas con las que esté íntimamente vinculado, un mal que constituya delitos de homicidio, lesiones, aborto, contra la libertad, torturas y contra la integridad moral, la libertad sexual, la intimidad, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico, será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cinco años, si se hubiere hecho la amenaza exigiendo una cantidad o imponiendo cualquier otra condición, aunque no sea ilícita, y el culpable hubiere conseguido su propósito. De no conseguirlo, se impondrá la pena de prisión de seis meses a tres años.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se impondrán en su mitad superior si las amenazas se hicieren por escrito, por teléfono o por cualquier medio de comunicación o de reproducción, o en nombre de entidades o grupos reales o supuestos.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, cuando la amenaza no haya sido condicional.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 74.3, 184, 490.2, 498, 504, 505, 572.3, 577, 611.1 y 620.

CP 1973: art. 493.

CPM: arts. 88, 91 y 101.

Ley 209/1964, de 24 de diciembre, penal y procesal de la navegación aérea (§ 2.4): art. 46.

Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (§ 2.5): art. 1.2.b)

Subtipos agravados

Entre los supuestos agravados de amenazas condicionales de un mal que constituya delito, se encuentra el **empleo de teléfono, escrito u otro medio de comunicación o reproducción**, que entraña un mayor reproche por implicar una mayor impunidad, al facilitar el anonimato e incluso una mayor intimidación (1602/2002, de 30 de septiembre [LA LEY 10550/2003]).

Haber hecho las amenazas en nombre «de una banda terrorista, de cruel notoriedad en el país» supone la aplicación del subtipo agravado de actuar «en nombre de entidades o grupos reales o supuestos» (16 de enero de 1991 [LA LEY 32764JF/0000]).

Bien jurídico protegido

La libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego, a la tranquilidad personal y a no estar sometido a temores en el desarrollo normal y ordenado de su vida (1060/2001, de 1

de junio [LA LEY 5049/2001], 660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003], 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], 1215/2006, de 4 de diciembre [LA LEY 175832/2006], y 1267/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175856/2006]).

El delito de amenazas tiene como objetivo la protección del bien jurídico de la **libertad**, considerada en su faceta más subjetiva y psicológica, como es el derecho a la tranquilidad, y en su aspecto más objetivo como el derecho a comportarse y moverse libremente sin la intimidación que supone una amenaza proferida. También puede decirse que este delito tutela la **seguridad**, que es el presupuesto básico de la libertad, siendo ambos conceptos inescindibles (832/1998, de 17 de junio).

Elementos objetivos

El núcleo esencial es el anuncio, en hechos o expresiones, de causar a otro —o a su familia o personas cercanas— un mal que constituya delito de los enumerados en el tipo. El anuncio de mal ha de ser serio, firme, real y perseverante, de tal forma que ocasione una repulsa social indudable. El mal anunciado ha de ser futuro, más o menos inmediato, injusto, determinado, creíble, posible —que dependa exclusivamente de la voluntad del sujeto activo— y capaz de producir la natural intimidación en el sujeto amenazado (1391/2000, de 14 de septiembre [LA LEY 162650/2000], 660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003], 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], 59/2006, 6 de marzo [LA LEY 21247/2006], 557/2007, 21 de junio [LA LEY 52019/2007], y 264/2009, de 12 de marzo [LA LEY 34601/2009]).

Las amenazas pueden verificarse de palabra, por escrito, con actos concluyentes —como apuntando un arma o con gestos o signos— y, en general, mediante la ejecución de hechos o expresiones con entidad suficiente para causar una intimidación a la víctima, dando a entender la realización de un mal en los bienes, en la integridad personal, honra o propiedad de su persona o familia (4 de octubre de 1991 [LA LEY 334/1992], y 928/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226049/2008]).

Las **amenazas condicionales** añaden al tipo básico la afección de la voluntad del sujeto amenazado mediante la imposición de una condición, lícita o ilícita, que por su propia naturaleza y significación, perturba la tranquilidad de ánimo del sujeto pasivo, restringiendo su capacidad de decisión. Conviene diferenciar claramente entre el mal con el que se amenaza —que ha de ser siempre ilícito, constitutivo de alguno de los delitos que el propio art. 169 menciona— y la condición que se impone —que puede ser lícita o ilícita—, pero que, en todo caso, ha de ser de posible cumplimiento, aun de forma potencial. De acuerdo con esta idea, la condición es un plus desde el punto de vista de la antijuridicidad, que no puede confundirse con la obligación de silencio cuyo incumplimiento por la víctima podría desencadenar la realización del mal con el que se ha amenazado. La condición, en fin, no puede identificarse con el deber de silencio, pues en eso consiste precisamente la afectación de la capacidad de motivación de la víctima. Por ello, la frecuente advertencia a la víctima de un delito de agresión sexual que, si cuenta algo, matará a ella o a su familia, o prenderá fuego a su vivienda, por ejemplo, encierra el anuncio de un mal constitutivo de delito contra las personas o los bienes del sujeto amenazado, pero no incorpora condición en los términos en los que ésta ha de ser interpretada. Además, en ese supuesto la amenaza resulta impune, pues es un acto propio dirigido expresamente a buscar la impunidad de otro de carácter precedente, siendo por tanto un acto copenado que queda absorbido o es subsidiario del principal —arts. 8.2.^a y 3.^a CP— (406/2009, de 17 de abril [LA LEY 67213/2009]).

Este delito se caracteriza por su gran relativismo y es eminentemente circunstancial —sobre todo para diferenciarlo de la falta—, debiendo valorarse la ocasión en que se profieran, las expre-

siones utilizadas, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y, sobre todo, posteriores al hecho material de la amenaza, las condiciones del sujeto pasivo y activo y cuantas circunstancias contribuyan a la valoración contextual del hecho (3 de mayo de 1989 [LA LEY 1525-2/1989], 1060/2001, de 1 de junio [LA LEY 5049/2001] y 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003]).

Elementos subjetivos

En el sujeto activo debe concurrir un ánimo o dolo específico consistente en el propósito de ejercer presión sobre la víctima, a la que pretende atemorizar privándola de su tranquilidad y sosiego; dolo indubitado, en cuanto encierra un plan premeditado de actuar con tal fin (1060/2001, de 1 de junio [LA LEY 5049/2001] y 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003]); sin que sea necesario acreditar el propósito de cumplir la amenaza, bastando que ésta tenga apariencia de ser seria, creíble y posible (1267/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175856/2006]).

Consumación

Es un delito de simple actividad, de expresión o de peligro, y no de verdadera lesión, de tal suerte que si ésta se produce actuará como complemento del tipo (1060/2001, de 1 de junio [LA LEY 5049/2001]). Se consuma con la llegada del anuncio a su destinatario (23 de mayo de 1989 [LA LEY 1677-2/1989], 832/1998, de 17 de junio, y 889/2003, de 13 de junio [LA LEY 105789/2003]), sin que sea necesario que efectivamente haya producido una perturbación en el sosiego del sujeto pasivo —peligro concreto—, aunque ha de ser objetivamente suficiente, apta o idónea para ello —peligro abstracto— (1391/2000, de 14 de septiembre [LA LEY 162650/2000], 662/2002, de 18 de abril [LA LEY 5928/2002], 414/2003, de 24 de marzo [LA LEY 56728/2003], 660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003], y 1215/2006, de 4 de diciembre [LA LEY 175832/2006]). Por ello en este tipo de delitos, en principio, no son posibles las formas imperfectas (16 de marzo de 1990 [LA LEY 4-JF/0000]).

No exige que la amenaza sea persistente, ya que esta nota característica no figura en la descripción del delito, por lo que es suficiente para la consumación la ejecución de una sola acción típica siempre que la misma sea considerada objetivamente apta para provocar en la víctima un sentimiento o estado psicológico de amedrentamiento o temor por el mal anunciado (1215/2006, de 4 de diciembre [LA LEY 175832/2006], y 1267/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175856/2006]).

Las amenazas condicionales en que el culpable ha conseguido su propósito se consuman en el momento en que el sujeto recibe el dinero (aunque sea parcialmente) o se cumple la condición impuesta para no realizar el mal amenazado (19 de septiembre de 1964, de 28 de octubre de 1982 [LA LEY 28873-NS/0000], de 25 de marzo de 1985 [LA LEY 59155-NS/0000] y de 17 de marzo de 1992 [LA LEY 5429/1992]).

Penalidad

La pena varía en función de que se impongan o no condiciones al amenazado, y dentro de las condicionales según el culpable haya conseguido o no su propósito —de ahí su verdadera naturaleza de chantaje— (821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003]).

Coautoría

La coautoría del delito de amenazas no requiere necesariamente que el agente haya proferido personalmente la amenaza. Es suficiente con que su comportamiento haya contribuido seriamente

a reforzar la seriedad de la misma, proferida por otros coautores (822/1996, de 28 de octubre [LA LEY 10949/1996], 655/1999, de 27 de abril [LA LEY 5720/1999], 2101/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2685/2002], y 689/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175945/2008]).

Concursos

Se diferencian del **delito de atentado**, en su modalidad de intimidación grave (art. 550 CP), en «la inminencia» del mal, es decir, debe existir una mayor concreción y proximidad del mal en la intimidación del atentado que en el propio delito de amenazas, en el que el anuncio del mal ha de hacerse para un futuro más o menos inmediato (1391/2000, de 14 de septiembre [LA LEY 162650/2000] y 1183/2001, de 13 de junio [LA LEY 6049/2001]).

Se distingue del **delito de robo con intimidación** en que en éste es preciso que la amenaza, que puede ser de un mal presente o futuro, se haga para la entrega inmediata de la cosa. Sería delito de amenazas si la finalidad del acto fuera la entrega de esa cosa en el futuro (25 de octubre de 1991 [LA LEY 522/1992] y todas las que allí se nombran).

Las amenazas vertidas coincidiendo con el inicio de la ejecución del mal amenazado, siendo éste punible, dan lugar a un concurso aparente de leyes a resolver con el criterio de la consunción, de manera que deben considerarse absorbidas por éste. Las proferidas inmediatamente antes de un **ataque contra la vida o la integridad física** pueden considerarse incluidas en éste a través de un fenómeno de progresión delictiva, de modo que serán conjuntamente sancionadas con la pena del delito más grave. E igualmente, en algunos casos, puede considerarse un acto copenado las amenazas proferidas contra la víctima inmediatamente después de finalizar la comisión del delito contra la vida o la integridad física. Sin embargo, deben pensarse separadamente cuando entre las amenazas y el delito contra la vida o la integridad física exista una separación temporal suficiente para considerarlos acciones distintas, cada una de ellas con su propio contenido de injusto independiente de la otra (520/2009, de 14 de mayo [LA LEY 92051/2009]).

Responsabilidad civil

Es necesario que conste que las amenazas proferidas al sujeto pasivo le hayan afectado al desarrollo de su vida normal o hayan tenido para él un carácter perturbador de su ánimo *«más allá del momento en que fueron proferidas y ocurrieron los hechos»* (1581/2002, de 27 de noviembre [LA LEY 1742/2003]). En el supuesto recogido en la Sentencia 596/1994, de 19 de marzo [LA LEY 2957/1994], se acordó una indemnización a favor de una persona a quien las continuadas, pertinaces y obsesivas amenazas le produjeron un lógico desasosiego que desembocó o degeneró en una depresión endógena con síntomas de nerviosismo, intranquilidad y alteraciones psicofísicas, llegando, incluso, a sufrir una «taquicardia paroxística» de la que tuvo que ser atendida en el Servicio de Urgencias del Hospital, en donde se le diagnosticó una «neurosis de ansiedad», siendo evidente la relación causal entre el delito cometido y los efectos psicológicos, afectivos e incluso biológicos, causados a la víctima, con grave daño para su salud.

Competencia

En los supuestos de amenazas realizadas mediante llamadas telefónicas, fax, carta, etc. (infracciones de las denominadas «a distancia»), el delito se consuma y, por tanto, se comete en el lugar donde esas amenazas se exteriorizan y llegan a su destinatario, es decir, en el lugar donde producen sus efectos (AATS de 10 de noviembre de 1998, de 16 de octubre de 2003 y de 21 de junio de 2005).

Artículo 170.

1. Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 557 a 561.

CP 1973: art. 496 bis.

Fue modificado por Ley Orgánica 2/1998, de 15 junio, que también modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal («violencia callejera»), y que entró en vigor el 17 de junio de 1998. Anteriormente decía así:

«Art. 170.

Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, o a un amplio grupo de personas y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán, respectivamente, las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior».

El apartado 2 ha sido modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La anterior redacción era la siguiente:

«2. Serán castigados con la pena de arresto de siete a dieciocho fines de semana, o multa de seis a doce meses, los que, con la misma finalidad y gravedad, reclamen públicamente la comisión de acciones violentas por parte de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

Aspectos generales

La reforma de noviembre de 2003 ha modificado las penas del supuesto del apartado 2, sustituyendo por pena de prisión lo que antes eran arrestos de fin de semana o multa.

La reforma de junio de 1998 ha ampliado el sujeto pasivo del delito. Según su Exposición de Motivos, se pretende con la reforma «detallar los ámbitos más significativos de protección de este precepto, especificando que es objeto de esta tutela cualquier agrupación, colectivo o conjunto de personas a los que se amenace genéricamente, con la gravedad necesaria para conseguirlo, y con la indeterminación de la persona concreta en que pudiera actualizarse el contenido de la amenaza».

Advierte el Tribunal Constitucional (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre [LA LEY 59216-JF/0000], y 136/1999, de 20 de julio [LA LEY 9614/1999]) que «el valor especial que la Constitución otorga a las libertades de expresión e información no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como garantía de la opinión pública, solamente puede legitimar

*las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad es decir, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general, careciendo de tal efecto legitimador, cuando las libertades de expresión e información se ejerciten de manera desmesurada y exorbitante del fin en atención al cual la Constitución le concede su protección preferente». El delito de amenazas no restringe el legítimo ejercicio de la **libertad de expresión** desde el momento en que la misma no ampara los «mensajes que, aun sin hallarse incursos en alguno de los tipos penales de amenazas o coacciones, puedan considerarse intimidatorios, porque anuden, explícita o implícitamente, pero de modo creíble, la producción de algún mal grave o la realización o no realización de determinada conducta por parte del destinatario. Esta exclusión es válida también para el discurso sobre los asuntos públicos porque, por un lado, tales mensajes restringen la autonomía ajena, y por otro, pero de un modo imbricado con el primero, porque no lo hacen en el fomento de la libre discusión y participación pública, sino intentando la exclusión de algunos ciudadanos de tan esencial foro democrático» (STC 136/1999, de 20 de julio [LA LEY 9614/1999], y ATC 4/2008, de 9 de enero [LA LEY 2/2008]).*

Amenazas del apartado 1

El delito de amenazas del art. 170.1 requiere de los siguientes elementos: a) amenazar, es decir, atemorizar, intimidar, amedrentar a otros a la vista de algún mal que se les anuncia; b) el mal con el que se amenaza ha de constituir un delito; no uno de los delitos que se enumeran en la larga lista del artículo anterior, sino cualquier clase de delito; c) la amenaza ha de dirigirse a «*los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso o colectivo social o profesional, o a cualquier otro grupo de personas*», es decir, el sujeto pasivo ha de ser un colectivo, esto es, miembros integrantes de un determinado grupo, no una persona individual —o varias personas individualizadas—; y d) las amenazas han de tener la gravedad necesaria para conseguir esa finalidad de atemorizar al grupo de personas de que se trate, esto es, ha de concurrir el requisito de la idoneidad o aptitud para atemorizar. Este delito, como cualquier otro de amenazas, ha de realizarse con seriedad, firmeza y determinación —o concreción del mal— (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007]).

Artículo 171.

1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, atendidas la gravedad y circunstancia del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de cuatro meses a dos años, si no lo consiguiera.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito el ministerio fiscal podrá, para facilitar el castigo de

la amenaza, abstenerse de acusar por el delito cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere castigado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados.

4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 197 a 201.

CP 1973: art. 494.

Apartados 4, 5 y 6 introducidos por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (corrección de errores *BOE*, núm. 87, de 12-04-2005), en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF 7.^ª).

Redacción de los apartados 1, 2 y 3 introducida por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía así:

«Art. 171.

1. Las amenazas de un mal que no constituya delito serán castigadas con pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses, atendidas la gravedad y circunstancia

del hecho, cuando la amenaza fuere condicional y la condición no consistiere en una conducta debida. Si el culpable hubiere conseguido su propósito se le impondrá la pena en su mitad superior.

2. Si alguien exigiere de otro una cantidad o recompensa bajo la amenaza de revelar o difundir hechos referentes a su vida privada o relaciones familiares que no sean públicamente conocidos y puedan afectar a su fama, crédito o interés, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años, si ha conseguido la entrega de todo o parte de lo exigido, y con la de seis meses a dos años, si no lo consiguiere.

3. Si el hecho descrito en el apartado anterior consistiere en la amenaza de revelar o denunciar la comisión de algún delito, el Ministerio Fiscal podrá, para facilitar el castigo de la amenaza, abstenerse de acusar por el delito con cuya revelación se hubiere amenazado, salvo que éste estuviere sancionado con pena de prisión superior a dos años. En este último caso, el Juez o Tribunal podrá rebajar la sanción en uno o dos grados».

La reforma de noviembre de 2003 ha modificado sensiblemente los topes de las penas de prisión.

Apartado 1

Exigir el pago de una deuda impuesta en una Sentencia judicial firme es una condición consistente en una conducta debida, y «amenazar» con enviar a la Guardia Civil para que efectúe una inspección no puede considerarse objetivamente como un mal (1259/2006, de 14 de diciembre [LA LEY 175880/2006]).

Apartado 2

Véase la Sentencia 49/2001, de 26 de enero [LA LEY 3561/2001].

Apartado 4

El Pleno del Tribunal Constitucional (SSTC 59/2008, de 14 de mayo [LA LEY 31895/2008], y 45/2009, de 19 de febrero [LA LEY 1887/2009]) ha desestimado la inconstitucionalidad de este precepto —y del art. 153.1—, planteada ante la hipotética discriminación derivada de un tratamiento penológico diferente cuando el agresor es varón. Se afirma, por un lado, la razonabilidad de la diferenciación punitiva establecida en dicho precepto, sobre la base de la legitimidad del fin de la norma y la razonabilidad del entendimiento del legislador de que concurre un mayor desvalor en las agresiones del hombre hacia quien es o fue su mujer, en la medida en que el agresor actúa conforme a una pauta cultural —la desigualdad en el ámbito de la pareja— que lo diferencia del uso de la violencia en otro contexto e implica una mayor lesividad para la víctima. Por otro lado, el Tribunal Constitucional sostiene la inexistencia de consecuencias desproporcionadas derivadas de las diferentes penas previstas para las amenazas leves sin armas del art. 171.4 y para las del art. 620, diferencia que califica de razonable atendiendo al «complejo y flexible sistema de determinación de la pena» correspondiente a este delito del art. 171.4, que permite bien la elusión de la imposición de la pena de prisión —es alternativa a la de trabajos en beneficio de la comunidad—, bien su rebaja en un grado —art. 171.6—, lo que reduce significativamente aquella diferenciación punitiva.

Esta falta elevada a la categoría de delito tiene como **bien jurídico protegido** la libertad de la persona y el derecho que todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida, por lo que no es susceptible de **continuidad delictiva** de acuerdo con las

excepciones previstas en el art. 74 CP. No obstante, como delito de simple actividad que es, cabe la posibilidad de integrar en un mismo delito las distintas amenazas que se utilicen para causar a una persona el mismo temor, como serían aquellos casos en que a través de varios mecanismos intimidatorios se desarrollen diversas conductas confluyentes en vaticinar a una persona una sola amenaza, esto es, en pronosticar un solo mal futuro (525/2009, de 26 de mayo [LA LEY 84803/2009]).

Para que estas amenazas no queden subsumidas en otras conductas de maltrato concurrentes, deben mantener su propia autonomía y separación temporal (429/2009, de 6 de abril [LA LEY 58214/2009], 506/2009, de 30 de abril [LA LEY 84778/2009], y 525/2009, de 26 de mayo [LA LEY 84803/2009]).

Si las amenazas a las personas descritas en los apartados 4 y 5 se reputan graves, se aplicará el delito del art. 169 (264/2009, de 12 de marzo [LA LEY 34601/2009]).

CAPÍTULO III

De las coacciones

Artículo 172.

1. El que, sin estar legítimamente autorizado, impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Quando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se le impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.

2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.

CONCORDANCIAS

CE: art. 17.

CP: arts. 57, 74, 243, 315 y 620.2.º.

CP 1973: art. 496.

LOREG (§ 2.3): art. 146.1.b).

El apartado 2 ha sido introducido por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (corrección de errores *BOE*, núm. 87, de 12-04-2005), en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF 7.ª). El que ahora es apartado 1 ya había sido ligeramente modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que elevó el tope mínimo de la pena de multa alternativa. La redacción anterior a esta reforma de noviembre de 2003 decía así:

«Art. 172.

El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados.

Cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código».

Ratio legis

El delito de coacciones viene a constituir una forma subsidiaria de los delitos contra la libertad, de tal forma que sólo opera cuando el comportamiento no puede subsumirse en otras figuras del Código Penal que impliquen también violencia de la voluntad de otros (893/1992, de 13 de abril [LA LEY 14700-R/1992], y 717/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13145/1993]).

Bien jurídico protegido

La libertad de obrar de las personas (1232/2002 de 2 de julio de 2003 [LA LEY 2796/2003]), la facultad de libre determinación de la voluntad y de libre expansión de la misma (30 de enero de 1980). La libertad y seguridad de las personas son bienes jurídicos individuales y, por ende, cada ataque a ese fundamental derecho dará lugar a la aparición de un delito independiente y distinto, según sean las personas atacadas (1846/2002, de 6 de noviembre [LA LEY 62/2003]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

No ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación (1379/1997, de 17 de noviembre [LA LEY 11751/1997] y 445/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5526/1999]), autorización que existe cuando concurre una causa eximente de justificación y que es frecuentemente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber —art. 20.7.ª CP— (1380/2001, de 11 de julio [LA LEY 8462/2001]).

Conducta típica

Una conducta violenta de contenido material —*vis física*— o simplemente intimidatoria o moral —*vis compulsiva*— (660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003]), ejercidas sobre el sujeto pasivo de modo directo o de modo indirecto a través de terceras personas o cosas de su uso o pertenencia —*vis in rebus*— (1380/2001, de 11 de julio [LA LEY 8462/2001], y 628/2008, de 15 de octubre [LA LEY 226044/2008]), con la finalidad —resultado—, bien de impedir que haga lo que la ley no prohíbe, bien de obligarle a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (1379/1997, de 17 de noviembre [LA LEY 11751/1997], 1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000], 131/2000, de 2 de febrero [LA LEY 6290/2000], 348/2000, de 28 de febrero [LA LEY 4973/2000], 427/2000, de 18 de marzo [LA LEY 5693/2000], 1893/2001, de 23 de octubre [LA LEY 983/2002], y 61/2009, de 20 de enero [LA LEY 1184/2009], entre otras muchas).

La coacción exige que la violencia sea funcional al propósito de limitar la libertad de la víctima (65/2009, de 5 de febrero [LA LEY 1921/2009]).

La mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisivo el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. Esta utilización del medio coercitivo ha de ser adecuada, eficaz y causal respecto al resultado perseguido (843/2005, de 29 junio [LA LEY 12988/2005]).

La acción tiene que tener una entidad intimidatoria suficiente como para originar aquel resultado, pues de carecer de tal intensidad podría dar lugar a la falta del art. 620.2.º CP (1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000], 131/2000, de 2 de febrero [LA LEY 6290/2000], 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], y 248/2008, de 19 de mayo, entre otras muchas).

También se exige una ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico (1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000] y 131/2000, de 2 de febrero [LA LEY 6290/2000], entre muchas más).

Elementos subjetivos

El dolo requerido necesita la concurrencia de un *animus* tendencial que se concreta en la voluntad de restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios, como lógicamente se deduce del significado de los verbos «impedir» o «comprender» (120/1997, de 11 de marzo [LA LEY 4580/1997], 1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000], 131/2000, de 2 de febrero [LA LEY 6290/2000], 626/2007, de 5 de julio, y 628/2008, de 15 de octubre).

Consumación

Es una infracción penal de resultado y no de mera actividad, por lo que es posible la tentativa. No puede confundirse el resultado de imposición de una conducta no querida que lesiona la libertad de obrar, con la consecución del propósito último pretendido por el sujeto activo; lo primero pertenece a la fase de consumación del delito y lo último a la de su agotamiento (22 de noviembre de 1990 [LA LEY 13548-R/1991] y 1523/2000, de 7 de octubre [LA LEY 30/2001]).

Concursos

El delito de coacciones es el más genérico y abstracto de los que atentan contra la libertad, planteando muy diversos supuestos de concursos de leyes.

Se distingue del **delito de amenazas** fundamentalmente por un criterio temporal. En el delito de amenazas existe un aplazamiento temporal del mal augurado, mientras que en las coacciones el mal se presenta como inminente y actual. Más sutilmente se ha señalado como criterio diferenciador el efecto producido sobre la libertad del sujeto pasivo de la acción, de tal manera que serán amenazas cuando incidan sobre el proceso de formación de sus decisiones voluntarias y coacciones cuando afecten a la voluntad de obrar, pero también aquí se introduce un criterio de temporalidad en cuanto las amenazas inciden sobre un proceso mediato de decisión de la víctima y las coacciones afectan con inmediatez temporal a la adopción de una conducta (23 de noviembre de 1989 [LA LEY 12651-R/1990], 1990/1992, de 24 de septiembre [LA LEY 1829-5/1993] y 427/2000, de 18 de marzo [LA LEY 5693/2000]).

Tanto el **delito de detención ilegal** (art. 163 CP) como el delito de coacciones son delitos «contra la libertad» (Título VI del Libro II del Código Penal). El bien jurídico protegido por ambos tipos penales lo constituye, por tanto, la libertad individual. Si bien es cierto que el factor tiempo (en lo que a la duración de la restricción de libertad personal se refiere) es elemento a considerar, realmente se distinguen porque el segundo delito viene a constituir el género dentro de este tipo de conductas injustamente restrictivas de la libertad del individuo, mientras que el primero es una conducta específica dentro de aquel género, pues afecta concretamente a la libertad deambulatoria de la persona (445/1999, de 23 de marzo [LA LEY 5526/1999], 1846/2002, de 6 de noviembre [LA LEY 62/2003], 2/2003, de 9 de enero [LA LEY 12828/2003], y 934/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 216121/2008]). La Sentencia 61/2009, de 20 de enero [LA LEY 1184/2009], considera que existen coacciones, y no detención ilegal, en el hecho de encerrar con llave en el domicilio a su esposa e hijos, ya que éstos tuvieron posibilidad efectiva de liberarse de su encierro y si no lo hicieron fue por temor a las represalias y miedo al esposo y padre.

Cuando la fuerza o intimidación no van dirigidas especialmente a atentar la libertad de la persona, sino que van encaminadas a la obtención de dinero o bienes, es claro que el ánimo de lucro propio del **delito de robo con intimidación** desplaza al dolo contra la libertad, propio del delito de coacciones (27 de febrero de 1980, 2008/1992, de 1 de octubre [LA LEY 1892-5/1993], y 728/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 184754/2008]).

Mientras el **delito de agresión sexual** va dirigido contra la libertad sexual, el delito de coacciones se dirige contra la libertad en general de las personas, requiriendo ánimos tendenciales diferentes del sujeto agente: un ánimo lascivo en las agresiones sexuales, mientras que en el delito de coacciones existe un ánimo genérico de restricción de la libertad personal (1365/2002, de 22 de julio [LA LEY 10156/2003]).

Responsabilidad civil

En los casos en que se producen resultados físicos sobre la persona o daños materiales es posible a los Jueces y Tribunales contar con referentes objetivos de sus cuantías en gastos de reparación, sustitución, curación y otros. No ocurre lo mismo con los daños morales, para los que no existen criterios evaluatorios predeterminantes que pueda tener en cuenta el juzgador, quien ha de recurrir a un juicio global basado en la apreciación de la entidad del sentimiento social acreedor a ser reparado, criterio evidentemente mucho menos preciso que los aplicables cuando hay daños materialmente evaluables o cuantificables, y atender también a las circunstancias personales acreditadas del ofendido y, por razones de congruencia, referirse a las cantidades solicitadas por las partes acusadoras (984/1995, de 6 de octubre [LA LEY 14738/1995] y 1379/1997, de 17 de noviembre [LA LEY 11751/1997]).

TÍTULO VII
DE LAS TORTURAS Y OTROS DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD
MORAL

Artículo 173.

1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

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

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

3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 10.1 y 15.1.

CP: arts. 23, 25, 57, 94, 153, 169, 286, 299, 617 y 620.2.º.

CPM: arts. 76 a 78, 106 y 182.

LOGP (§ 3.1): art. 6.

RP (§ 3.2): art. 4.2.c).

LECr.: arts. 520 a 526 y 544 bis.

CC: arts. 67, 82, 86, 145, 170, 756.2.º, 853.2.º y 854.

DUDH: art. 5.

CEDH: art. 3.

PIDCP: art. 7.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: art. 27.3.c).

Convención contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, aprobada en Nueva York el 10 de diciembre de 1984 (ratificada por España el 21 de octubre de 1987).

Protocolo Facultativo a la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 2002 (ratificado por España el 3 de marzo de 2006), que establece un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes, aprobado en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987 (ratificado por España el 2 de mayo de 1989). Protocolos 1 y 2 de este Convenio (Instrumentos de Ratificación *BOE*, 9.2.2002).

Ley 27/2003, de 31 de julio, sobre Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

RD 355/2004, de 5 de marzo, del Registro Central para la protección de las víctimas de la violencia doméstica.

RD 233/2005, de 4 de marzo, de creación y constitución de Juzgados de violencia sobre la mujer correspondientes a la programación del año 2005.

RD 1452/2005, de 2 de diciembre (regula la ayuda económica a las víctimas de la violencia de género).

RD 1455/2005, de 2 de diciembre (modifica Reglamento de asistencia jurídica gratuita para víctimas de la violencia de género).

RD 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.

Instrucción 3/2003, de 9 de abril (*BOE*, 15.4.2003), del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre normas de reparto penales y registro informático de violencia doméstica.

Instrucción 14/2005, de 29 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular.

Instrucción 10/2007, de 10 de julio, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se aprueba el protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer en los supuestos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, y su comunicación a los órganos judiciales y al Ministerio Fiscal.

DECISIÓN núm. 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se establece, para el período 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general «Derechos fundamentales y justicia» (*DOCE*, L núm. 173, de 3 de julio de 2007).

Los apartados 2 y 3 (que proceden de lo que hasta entonces era el art. 153) han sido introducidos por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de

seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y que entró en vigor el 1 octubre 2003. El anterior artículo era así:

«Art. 173.

El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años».

Delito de trato degradante (art. 173.1)

Bien jurídico protegido

Representa el tipo básico de las conductas incluidas bajo el Título VII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la integridad moral de las personas, que es el **bien jurídico protegido**. El derecho a la integridad moral está reconocido en el art. 15 CE, que proscribía con carácter general los tratos degradantes y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, que es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10 CE). La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia y autónoma, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor (38/2007, de 31 de enero [LA LEY 9710/2007], 957/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 193604/2007], 137/2008, de 18 de febrero [LA LEY 17694/2008], y 629/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158362/2008]), y viene siendo identificada, por un lado, con la idea de dignidad e inviolabilidad de la persona y con los conceptos de «incolumidad» e «integridad personal» (STC 120/1990, de 27 de junio [LA LEY 1761-JF/0000]), de tal modo que se protegen aquellos ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu o toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular: es el derecho a ser tratado como persona y no como cosa (213/2005, de 22 febrero [LA LEY 1192/2005]); por otro lado, la integridad moral también se ha identificado con la integridad psíquica, entendida como libertad de autodeterminación y de actuación conforme a lo decidido (819/2002, de 8 de mayo [LA LEY 6257/2002], 294/2003, de 16 de abril [LA LEY 72625/2003] y 824/2003, de 5 de junio [LA LEY 13282/2003]; ATS 24 de septiembre de 2003).

La Sentencia 1725/2001, de 3 de octubre [LA LEY 1219/2002], contiene la siguiente definición de integridad moral: *«es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, fin en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto».*

En los debates parlamentarios, se habló de la protección de la integridad moral, de la integridad psíquica y de la salud física y mental. Como quiera que todos estos bienes tienen una protección amplia en el Derecho penal, parece obligado referirse a un bien jurídico protegido más específico, como puede ser la inviolabilidad de la persona como manifestación directa de la dignidad humana (233/2009, de 3 de marzo [LA LEY 14395/2009]).

Nuestro Tribunal Constitucional, recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, significativamente las Sentencias de 18 de enero de 1978 [LA LEY 775478/1978] (caso Irlanda contra el Reino Unido), de 25 de abril de 1978 [LA LEY 41/1978] (caso Tyrer),

de 6 de noviembre de 1980 (caso Guzzardi), de 25 de febrero de 1982 [LA LEY 74/1982] (caso Campbell y Cossans), de 7 de julio de 1989 [LA LEY 2230/1989] (caso Soering), de 20 de marzo de 1991 [LA LEY 4715/1991] (caso Cruz Varas y otros), de 30 de octubre de 1991 [LA LEY 9581/1991] (caso Vilvarajah y otros), etc., ha declarado que las tres nociones recogidas en el art. 15 CE («torturas», penas o tratos «inhumanos» y penas o tratos «degradantes») son, en su significado jurídico, «*nociones graduadas de una misma escala*» que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, «*padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre, y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente*» (SSTC 120/1990, de 27 de junio [LA LEY 1761-JF/0000], 137/1990, de 19 de julio [LA LEY 2638/1990] y 57/1994, de 28 de febrero [LA LEY 2445-TC/1994]).

Elementos objetivos

Fue la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 1978 la primera que diferenció la tortura o trato inhumano del trato degradante, sin que éste sea inexcusablemente elemento constitutivo de la tortura, implicando una conducta repetida más en relación a situaciones de menor entidad, aunque siempre hirientes a la dignidad, porque suponen en todo caso menosprecio y humillación. Entre los tratos degradantes incluyó el hecho de mantener encapuchados a los detenidos excepto en los interrogatorios, hacerles permanecer continuamente contra una pared en una postura distorsionada y dolorosa por períodos que se prolongaban varias horas, someterles a un ruido monótono y continuo, no consentirles dormir, e imponerles una dieta consistente en una rebanada de pan y una pinta de agua cada seis horas (TEDH de 28 de enero de 1979 y de 25 de febrero de 1982 [LA LEY 775494/1982]). Por su parte, en el ámbito militar, se destaca también como manifestaciones de estas conductas típicas, el hecho de cortar al rape el pelo de una persona, ensuciar su cuerpo con inmundicias, hacerle comer excrementos, vestir ropa ridícula, acosar un pequeño grupo de personas a un compañero apocado. No cabe la menor duda de que alguna de estas conductas puede darse —a veces con relativa frecuencia— en la convivencia entre particulares. Algún autor pone de manifiesto también que este precepto penal castiga comportamientos como las novatadas propias de colectivos cerrados —colegios, cuarteles, etc.—, tales como obligar a una persona a desnudarse en público, o a masturbarse en presencia de terceros, o a atentar contra sus propios valores ideológicos, morales o religiosos. En definitiva, en todos los casos, se trata de conductas en las que destacan las notas de humillación o envilecimiento que, en suma, vienen a suponer la reducción de la víctima a la categoría de cosa (233/2009, de 3 de marzo [LA LEY 14395/2009]).

El delito de trato degradante requiere para su apreciación de la concurrencia de un **elemento medial** («infligir a una persona un trato degradante») y de un **resultado** («menoscabando gravemente su integridad moral»), ambos en perfecta relación causal. Por trato degradante deberá entenderse en términos generales cualquier atentado a la dignidad de la persona: es aquel que pueda crear en la víctima sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarla, de envilecerla e incluso de quebrantar su resistencia física o moral (1122/1998, de 29 de septiembre [LA LEY 9562/1998], y 629/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158362/2008]). La expresión «trato degradante» parece presuponer una cierta permanencia o repetición del comportamiento degradante, aunque se puede estimar perfectamente cometido el delito a partir de una conducta única y puntual, siempre que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su encuadre en el precepto; es decir, un solo acto, si se prueba brutal, cruel o humillante puede ser calificado de degradante si tiene intensidad suficiente para ello (769/2003, de 31 de mayo [LA LEY 2634/2003] y 824/2003, de 5 de junio [LA LEY 13282/2003]; ATS 24 de septiembre de 2003).

La Sentencia del Tribunal Supremo 213/2005, de 22 febrero [LA LEY 1192/2005], resume perfectamente los elementos que conforman el concepto de atentado contra la integridad moral: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo; b) la concurrencia de un padecimiento físico o psíquico; y c) que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona-víctima. Y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de gravedad, lo que deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al art. 173, sino sólo los más lesivos, lo que exigirá un análisis individualizando caso a caso y un estudio de la práctica jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y Nacionales (en el mismo sentido, 294/2003 de 16 de abril [LA LEY 72625/2003], 38/2007, de 31 de enero [LA LEY 9710/2007], 137/2008, de 18 de febrero [LA LEY 17694/2008], y 629/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158362/2008]).

El atentado a la integridad moral debe ser, en consecuencia, grave, debiendo la acción típica ser interpretada en relación con todas las circunstancias concurrentes en el hecho, pues cuando el atentado no revista gravedad estaremos ante la falta del art. 620.2.º CP (819/2002, de 8 de mayo [LA LEY 6257/2002]).

Nuestra jurisprudencia ha reconocido las dificultades para caracterizar el objeto de protección y la conducta típica de este precepto, dada su gran imprecisión (ver, en este sentido y por todas, 2101/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2685/2002] y 489/2003, de 2 de abril [LA LEY 12557/2003], en donde aparecen varios ejemplos de conductas susceptibles de ser incluidas en este tipo penal). En general se puede afirmar que nos encontramos ante un tipo residual, lo que significa que se aplica a hechos que no son fácilmente subsumibles en otros delitos o circunstancias agravantes, o que, aun siéndolo, estas figuras no son capaces de recoger toda la intensidad y gravedad de la agresión a la integridad moral de la víctima, que es sometida de forma intencionada a una situación degradante de humillación e indignidad para la persona humana (1564/2002, de 7 de octubre [LA LEY 1059/2003]); por eso este delito tiene un valor autónomo que le hace compatible con otros delitos que podríamos llamar principales como son el de detención ilegal y el de lesiones (889/2005, de 30 junio [LA LEY 2025057/2005]).

El «trato degradante» es el elemento normativo del tipo penal cuya delimitación conceptual ofrece no pocas dificultades. De ordinario, guarda relación con determinadas conductas de las autoridades para con sus subordinados o de los agentes de la autoridad para con los ciudadanos en general, y especialmente en el ámbito de la violencia doméstica, destacándose su carácter humillante y de envilecimiento, así como, en general, la necesidad de una cierta permanencia o, al menos, repetición; si bien, ello no es obstáculo e, incluso, puede decirse que responde de modo más preciso a la previsión típica, para que se estime cometido este delito por medio de una conducta única, siempre, claro está, que en ella se aprecie una intensidad lesiva para la dignidad humana suficiente para su calificación delictiva. Si el trato, en el sentido que aquí interesa, supone la comunicación o relación que se tiene con otra persona, el calificativo «degradante» indica lo que humilla, rebaja o envilece («degradar», según el DRAE, significa «privar a alguien de las dignidades, honores, empleos y privilegios que tiene»). La degradación a que se refiere el tipo debe ponerse en relación con la dignidad de la persona humana y con su derecho a la integridad física y moral, inherente a dicha condición, en cuanto derecho reconocido a todos por el mero hecho de ser personas. Desde esta perspectiva, entiende la doctrina que los «tratos degradantes» consisten esencialmente en «infligir un sufrimiento físico o psíquico tendente a humillar a la víctima ante los demás o ante sí misma» (233/2009, de 3 de marzo [LA LEY 14395/2009]).

Tanto la legislación como la jurisprudencia, en esta materia, se han referido principalmente a la actuación de los órganos y agentes del Estado encargados de la salvaguardia de la ley y el orden y, muy especialmente, a la Policía. Pero es evidente que la prohibición constitucional de los tratos inhumanos y degradantes no se agota en el ámbito policial. Varias resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se han pronunciado sobre castigos corporales empleados como sanción penal o en el campo educativo. En España, la mayor parte de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre esta materia se han referido especialmente a actuaciones relativas a personas reclusas en establecimientos penitenciarios —denegación de visitas íntimas, reclusión en celdas de aislamiento, orden de desnudarse, alimentación forzosa en presos en huelga de hambre, etc.—. Dicho esto, es indudable que la prohibición de este tipo de trato en las relaciones interpersonales alcanza también a los infligidos por particulares; si bien el derecho fundamental a la integridad física y moral tiene aquí un significado distinto del que es propio de la actuación de los poderes públicos frente a los particulares, en cuanto el Estado ostenta, en principio, el monopolio en el ejercicio de la violencia legítima, que, en todo caso, ha de ser ejercido conforme a derecho. De ahí, la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes (233/2009, de 3 de marzo [LA LEY 14395/2009]).

Concursos

La comisión de un delito de agresión sexual, sobre todo si se agrava al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, supone también un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la que el Código Penal prevé para el delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del art. 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual (159/2007, de 21 de febrero [LA LEY 8221/2007]).

Delito de maltrato habitual en el ámbito familiar (art. 173.2 y 3)

La reforma de septiembre de 2003 ha trasladado a los apartados 1 y 2 de este precepto (ubicándose, por tanto, bajo el Título dedicado a las torturas y a los delitos contra la integridad moral) el maltrato familiar habitual que hasta entonces residía en el art. 153 CP, que tipifica ahora un maltrato familiar simple.

Subtipos agravados

La reforma de septiembre de 2003 ha introducido como novedad en el párrafo segundo del art. 173.2 una serie de agravaciones específicas, que también se prevén para agravar la pena en su mitad superior en el delito del art. 153. Basta con la concurrencia de una sola de tales circunstancias para la apreciación de la agravación. En cuanto a la presencia de «menores», es suficiente que la conducta se despliegue en presencia de un solo menor de edad, que no puede ser el sujeto pasivo del delito y que ha de estar integrado en el círculo de sujetos del art. 173.3 CP (Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado).

Bien jurídico protegido

El delito de maltrato familiar habitual es un *aliud* y un plus distinto de los concretos actos de agresión. El bien jurídico protegido va más allá de la integridad personal al atentar a valores constitucionales de primer orden, como el derecho a la dignidad de la persona y al libre

desarrollo de la personalidad —art. 10 CE—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15 CE—, y en el derecho a la seguridad —art. 17 CE—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos —art. 39 CE—. Y es que realmente el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad. Dicho más sintéticamente, la **pacífica convivencia familiar** —paz familiar—, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes, creando, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas, sino, esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar (927/2000, de 24 de junio [LA LEY 9918/2000], 662/2002 de 18 de abril [LA LEY 5928/2002], 20/2002, de 22 de enero [LA LEY 2278/2002], 355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003], 414/2003, de 24 de marzo [LA LEY 56728/2003], 607/2008, de 3 de octubre [LA LEY 152147/2008], y 506/2009, de 30 de abril [LA LEY 84778/2009]). Así pues, existen dos bienes jurídicos claramente diferenciados: la paz familiar y la integridad moral de la persona, de un lado, y la integridad física y psíquica de la persona, por otro (645/2004, de 14 de mayo [LA LEY 1624/2004]). Ver también la Circular 1/1998, de 21 de octubre, de la Fiscalía General del Estado.

Esta norma penal ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia. El objetivo es proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno (1161/2000, de 26 de junio [LA LEY 130549/2000], 20/2002 de 22 de enero [LA LEY 2278/2002] y 662/2003, de 18 de abril [LA LEY 5928/2002]), de ahí quizá su nueva ubicación sistemática bajo el Título VII del Código Penal, abandonando su ubicación inicial como art. 153 bajo el Título III del Libro II («De las lesiones»), que siempre fue dudosa (419/2005, de 4 abril [LA LEY 1492/2005]).

Este delito debe ser abordado como un problema social de primera magnitud y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja. Desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria, pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de las propias víctimas (409/2006, de 13 abril [LA LEY 2276362/2006]).

Las Sentencias 927/2000, de 24 de junio [LA LEY 9918/2000], 20/2002, de 22 de enero [LA LEY 2278/2002], y 409/2006, de 13 abril [LA LEY 2276362/2006], efectúan un acertado análisis de la evolución legislativa de la descripción típica de este delito y de sus sucesivas ampliaciones y matizaciones, estudio cronológico que se puede completar con la Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

Elementos objetivos

Sujetos pasivos

El sujeto pasivo debe mantener con el sujeto activo una especial relación de las que se describen en el tipo. Inicialmente se trataba del cónyuge o persona a la que el autor se hallaba unido por análoga relación de afectividad. Posteriormente se añadió la nota de estabilidad a la relación análoga a la matrimonial y se fue ampliando el ámbito de las personas protegidas, incorporando expresamente a los hijos del autor y/o de su pareja, ascendientes, incapaces, etc., exigiendo la convivencia salvo que se hallaran sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho. La reforma de junio de 1999 añadió aquellos supuestos en que haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión (1366/2000, de 7 de septiembre [LA LEY 4677/2001] y 20/2002 de 22 de enero [LA LEY 2278/2002]).

La importante reforma del Código Penal introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha redefinido y ampliado el círculo de personas sujetos pasivos de la acción de maltrato, extendiéndolo incluso más allá del ámbito familiar, pues ahora se incluyen los **novios** —«personas unidas por una análoga relación de afectividad *aun sin convivencia*», suprimiéndose la mención «de forma estable» que contenía el derogado art. 153—; **hermanos**; descendientes sin limitación de grado —**nietos**—; y descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, aunque no convivan con el agresor. Además, se recogen dos esenciales novedades: personas que conviven en el núcleo familiar por cualquier otra relación —parientes fuera de los grados de parentesco señalados, trabajadores, etc.— y personas sujetas al régimen de centros públicos o privados sin que tengan, por su especial vulnerabilidad, la plena posibilidad de abandonarlo —menores en guarderías o colegios, ancianos en residencias, etc.— (Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado [LA LEY 102/2003]).

Aunque expresamente se contemple en el núm. 2 de este art. 173 como sujeto pasivo a «*el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia*», no requiriéndose ya por tanto de manera explícita que haya convivencia, no hay que olvidar que el referente siguen siendo los cónyuges, lo que exige una cierta estabilidad en la relación e impide la inclusión automática de todo tipo de relaciones de noviazgo, sino únicamente de aquellas en las que se dé un componente de compromiso más o menos definitivo y un grado de afectividad semejante y generador de una vinculación familiar (SAP 3.^a Asturias 55/2004, de 11 marzo [LA LEY 1639855/2004]).

No resulta fácil dar respuesta a todos y cada uno de los supuestos que la práctica puede ofrecer respecto de modelos de **convivencia** o proyectos de vida en común susceptibles de ser tomados en consideración para la aplicación tanto de este precepto como del art. 153 CP. La determinación de qué se entiende por convivencia o la definición de cuándo puede darse por existente una relación de afectividad, desaconseja la fijación de pautas generales excesivamente abstractas. No faltarán casos en los que esa relación de afectividad sea percibida con distinto alcance por cada uno de los integrantes de la pareja, o supuestos en los que el proyecto de vida en común no sea ni siquiera compartido por ambos protagonistas. En principio, la convivencia —ya sea existente en el momento de los hechos o anterior a éstos— forma parte del contenido jurídico del matrimonio. No se olvide que conforme al art. 69 del Código Civil la convivencia se presume y que el art. 68 del mismo texto señala entre las obligaciones de los cónyuges vivir juntos. La convivencia es también elemento esencial de las parejas de hecho, incluso en sus implicaciones jurídico-administrativas. Sin embargo, no pueden quedar al margen de los tipos previstos en los arts. 153 y 173 del CP situaciones afectivas en

las que la nota de la convivencia no se dé en su estricta significación gramatical —vivir en compañía de otro u otros—. De lo contrario, excluiríamos del tipo supuestos perfectamente imaginables en los que, pese a la existencia de un proyecto de vida en común, los miembros de la pareja deciden de forma voluntaria, ya sea por razones personales, profesionales o familiares, vivir en distintos domicilios. Lo decisivo para que la equiparación se produzca es que exista un cierto grado de compromiso o estabilidad, aun cuando no haya fidelidad ni se compartan expectativas de futuro. Quedarían, eso sí, excluidas relaciones puramente esporádicas y de simple amistad, en las que el componente afectivo todavía no ha tenido ni siquiera la oportunidad de desarrollarse y llegar a condicionar lo móviles del agresor. En definitiva, la protección penal reforzada que dispensan aquellos preceptos no puede excluir a parejas que, pese a su formato no convencional, viven una relación caracterizada por su intensidad emocional, sobre todo, cuando esa intensidad, aun entendida de forma patológica, está en el origen de las agresiones (510/2009, de 12 de mayo [LA LEY 84791/2009]).

Se distinguen entre varias situaciones personales. Un primer grupo referido a los cónyuges o personas que mantengan en la actualidad o en el pasado una análoga relación de afectividad, para las que el precepto extiende la protección «aun sin convivencia». Otra serie de relaciones referidas a menores o incapaces, y a personas integradas en el núcleo familiar para las que expresamente se exige el requisito de convivencia con el autor, dado que la extensión de la protección penal se basa precisamente en que la convivencia es el factor de integración en el núcleo familiar. Por último, hay un tercer grupo constituido por hermanos, ascendientes o descendientes, para los que la circunstancia de convivencia ni se requiere ni se excluye de modo expreso (201/2007, de 16 de marzo [LA LEY 8985/2007]).

La jurisprudencia más reciente entiende que en ese supuesto específico de los «descendientes, ascendientes o hermanos» sí se requiere convivencia para que resulte de aplicación este precepto y también el art. 153. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere este artículo se calificarán normalmente como falta. Carecería de sentido, a tenor de la ratio de la norma, elevar a la categoría de delitos conductas, en general, consideradas como faltas, cuando inciden sobre personas ajenas al núcleo familiar y que no estén en alguna de las situaciones de debilidad o desamparo que son propias de las posteriormente relacionadas, tratándose además de casos que, en rigor, no son de los que se consideran de «violencia de género» (201/2007, de 16 de marzo [LA LEY 8985/2007]). En este sentido igualmente se pronuncia la Consulta 1/2008, de 28 de julio, de la FGE, y el Acuerdo de 25 de mayo de 2007 para la unificación de criterios del orden penal de la Audiencia Provincial de Madrid.

Conducta típica

La acción consiste en ejercer, habitualmente, violencia física o psíquica —esta última desde la reforma introducida por la LO 14/1999—, violencia que puede obedecer a cualquier fin (524/1997, de 17 de abril [LA LEY 6918/1997]).

No cualquier conducta, pues puede integrar la conducta típica descrita en este art. 173.2, sino sólo aquella de quien pueda predicarse que es «violenta». Y dado que se incluye la violencia psíquica entrarían dentro de esta categoría no sólo los actos de violencia material, sino también las amenazas, las expresiones degradantes, la expresión de frases ofensivas o denigrantes, etc., que menoscaben la integridad moral o psíquica. No toda causación de un sentimiento de temor, intranquilidad o ansiedad es susceptible de integrar el tipo, sino sólo aquel que haya sido causado por una conducta violenta y tenga una cierta entidad que lo equipare a la violencia física a efectos valorativos, puesto que el Código Penal equipara ambas (SAP 2.ª Las Palmas 322/2004, de 20 diciembre [LA LEY 827/2005]).

Así pues, las lesiones psíquicas pueden integrar un delito autónomo y no ser necesariamente consecuencia de una lesión corporal o maltrato físico. El prototipo es un comportamiento desprecia-tivo metódico, sibilinamente inoculado y manejado, mantenido en el tiempo, ocasionando lo que en el lenguaje acuñado se conoce como efecto «luz de gas». El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo del día 10 de octubre de 2003 [LA LEY 159203/2003] trató el tema de las consecuencias punitivas ocasionadas, cuando la víctima sufre, además del ataque, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, pronunciándose en sentido afirmativo cuando del relato fáctico resulta una sustantividad propia diferenciada de los delitos de maltrato habitual y contra la integridad física y por tanto no consumidas por éstos (677/2007, de 20 julio [LA LEY 79554/2007], y 549/2009, de 15 de mayo [LA LEY 104416/2009]).

El comportamiento habitual es el elemento configurador y valorativo del tipo penal. Desde la reforma operada por la LO 14/1999, de 9 de junio, que modificó el art. 153 CP para robustecer la protección a las víctimas, existe un párrafo en el precepto (actual art. 173.3) que proporciona una definición de **habitualidad**, que se vertebra así alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo —siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar— y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior (355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003], 414/2003, de 24 de marzo [LA LEY 56728/2003], y 409/2006, de 13 abril [LA LEY 2276362/2006]). Estos cuatro elementos deben ser tenidos en cuenta por el Juez para alcanzar, en cada caso, el juicio de certeza sobre la concurrencia o no de la habitualidad, que por ello es un concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada (419/2005, de 4 abril [LA LEY 1492/2005]).

Para apreciar la habitualidad nuestra jurisprudencia ha ido evolucionando desde un concepto meramente «aritmético» —concorre a partir de la tercera acción violenta— hasta otro en que, más que la pluralidad en sí misma, lo más relevante es que la repetición o frecuencia suponga una permanencia en el trato violento, de tal modo que **se pueda llegar a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente**. Es precisamente en esta nota de «permanencia» donde radica el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma por la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual (907/2002, de 16 de mayo [LA LEY 7310/2002], 1750/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 1073/2004], 409/2006, de 13 abril [LA LEY 2276362/2006], 105/2007, de 14 de febrero [LA LEY 9725/2007], 607/2008, de 3 de octubre [LA LEY 152147/2008], y 172/2009, de 24 de febrero [LA LEY 4695/2009]).

El concepto de habitualidad que estamos analizando es independiente del de reincidencia (art. 22.8.^a CP), de la definición legal de reo habitual (art. 94 CP), que se aplica exclusivamente a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad (662/2002, de 18 de abril [LA LEY 5928/2002] y 355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003]), como también de la reiteración de faltas que constituye el nuevo delito de lesiones del art. 147.1, párrafo segundo, del Código Penal (Circular 3/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado).

Como señala la Sentencia 677/2007, de 20 julio [LA LEY 79554/2007], «*Es evidente que si la víctima presenta un estado de anulación y sometimiento ello no es producto sólo de dos hechos puntuales, sino de una situación recurrente de la que los insultos y actitudes violentas constatados en los hechos probados son sólo manifestaciones aisladas de una situación general*». En la Sentencia 105/2007, de 14 febrero [LA LEY 9725/2007], se añade que «*La conducta típica viene, pues, integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar*

se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento». Por eso la violencia física o psíquica habitual a que se refiere el art. 173 es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, ya que el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentalmente valores de la persona y, especialmente, la integridad moral de las víctimas (927/2000, de 24 de junio [LA LEY 9918/2000], 20/2002, de 22 de enero [LA LEY 2278/2002], y 725/2007, de 13 de septiembre [LA LEY 146093/2007]).

En consecuencia, los concretos actos de violencia ejercitados sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello se sancionan separadamente del delito de violencia doméstica habitual, sin que ello suponga infracción del principio *non bis in idem*, resultando también por esa razón irrelevante el anterior enjuiciamiento de alguno de esos actos, su falta de enjuiciamiento, su calificación autónoma como falta o su prescripción (355/2003, de 11 de marzo [LA LEY 1633/2003], 645/2004, de 14 de mayo [LA LEY 1624/2004], 725/2007, de 13 de septiembre 725/2007, y 914/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226033/2008]).

Aunque una persona haya sido ya condenada por este delito del art. 173, si posteriormente reincide en su comportamiento repitiendo con cierta constancia los actos de violencia, no existiría problema alguno para que nuevamente fuera condenado aplicando este tipo, ya que se trataría de una nueva manifestación de su actitud antijurídica, es decir, una renovación de su voluntad de vejear inhumanamente a otro que no puede quedar fuera del interés del Derecho penal (9 de julio de 2004 [LA LEY 1949/2004]).

Siendo un elemento objetivo del tipo que la violencia se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación familiar no puede servir al mismo tiempo, so pena de vulnerar el principio *ne bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad —arts. 23 y 67 CP— (20/2002 de 22 de enero [LA LEY 2278/2002], 164/2001, de 5 de marzo [LA LEY 3442/2001] y 662/2002, de 18 de abril [LA LEY 5928/2002]).

Resultado

Es un delito de mera actividad, lo que equivale a que el resultado es ajeno a la acción típica, es decir, si además de la violencia se produce un resultado lesivo o se constriñe la libertad del sujeto pasivo existirá un concurso real (1974/2001, de 25 de octubre [LA LEY 1827/2002] y 321/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1215/2004]; ATS 12 de septiembre de 2002).

Comisión por omisión

La Sentencia 1161/2000, de 26 de junio [LA LEY 130549/2000], condenó a una madre que omitió toda conducta para impedir que su cónyuge causara malos tratos habituales físicos a la hija común menor de edad: se encontraba en posición de garante, reiteradamente apreciada en toda madre respecto de sus hijos pequeños, por lo que le era exigible un determinado comportamiento activo para evitar o disminuir el resultado lesivo causado por otra persona.

Concursos

Si concurre el subtipo agravado de agresión con armas o en domicilio de la víctima, cabe apreciar un concurso con el delito de tenencia ilícita de armas o de allanamiento de morada, si se carece de la correspondiente licencia de armas o la entrada en la vivienda se hizo contra la voluntad del morador. En el caso de la tendencia ilícita dado su carácter de delito de tracto continuado

que no requiere de la utilización del arma para su consumación. En el del allanamiento, ya que a la vulneración de la negativa a entrar en el domicilio quebrantado se le añade el desvalor de la acción por ser desplegada en su interior (Circular 4/2003, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado).

Retroactividad

Ante la entrada en vigor el 1 de octubre de 2003 de la importante reforma de este delito introducida por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, la jurisprudencia se ha planteado qué precepto (si el antiguo art. 153 o el nuevo y más riguroso art. 173.2 y 3) habría que aplicar a aquel maltrato habitual constituido por actos de violencia cometidos antes y después de esa entrada en vigor. Al tratarse de un delito permanente que se perfecciona con la conclusión de la última de las acciones ilícitas que engloba, si esas últimas acciones se perpetraron ya bajo la vigencia de la nueva norma penal más rigurosa, ésta sería aplicable sin que ello suponga retroactividad alguna *ad malam partem* (21 de diciembre de 1990 [LA LEY 40926-JF/0000], 1050/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216766/2007], y SAP 17.^a Madrid 1250/2004, de 23 diciembre [LA LEY 2106810/2004]).

Artículo 174.

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

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

CONCORDANCIAS

CE: art. 15.

CP 1973: art. 204 bis.

LECrim.: arts. 520 a 527.

LOGP (§ 3.1): art. 6.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: arts. 5.3.b) y 27.3.ºc).

Convención de 10 de diciembre de 1984 contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ratificada por España el 21 de octubre de 1987.

Redacción dada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía así:

«Art. 174.

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

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

La reforma de noviembre de 2003 se ha limitado a introducir en el apartado 1 un inciso que hace referencia a la actuación por razones basadas en la discriminación.

Aspectos generales

La tortura ha sido definida por el art. 1 de la Convención contra la tortura y malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984, como *«todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas».*

Las torturas son una de las manifestaciones delictivas más graves en un Estado de Derecho, porque quien está revestido de una cierta autoridad la utiliza contrariamente a lo que como tal autoridad o agente de la misma debe respetar (entre ellas la vida, la integridad corporal, la libertad, la seguridad y, acaso por encima de todo, de alguna manera, la dignidad de la persona humana) y atenta muy gravemente al orden jurídico cuya defensa la propia Constitución le encomienda (214/1994, de 1 de febrero [LA LEY 13707/1994] y 589/1998, de 4 de mayo [LA LEY 7941/1998]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Debe ser una autoridad o funcionario público, que actúe con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo del que es garante de su seguridad e integridad (1685/2003, de 17 de diciembre [LA LEY 212149/2003]).

La tortura pasó de ser un modo legítimo y ejercido por los Jueces antes de la Revolución francesa, a constituir un grave delito, porque la persona individual —y no las abstracciones «so-

ciudad» o «Estado»— pasó a ser el centro del orden político y jurídico, siendo preferible que un delito se quede sin castigo, a que lo sufra un inocente.

Conducta típica

Un primer **elemento material**, constituido por someter a la víctima a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias supongan alguno de los resultados descritos: sufrimientos físicos o mentales, supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral (1106/1996, de 18 de febrero, 701/2001, de 23 de abril [LA LEY 82211/2001], 1644/2002 de 9 de octubre [LA LEY 10554/2003], 1685/2003, de 17 de diciembre [LA LEY 212149/2003], y 1391/2004, de 26 de noviembre [LA LEY 10475/2005]).

Un segundo **elemento teleológico**, que consiste en que la acción, condiciones o procedimientos ejecutados por el sujeto activo, lo sean con la finalidad de obtener una confesión o información —tortura indagatoria— o de castigar por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido el sujeto pasivo —tortura vindicativa— (1106/1996, de 18 de febrero, 701/2001, de 23 de abril [LA LEY 82211/2001], 1644/2002 de 9 de octubre [LA LEY 10554/2003] y 1685/2003, de 17 de diciembre [LA LEY 212149/2003]). La tortura vindicativa o de castigo ha sido introducida por el vigente Código Penal, dando así cobertura típica a aquellos casos en los que las autoridades o funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo (1391/2004, de 26 de noviembre [LA LEY 10475/2005]).

Elementos subjetivos

Se requiere el dolo consistente en el conocimiento de la arbitrariedad del proceder y en la voluntad de ejecutar la acción típica (726/2001, de 25 de abril [LA LEY 84260/2001]).

Penalidad

El art. 174 diferencia entre tortura grave y no grave, lo que determina una distinta duración de la pena de prisión a imponer. Para calibrar la gravedad no debe atenderse exclusivamente al resultado lesivo, que por otra parte se sanciona separadamente, sino a las circunstancias de mayor o menor intensidad del atentado a la integridad moral, que puede ser extremo aunque no deje huella o no produzca lesión, para lo que habrá que estar a las circunstancias concurrentes en cada caso (589/1998, de 4 de mayo [LA LEY 7941/1998], 701/2001, de 23 de abril [LA LEY 82211/2001] y 1644/2002, de 9 de octubre [LA LEY 10554/2003]).

Concursos

El delito de tortura coincide con el **delito de trato degradante** (art. 173.1) en varios de los elementos que lo conforman, especialmente en proteger la integridad moral constitucionalmente reconocida en el art. 15 CE, pero difiere en cuanto que en el segundo no se requieren los objetivos específicamente previstos en el art. 174, además de que se inflige sufrimiento por el mero hecho de humillar o agredir a la integridad moral del sujeto pasivo (701/2001, de 23 de abril [LA LEY 82211/2001]).

El delito de torturas no admite la **continuidad delictiva**, pues viola bienes eminentemente personales que no admiten la «suma» de infracciones. Cada actuación, en lo que puede denominarse una acción natural, es un delito y no una etapa del mismo (214/1994, de 1 de febrero [LA LEY 13707/1994]).

Artículo 175.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo y fuera de los casos comprendidos en el artículo anterior, atentare contra la integridad moral de una persona será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el atentado fuera grave, y de prisión de seis meses a dos años si no lo es. Se impondrá, en todo caso, al autor, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 173.

Reconocido en el art. 15 CE el derecho a la integridad moral, en relación con la proclamación en el art. 10 de la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social, cierta protección penal de aquel derecho se encuentra en este art. 175, especial impropio respecto al art. 173 y residual o subsidiario expreso del delito de torturas definido en el art. 174 (754/2004, de 20 de julio [LA LEY 2231/2004], y 774/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 165806/2007]).

Ha sido duramente criticado por la doctrina científica, que ha llegado a decir que constituye probablemente el máximo exponente de la defectuosa técnica legislativa empleada en el Título en que se halla comprendido y que la delimitación del ámbito de lo típico se efectúa a través de una descripción indeterminada de la conducta (atentar contra la integridad moral de una persona) completada por una referencia al artículo anterior, ya por sí definido en términos bastante difusos al incluir cualquier atentado contra la integridad moral. Sus requisitos son: a) el **sujeto activo** tiene que ser una autoridad o funcionario público, ya que en caso contrario se aplicaría el art. 173, si bien este último precepto habla de trato degradante, refuerzo de la acción que puede considerarse aquí implícito; b) en cuanto a la **acción**, el sujeto activo tiene que abusar de su cargo, lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleándose de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento; c) el **resultado** consiste en atentar contra la integridad moral de una persona; el derecho a la integridad moral está reconocido en el art. 15 de la Constitución, que proscribire los tratos degradantes y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, que es el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE); y d) los hechos no pueden ser constitutivos del delito de torturas, lo que le confiere el **carácter residual** (588/2000, de 6 de abril [LA LEY 8283/2000], 1725/2001, de 3 de octubre [LA LEY 1219/2002], 294/2003, de 16 de abril [LA LEY 72625/2003], 625/2005, de 5 mayo [LA LEY 12554/2005], y 414/2007, de 10 de mayo [LA LEY 23154/2007]).

Como ya se ha indicado al comentar anteriores preceptos (art. 173.1 CP), el concepto de atentado contra la integridad moral comprende: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito (294/2003, de 16 de abril [LA LEY 72625/2003], 344/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 324/2005], 774/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 165806/2007], 891/2008, de 11 de diciembre [LA LEY 184922/2008], y 412/2009, de 23 de abril [LA LEY 40418/2009]).

El art. 175 diferencia el atentado grave, del que no lo sea; pero deja subsistente la cuestión de diferenciar el atentado menos grave y aun el leve de la mera afección (774/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 165806/2007]).

El delito del art. 175, y en general el trato vejatorio, es perfectamente compatible con un delito de detención ilegal siempre que el atentado contra la integridad moral suponga un plus respecto del delito de detención ilegal. El derecho a la libertad personal es inherente a la dignidad de la persona; pero tal derecho no engloba todas las facetas de la integridad moral de la persona, inherente igualmente a la dignidad personal (art. 10.1 CE). Existen un sinnúmero de conductas que causan humillación, vejación, sufrimiento físico o psíquico para una persona, plenamente injustificados o absolutamente desproporcionados, igualmente prohibidos por el ordenamiento jurídico. A este respecto, y por lo que se refiere a la actuación profesional de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, su Ley Orgánica 2/1986 expresamente recoge —art. 5.2.a) y b)—, entre los «principios básicos de actuación», la obligación de *«impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral»* así como la de *«observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello. En todas sus intervenciones, proporcionarán información cumplida, y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidad de las mismas»* (101/2007, de 7 de febrero [LA LEY 6617/2007]).

Artículo 176.

Se impondrán las penas respectivamente establecidas en los artículos precedentes a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten los hechos previstos en ellos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 173 a 175 y sus concordancias.

En una interpretación sistemática con el art. 173 CP se ha de entender incluidas en la expresión «otras personas» cualesquiera que realicen los actos de tortura o de tratos vejatorios, sean funcionarios o no (294/2003, de 16 de abril [LA LEY 72625/2003]).

Se trata de un supuesto de **comisión por omisión** en el que está implícito el concepto de superioridad y no la mera presencia pasiva. La autoridad o funcionario tienen una posición de superioridad frente a los autores del hecho vejatorio, como lo acreditan la mención al «deber especial inherente a su cargo», que incumbe a los superiores sobre sus subordinados, y el empleo de la palabra «permitiere», pues esa permisión denota una posición (implícita) de superioridad y no la mera omisión. El art. 1.1 de la Convención contra la Tortura de 1984, ya hacía referencia en este sentido a que la tortura fuera infligida por otra persona con el «consentimiento o aquiescencia» del funcionario, lo que resalta el concepto de superioridad (683/1995, de 5 de junio [LA LEY 14542/1995], 1034/1996, de 19 de diciembre [LA LEY 1094/1997], 1050/1997, de 18 de julio [LA LEY 9003/1997], 294/2003, de 16 de abril [LA LEY 72625/2003]).

Sin embargo, la Sentencia 1809/2002, de 5 de noviembre [LA LEY 184223/2002], señala que el texto del art. 176 realmente no exige esa condición de superioridad de la autoridad o funcionario público sobre el torturador, y que el verbo «permitir» también significa «no impedir lo que se debiera y pudiera impedir». Así, por ejemplo, los agentes de la Policía tienen la obligación de

tratar de evitar las conductas que aquí analizamos, obligación que deriva de la misma Constitución (art. 104) que asigna a la Policía la protección de los derechos de los ciudadanos, y de la Ley Reguladora de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado que desarrolla esa obligación (726/2001, de 25 de abril [LA LEY 84260/2001]).

Artículo 177.

Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 73, 77 y 173 a 176.

La consideración del delito de tortura como delito autónomo, dotado de sustantividad propia y no como mera cualificación o agravación de otras conductas delictivas como sucedía en el Código Penal de 1973, permite, como expresamente establece este precepto, el castigo independiente de las lesiones o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, con las penas que les corresponda por los delitos o faltas cometidos (701/2001, de 23 de abril [LA LEY 82211/2001]).

La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor (38/2007, de 31 de enero [LA LEY 9710/2007], y 137/2008, de 18 de febrero [LA LEY 17694/2008]).

No es necesario agredir para degradar (SAP 8.^a Barcelona, de 22 de diciembre de 2008 [LA LEY 300856/2008]).

TÍTULO VIII

DELITOS CONTRA LA LIBERTAD E INDEMNIDAD SEXUALES

CAPÍTULO I

De las agresiones sexuales

Artículo 178.

El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 76.

LECrim.: arts. 13, 109 y 544 bis.

L 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, desarrollada por RD 738/1997, de 23 de mayo, que aprueba su Reglamento.

Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de los delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 14 de noviembre de 1983 (Instrumento ratificación publicado en *BOE* de 29 de diciembre de 2001).

Circular FGE 2/1990, que interpretó la reforma del CP por la LO 3/1989, de 21 de junio.

El rótulo de este Título y los Capítulos I, II, III, IV y V, han sido modificados por la LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal.

La redacción originaria decía:

«El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años».

Aspectos generales

El art. 178 contiene el tipo básico de agresión sexual y proporciona su concepto genérico expresando el bien jurídico protegido: la libertad sexual. Se tipifica el ataque a la libertad sexual cuando se emplea por el agente alguna clase de violencia o intimidación, como elemento objetivo, y el conocimiento de tales características del elemento objetivo, esto es, el carácter sexual de la acción realizada en el cuerpo de otro y la ausencia o irrelevancia de su consentimiento, como elemento subjetivo.

La jurisprudencia requiere la concurrencia de los siguientes tres elementos para conformar dicho tipo delictivo, a saber: a) una acción lúbrica, esto es, de contenido sexual; b) la presencia de violencia o intimidación en su realización; y c) la ausencia de consentimiento válidamente prestado por el sujeto pasivo de elegir y practicar la opción sexual que prefiera en cada momento, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, así como la de escoger con quién ha de realizar los actos relativos a su opción sexual, y, por tanto, rechazar proposiciones no deseadas y repeler agresiones sexuales de terceros (así, 661/2001, de 18 de abril [LA LEY 5278/2001], 449/2000, de 4 de septiembre [LA LEY 10807/2000], 928/1999, de 4 de junio [LA LEY 9269/1999]).

Elementos objetivos

Sujetos

En la actual redacción del art. 178, tanto el sujeto activo como pasivo pueden ser hombre o mujer, y el delito puede ser cometido en relaciones homosexuales o heterosexuales.

Respecto al sujeto pasivo la jurisprudencia admite que pueda serlo la persona que se dedica a la ejecución venal de actos de naturaleza sexual (prostituta) (61/2000, de 29 de enero [LA LEY 4086/2000], 819/2000, de 11 de mayo [LA LEY 7209/2000] y 1239/2000, de 5 de julio [LA LEY 11132/2000], y la 1667/2002, de 16 de octubre [LA LEY 6/2003]), ya que la persona afectada, con independencia del modo que vive su sexualidad, conserva la autonomía de su volun-

tad en orden a disponer libremente de su cuerpo y de la sexualidad que le es propia (1667/2002, de 16 de octubre [LA LEY 6/2003], ya citada). A pesar de que haya existido un acuerdo previo para mantener relaciones sexuales, es indudable que la víctima mantiene el derecho a poner límites a sus pretensiones o de negarlas, dado que el acuerdo no enajena su condición de persona y, por ello, el sujeto no puede tratarla como un objeto (2160/1994, de 14 de diciembre [LA LEY 16596-R/1995]). La Sentencia 725/2005, de 9 de junio [LA LEY 2024674/2005] declara existente el delito aunque hubiera habido pacto por precio de la relación sexual. Que desaparece cuando el acusado propina un puñetazo a la víctima que la deja aturdida, momento que aprovecha para penetrarla.

Se resuelven de igual manera las agresiones sexuales dentro del matrimonio o en relaciones de pareja estable y, desde luego, cuando se está en trámite de separación o ya separados (1974/2001, de 25 de octubre [LA LEY 1827/2002], 1482/2002, de 17 de septiembre [LA LEY 10211/2003], 1870/2002, de 18 de noviembre [LA LEY 192906/2002] y 2103/2002, de 12 de diciembre [LA LEY 674/2003]) porque no olvidemos que estamos ante delitos «*contra la libertad sexual*» lo que supone que cada persona pueda aceptar o rechazar a su razonable criterio una relación que le es impuesta aunque se produzca en el marco del matrimonio o de las relaciones estables de parejas (2103/2002, de 12 de diciembre [LA LEY 674/2003]) y, por tanto, siendo el bien jurídico protegido la libertad sexual, el ataque con violencia o intimidación al mismo es, en cualquier caso, constitutivo de agresión sexual y ello con total independencia de las circunstancias personales o sociales de la víctima. No obstante, en la mayoría de las Sentencias de referencia la pena impuesta nunca ha superado el límite mínimo previsto para la pena de violación y en algunas el alto Tribunal apreció la existencia de un error de prohibición en la persona del cónyuge agresor.

La finalidad lúbrica, elemento subjetivo del injusto, imprescindible para que exista el delito y que hace antijurídica una conducta que sin tal específico *animus* sería impune, tiene que ser inferida dado el carácter interno y personalísimo de los actos externos llevados a cabo por el agente (Sentencia 273/2001, de 19 de febrero [LA LEY 6828/2001] y ATS de 26 de noviembre de 1999).

Conducta típica

La **ausencia de consentimiento** de la víctima del acto sexual es la primera condición para la transformación en agresión sexual. La ausencia de consentimiento constituye un ataque a la libertad en la manifestación de la sexualidad y surge del núcleo del tipo del art. 178. El tipo exige que el acceso sexual no consentido lo sea por la presencia de violencia o intimidación, que tiene que estar relacionada con la agresión sexual aunque no sea necesaria una relación de causa-efecto entre aquéllos y la pérdida de la libertad.

Los supuestos del art. 178 se refieren a aquellos comportamientos de agresión sexual que tienen un componente agresivo a través de la utilización de violencia o intimidación (226/2003, de 19 de febrero [LA LEY 35066/2003]). Así, la Sentencia 157/2004, de 6 de febrero [LA LEY 11586/2004] considera que se da esa situación cuando el acusado tapa la boca de la víctima para que no grite, arrastrándola a la cama y allí, con la mano que le queda libre la despoja de la ropa.

La **violencia** se ha interpretado por la Sala Segunda como el empleo de fuerza física, y equivale a acometimiento, coacción o imposición material, e implica una agresión real más o menos violenta, o por medio de golpes, empujones, desgarros, es decir, fuerza eficaz y suficiente dirigida a vencer la voluntad contraria de la víctima (1302/2000, de 17 de julio [LA LEY 9957/2000], 584/2007, de 27 de junio [LA LEY 60979/2007], y 914/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226033/2008]). Supone, pues, el uso de la *vis física* sobre el sujeto pasivo para vencer su resistencia y debe ser ejercida

sobre aquél, ya que la efectuada sobre terceros para lograr vencer el consentimiento de la víctima constituirá intimidación y no podrá ser considerada como verdadera violencia. La violencia no es necesario que sea irresistible o absoluta, bastará que haya sido idónea y suficiente para doblegar la voluntad contraria (1714/2001, de 2 de octubre [LA LEY 174166/2001]).

La violencia empleada no ha de ser de tal grado que deba presentar caracteres irresistibles, invencibles o de gravedad inusitada, sino que hasta que sean suficientes y eficaces en la ocasión concreta para alcanzar el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima y actuando en adecuada relación causal, tanto por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males, de tal forma que la calificación jurídica de los actos enjuiciados debe hacerse en atención a la conducta del sujeto activo. Si este ejerce una fuerza clara y suficiente, entonces la resistencia de la víctima es innecesaria pues lo que determina el tipo es la actividad o la actitud de aquél, no la de ésta (373/2008, de 24 de junio [LA LEY 86406/2008]).

La Sentencia 1123/2002, de 18 de junio [LA LEY 1212363/2002] considera que emplea fuerza suficiente el padre que sujeta a su hija por las manos y procede a penetrarla analmente. Esta misma Sentencia destaca la diferencia que existe con el estupro de **prevalimiento** que reside, en lo concerniente al medio utilizado en la intensidad con la que opera sobre la libertad de la víctima. En este sentido es claro que cuando las posibilidades defensivas de ésta se ven limitadas por la limitación del movimiento de partes del cuerpo, particularmente los brazos y las manos —que son fundamentales para cualquier defensa frente a las pretensiones del autor—, ya no se trata solamente de limitación de la libertad que surge de una posición o situación determinada, sino de una acumulación de violencia y prevalimiento.

La intimidación, como medio comisivo alternativo, se define por la jurisprudencia como constreñimiento psicológico, amenaza de palabra u obra de causar un daño injusto que infunda miedo en el sujeto pasivo, si bien tiene que tener la entidad suficiente como para merecer su asimilación con la violencia física que el propio art. 178 efectúa. Seriedad, verosimilitud, inmediatez y gravedad son los requisitos que ha de tener la causa que genere dicha intimidación. No reúnen estos requisitos ni las amenazas de un mal futuro ni las de entidad insuficiente, de tal manera que la jurisprudencia ha exigido en ocasiones que tales amenazas han de constituir un delito. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria, no el miedo causado, que es una condición subjetiva (1689/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 557/2004]). Por eso no hay intimidación según la Sentencia 1225/2003, de 24 de septiembre [LA LEY 10197/2004], cuando el acusado creyó que era una relación sexual consentida, bajando parcialmente las bragas de la víctima cuando se quedó solo con ella, cesando inmediatamente su acción cuando se mostró disconformidad, ayudando a la víctima a regresar a su lugar.

Las Sentencias citadas destacan que la intimidación como medio susceptible de imponer un comportamiento sexual se hace depender no tanto de la gravedad objetiva del mal con que se amenaza, como de las características personales de agresor y víctima, así como de otras circunstancias concurrentes en el caso concreto. Así, la Sentencia 2039/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 1381/2003] considera que existió intimidación cuando para obtener la penetración vaginal de la menor el autor amenaza con echarlas a ella y a la madre, pareja del acusado, a la calle, lo que causaba un serio y constante temor a la niña. No obstante, la Sentencia 242/2004, de 27 de febrero [LA LEY 1242/2004] se aleja de la doctrina del TS de conceder especial peso a las diferencias individuales y factores contextuales a la hora de determinar la tipicidad de la intimidación, al con-

siderar que los hechos no eran constitutivos de agresión sexual sino de abuso por prevalimiento dada la ausencia de intimidación, cuando el condenado, de 55 años de edad aprovechando la ausencia de su compañera sentimental para quedarse a solas con la víctima de 17 años, aquejada de una minusvalía psíquica del 97%, procedía a tocarla por todo el cuerpo, incluido pecho, pubis y vagina, diciéndole ante el temor que experimentaba la joven en esa situación, que eso era normal entre dos personas que se querían, al tiempo que le advertía que no se lo dijera a su madre porque se enfadaría con ella y la regañaría.

La intimidación puede y suele realizarse inmediatamente antes de ejecutarse el atentado contra la libertad sexual, como medio para conseguir que la víctima desista de su voluntad contraria a la relación sexual. Pero la intimidación también puede ser generada —sobre todo en el ámbito familiar— mediante una paulatina y persistente coerción y amedrentamiento del sujeto pasivo que va minando progresivamente su capacidad de decidir libremente sobre la conducta sexual que se le requiere, hasta someterla a una sumisión absoluta, con nula capacidad de oponerse ante los males con que reiteradamente se le amenaza de no acceder a los deseos del sujeto activo. Es lo que se denomina un estado de **intimidación permanente** o una situación objetiva intimidante, susceptible de integrar el elemento intimidatorio que precisa el tipo penal de agresión (914/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226033/2008]).

Tanto la violencia como la intimidación han de ser idóneas para evitar que la víctima actúe según las pautas derivadas del ejercicio de su derecho de autodeterminación, idoneidad que dependerá del caso concreto, pues no basta examinar las características de la conducta del acusado, sino que es necesario relacionarlas con las circunstancias de todo tipo que rodean su acción. Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima: *«La fuerza y la intimidación han de ser eficaces para paralizar o inhibir cualquier atisbo de resistencia, sin que llegue a ser irresistible, ni la intimidación referirse a males irreparables»* (136/2007, de 8 de febrero [LA LEY 1679/2007], y 914/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226033/2008]).

La **resistencia de la víctima** no sólo no se exige cuando la inacción viene provocada por una amenaza contra la vida, sino que, como establecía la Sentencia 1487/1999, de 18 de octubre [LA LEY 478/2000], es suficiente para integrar el tipo que ante la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en su propósito venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida sea pasiva, porque incluso para superar esa resistencia meramente pasiva el agresor necesita utilizar la fuerza por escasa que ésta sea sobre el cuerpo de la víctima. *«Lo esencial es que el violador actúe contra la voluntad de la persona violada porque obra conociendo su oposición»* (511/2007, de 7 de junio [LA LEY 51993/2007]). En cualquier caso, no se exige una resistencia heroica de la víctima, que ponga en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso (99/1997, de 23 de enero, 914/2008, de 22 de diciembre [LA LEY 226033/2008], y 143/2009, de 17 de febrero [LA LEY 14402/2009]). El ATS de 26 de noviembre de 1999 considera que soportar contra su voluntad la víctima en su cuerpo maniobras de inequívoco contenido sexual es suficiente para la consumación del delito. Y la Sentencia 1765/2003, de 26 de diciembre [LA LEY 11976/2004], declara que existe intimidación en la conducta de arrojar a la víctima a la cama y colocarse sobre ella para besarla y tocarla.

Elementos subjetivos

Dolo

Se requiere que el autor haya obrado con una especial intención libidinosa o con ánimo lúbrico (806/2007, de 18 de octubre [LA LEY 185340/2007]). Esta finalidad lúbrica, imprescindible para que exista el delito y que hace antijurídica una conducta que sin tal específico *animus* sería impune, tiene que ser inferida dado el carácter interno y personalísimo de los actos externos llevados a cabo por el agente (273/2001, de 19 de febrero [LA LEY 6828/2001], y ATS de 26 de noviembre de 1999).

Error

Ya la Sentencia 470/1995, de 1 de abril, descarta el error de tipo referido a la creencia de existencia de consentimiento de la víctima, ya que el acusado tuvo acceso carnal con la denunciante aprovechando que ésta, que padecía una oligofrenia de tipo medio, era incapaz de discernir la bondad o maldad del acto que con ella realizaban y por lo tanto de consentir u oponerse a él, hecho éste conocido por el recurrente que sabía de antemano la anormalidad mental sufrida por aquélla. La Sentencia recuerda que el error invencible sobre un elemento esencial integrante de la infracción penal o que agrave la pena, tiene que estar fundado en hechos declarados probados en la Sentencia que claramente lo pongan de manifiesto. Atendiendo a los hechos declarados probados, la más reciente 1124/2004, de 4 de octubre [LA LEY 37/2005], rechaza el error en el supuesto de introducir el pene en la boca de la víctima porque las circunstancias existentes no hacen pensar en una relación consentida.

La Sentencia 99/1997, de 23 de enero, considera inaplicable error de prohibición invencible, puesto que, matiza, requiere la acreditación propia de todo elemento negativo, impeditivo o contrario a la normalidad. Lo declarado probado revela que nadie puede considerar ajustado a Derecho el abuso de una mujer como si fuera un objeto o una pertenencia. En este caso, la mujer dio con firmeza y desde el primer momento muestra de que no hubo aquiescencia en el acceso carnal sino oposición. La fuga precipitada, a medio vestir y en busca de auxilio es un comportamiento que no tiene explicación si se hubiesen aceptado previamente los actos a los que fue sometida.

La Sentencia 1843/2000, de 30 de noviembre, rechaza el error de prohibición cuando se obliga a la propia esposa, con la que no convivía, intimidándola con una navaja a tener relaciones sexuales alegando el acusado que creía ejercer derechos del matrimonio. En el mismo sentido, la Sentencia 1057/2005, de 26 de mayo, considera que es inapreciable en la creencia de que forzar a su esposa no era ilegítimo, ya que cualquier atisbo de relación sexual consentida se desvanece con la elocuente descripción de lo sucedido: el acusado, después de decirle a su esposa que tenía cinco minutos para desnudarse, y al negarse ésta, la persigue «*por la sala hasta alcanzarla y entonces, tras forcejear, la arroja al sofá, se pone encima y la inmoviliza, la desnuda seguidamente y finalmente la penetra vaginalmente con su pene*». La más reciente Sentencia 737/2007, de 13 de septiembre [LA LEY 154054/2007], señala que: «*No hubo consentimiento y el acusado no puede desconocer que su conducta es claramente ilícita. Proclamar que en el ámbito matrimonial es posible atribuir relevancia jurídica a un supuesto desconocimiento de la antijuridicidad predicable de todo acto sexual de carácter violento, implica admitir que el matrimonio es fuente extintiva o limitativa del derecho a la libertad sexual de cualquiera de los cónyuges*».

Consumación y tentativa

La consumación del tipo básico del art. 178 tiene lugar con la realización del tocamiento impúdico o contactos corporales de muy variada índole, unido al elemento de carácter psicológico o intencional, específicamente doloso, consistente en el ánimo libidinoso o de satisfacción del apetito sexual. Excepcionalmente se admite la tentativa, apreciando un principio de ejecución con actos exteriores sin llegar a contacto obsceno alguno y sin llevar a cabo la conducta sexual pretendida, pues en otro caso se habría producido la consumación (366/1995, de 13 de marzo [LA LEY 16734-R/1995]).

La **consumación** no precisa una penetración completa (1456/2001, de 20 de julio [LA LEY 8869/2001]), aunque sí resulta necesario un **contacto corporal** (901/2001, de 22 de mayo [LA LEY 7416/2001]), con independencia de que el sujeto logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada mediante violencia e intimidación, a soportar en su cuerpo maniobras de inequívoco contenido sexual. Por eso, abalanzarse sobre la víctima rodeándola con sus brazos e intentando tocar diversas partes de su cuerpo, lo que determinó que aquélla forcejease para tratar de quitárselo de encima, determina la consumación (901/2001, de 22 de mayo [LA LEY 7416/2001]). También obligar a una persona atada a realizar actos de tipo sexual con otra mujer (824/2003, de 5 de junio [LA LEY 13282/2003]).

Se considera **tentativa** introducir mediante intimidación a dos niñas en una habitación haciendo que se desnuden y lanzando a una sobre la cama, lo que manifiesta el ánimo de atentar contra su libertad sexual (480/2003, de 4 de abril [LA LEY 65951/2003]). En ocasiones, la jurisprudencia resuelve como tentativa supuestos límites respecto a su doctrina general —contacto corporal—. Así, agarrar por el cuello a la víctima con intención de tocarle el pecho y empujarla por la cama hasta hacerle caer (1793/2002, de 31 de octubre [LA LEY 459/2003]); bajarse los pantalones y calzoncillos, tumbándose sobre la mujer tratando de quitarle las bragas (1365/2002, de 22 de julio [LA LEY 10156/2003]). La línea divisoria entre actos de comienzo de ejecución —tentativa— y alcanzar la conducta sexual perseguida —consumación— no siempre es clara y la zona de penumbra es mayor cuando se trata de fijarla entre actos preparatorios impunes y los actos ya ejecutivos del delito. La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que han de considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella. Se acude a tres requisitos: 1.º que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir; 2.º que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito; y 3.º éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre actos preparatorios y los de ejecución: que esa acción unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación; es decir, que si esa acción continúa —no se interrumpe— el delito va a ser consumado (1479/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10206/2003]). De tal manera que anunciar a la víctima la intención de mantener una relación sexual cuando no hubo tocamiento mínimo de carácter libidinoso, no sería ni siquiera tentativa (1381/2002, de 18 de julio [LA LEY 379/2003]); por el contrario, dirigirse a una trabajadora de la limpieza que se encontraba en la puerta de su casa, con un cuchillo, diciéndole que quería violarla, no lográndolo porque consiguió escapar por una ventana, es empezar a desplegar actos exteriores de ejecución y constituye tentativa (ATS 1879/2001, de 24 de septiembre, y, en igual sentido, 5/2007, de 19 de enero [LA LEY 88/2007]).

La Sentencia 634/2004, de 19 de mayo, considera la existencia de tentativa el introducir dedos en la vagina de la víctima y proceder el acusado a bajarse la cremallera del pantalón. La posterior Sentencia núm. 1158/2004, de 7 de octubre, rebaja la pena dos grados al interrumpirse la ejecución en un momento muy distante de la consumación. El acusado aborda a la víctima con un cuchillo y le dice «tú y yo, follar», escapando la víctima. En la Sentencia 76/2005, de 28 de enero, se admite la tentativa cuando el acusado agarra a la mujer por el cuello con intención de atentar sexualmente y lanzarla al suelo donde ésta le mordió su mano dándose a la fuga el acusado. También existe tentativa, según la Sentencia 697/2005, de 6 de junio, cuando se desnuda violentamente a la víctima a la que el acusado le decía que «la iba a follar por todos los boquetes». Ante la negativa de la víctima el acusado la abofeteó quitándole luego los pantalones y bajándole las bragas con intención de penetrarla vaginalmente lo que no consiguió al no obtener una erección suficiente. La Sentencia 886/2005, de 5 de julio, admite la tentativa aunque no se haya manifestado la intención lúbrica si hechos similares ocurridos en la misma época e iniciados de la misma manera terminaron en agresión sexual perpetradas por el mismo acusado.

En relación al **desistimiento**, la Sentencia 722/2005, de 6 de junio [LA LEY 12793/2005], recuerda que se debe apreciar cuando es voluntario y exime de responsabilidad penal, pero el desistimiento de acceso carnal no elimina los actos precedentes de agresión sexual ya consumados. Así, la anterior Sentencia 451/2001, de 2 de marzo, rechaza el desistimiento cuando el acusado no llega a bajarse la bragueta por el ruido continuo del ascensor y por el llanto de la víctima, mostrando temor a ser sorprendido y concreta los criterios de la Sala para diferenciar la tentativa y el desistimiento voluntario. También la más reciente Sentencia 224/2005, de 24 de febrero, rechazó el desistimiento cuando el acusado deja de penetrar analmente a la víctima ante la resistencia de ésta motivada por el dolor.

Autoría y participación

Es **autor** del delito quien realiza la conducta descrita en el tipo. Son posibles las distintas formas de participación previstas en los art. 28 y 29. Hay que tener presente que quedan comprendidos en el tipo delictivo no sólo los contactos efectuados en el cuerpo de la víctima, sino también los que ésta se ve obligada a realizar en el cuerpo del sujeto activo o de un tercero y, para algunos, los autocontactos que el sujeto pasivo se infiera ante las exigencias del autor de los hechos (1903/1994, de 2 de noviembre [LA LEY 14096/1994] y 1037/1995, de 21 de junio).

En caso de **pluralidad de partícipes** en estos delitos contra la libertad sexual, la doctrina consolidada de la Sala Segunda viene atribuyendo a cada uno de ellos no sólo la acción ejecutada por ellos mismos, sino además la del resto de los participantes, vía cooperación necesaria —excepcionalmente podría ser complicidad— de acuerdo con el concepto amplio de autor vigente en nuestro sistema penal y recogido en el art. 28 CP, coautoría que estaría fundada no tanto en el acuerdo previo sino fundamentalmente en la colaboración eficaz para el objetivo antijurídico querido que se patentiza en un incremento del desvalor de la acción y del resultado, pues la presencia de los copartícipes supone una acusada superioridad y una mayor impunidad o al menos aseguramiento del designio criminal para los actores, y una correlativa intensificación de la intimidación que sufre la víctima con efectiva disminución de toda capacidad de respuesta, dando lugar todo ello a un aumento cualitativo de la gravedad de la situación (486/2002, de 12 de marzo [LA LEY 5924/2002], y 61/2008, de 24 de enero [LA LEY 17707/2008]).

La Sentencia de 27 de abril de 2005 considera que la negativa de los acusados a someterse a una prueba de ADN, que puede realizarse mediante una simple muestra de cabello, con el fin de compararla con los restos de semen hallados en la víctima, unido a la credibilidad de las declaraciones de ésta, resulta lo suficientemente sugerente como para sostener la tesis condenatoria.

Es **cómplice** el que colabora con actos no absolutamente necesarios ni trascendentes, y que, según la doctrina seguida por la jurisprudencia de los «bienes escasos», no sean susceptibles de ser considerados como conducta «escasa», como el que retiene a la víctima diciendo al autor «ahí la tienes toda para ti» (104/2003, de 28 de enero [LA LEY 12701/2003]). De la misma manera se habla de complicidad cuando se sujeta a la víctima mientras que el autor yace con ella (1780/2001, de 27 de septiembre [LA LEY 170121/2001]), o cuando se sujeta al marido para que el autor tuviera relaciones con la víctima (1781/2001, de 5 de octubre [LA LEY 1239/2002]). Incluso se condena como cómplice al que incita a la comisión del delito invitando a la víctima a someterse a la agresión, desnudándose para crear confianza en la ofendida (1456/2001, de 20 de julio [LA LEY 8869/2001]). Se considera que participa en el delito de violación en calidad de cómplice el que se coloca en posición de garante por conducir el coche que llevaba al autor del delito y a la víctima a un lugar apartado y no evitar la agresión sexual posterior (1136/2005, de 4 de octubre de 2005), o la madre que no toma medidas conociendo que su marido abusa sexualmente de las dos hijas comunes (703/2005, de 6 de junio).

En los ataques con intimidación se considera que en la presencia de todos y cada uno de los presentes consiste, precisamente, la intimidación a la víctima, debiendo responder todos los que con su presencia o conducta intimiden a la víctima como cooperadores necesarios, o si además atentan a su libertad sexual, como autores. Por eso, la **cooperación** la Sala Segunda la reserva para aquellos supuestos en los que existe efectivo protagonismo del sujeto, que se inicia, por ejemplo, con la decisión de dirigir el coche al lugar adecuado, se continúa con la eficaz ayuda para permitir la agresión y se concluye con la afirmación de que el sujeto pudo impedir la agresión, pues retirando su concurso aquélla no se habría producido (2035/2002, de 4 de diciembre [LA LEY 1135/2003]). En algunas ocasiones, esa «eficaz ayuda» al autor se identifica con conductas de retener y trasladar a la víctima, como se ha visto, pero también con la mera presencia mientras se está produciendo la agresión sexual. Así, sujetar a la víctima en brazos y piernas para vencer su oposición para que otros mantengan relaciones sexuales con ella (19/2000, de 17 de enero) o estar presente en el acceso carnal en actitud vigilante intensificando la intimidación con su presencia se consideran actos de cooperación necesaria y no de simple complicidad (33/2001, de 17 de enero [LA LEY 2884/2001] y 486/2002, de 12 de marzo [LA LEY 5924/2002]).

Concursos

Delito continuado

La delimitación entre la unidad y la pluralidad delictiva en el ámbito de los delitos sexuales presenta una gran complejidad, no sólo por la riqueza de situaciones concretas que se pueden presentar, sino, particularmente, por lo íntimo y eminentemente personal del bien jurídico protegido —art. 74 CP—. Con carácter general, la jurisprudencia viene rechazando la existencia de unidad delictiva considerando que cada vez que se comete una agresión sexual, cada ataque al bien jurídico protegido, constituye un delito (667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]).

La Sentencia 1316/2002, de 10 de julio [LA LEY 130363/2002], resume la jurisprudencia existente hasta la fecha y señala que sólo es posible el delito continuado en los casos en que se

trate de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecuten en el marco de una relación sexual de una cierta duración, mantenida en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo. Situación en la que no es fácil individualizar suficientemente con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo. La misma Sentencia recuerda que aunque el art. 74.3 CP no exceptúa de la figura de delito continuado las infracciones contra la libertad sexual, no quiere decir que la continuidad delictiva pueda ser predicada fácilmente de una pluralidad de delitos contra la libertad sexual cometidos por un mismo delincuente. Así, hay que extraer de la continuidad delictiva los casos de iteración inmediata de la relación sexual con el mismo sujeto pasivo, por parte de un solo sujeto activo, bajo la misma situación intimidatoria o de violencia, y apreciar la existencia de «*una sola acción punible*» (1991/2000, de 19 de diciembre [LA LEY 2378/2001]), ya que el autor, con intermediación temporal, realiza sobre la víctima una serie de conductas lúbricas con unidad de hecho a pesar de la variedad de actos en que éste se fragmenta.

Es delito unitario y no continuado el supuesto de varias penetraciones por la misma o diferentes vías cuando los hechos se producen entre los mismos sujetos activo y pasivo, ejecutándose las acciones típicas en el marco de un mismo espacio físico y temporal sin que exista solución de continuidad entre unos y otros (1560/2002, de 24 de septiembre [LA LEY 435/2003]). En el mismo sentido, descartando el delito continuado, la penetración vaginal y bucal a la víctima en el mismo contexto de tiempo y espacio, constituyendo unidad de acción (895/2001, de 21 de mayo [LA LEY 6162/2001]).

Por el contrario, existe delito continuado en el caso de acceso carnal con una mujer en un piso y acto seguido en el piso del agresor que se hallaba en el mismo edificio (Sentencia 101/2001, de 24 de enero). También se aprecia en el caso de agresiones sexuales a una misma persona a lo largo de unas horas y un cambio de lugar entre una y otra, al entender que no hay unidad delictiva (1918/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 891/2001]). En ocasiones, la jurisprudencia aprecia concurso real de dos delitos de violación, uno consumado y el otro intentado en unidad de contexto (coito bucal subsiguiente a un intento fracasado de penetración vaginal) (582/1994, de 10 de marzo), mientras que, más recientemente (1104/2000, de 19 de junio [LA LEY 10327/2000]), tales supuestos los considera delito continuado. Se aprecia delito continuado en la Sentencia 820/2005, de 23 de junio [LA LEY 1693/2005] existiendo penetración anal y bucal en un mismo espacio de tiempo y con una sola eyaculación. También acogiendo la tesis mayoritaria de la Sala Segunda, la Sentencia 1424/2005, de 1 de diciembre, aprecia continuidad delictiva en dos agresiones sexuales separadas por menos de una hora, en idéntico lugar y situación y bajo una misma situación violentamente intimidatoria.

Se descarta la continuidad delictiva, y se castiga como delitos independientes, las agresiones sexuales en las que se da desconexidad temporal (506/1998, de 13 de abril [LA LEY 5989/1998] y 2141/2000, de 8 de septiembre). Atendiendo también a la separación temporal entre las penetraciones la más reciente Sentencia 1192/2004, de 26 de octubre que no aplica la continuidad delictiva en tres penetraciones separadas por un lapso de tiempo suficientemente amplio de varias horas. Tampoco se aprecia por otras resoluciones atendiendo, además de la importante separación temporal, otras circunstancias como los cambios de lugar, la variedad de acciones y conductas sin que pueda apreciarse que respondan a un plan preconcebido o a una idéntica ocasión (1145/2004, de 11 de octubre) o cuando se han producido diversas penetraciones interrumpidas por la pérdida de erección (777/2005, de 15 de junio).

Concursos con otros delitos

La violencia o intimidación concurrente en el delito de agresión sexual hace que se planteen cuestiones de concurso con otros delitos. La doctrina jurisprudencial establece que cuando la violencia física no exceda de un simple maltrato de obra o la intimidación constituya una falta o delito de amenazas, se considera que dichas conductas quedan consumidas en el delito de agresión sexual. Los hechos de superior gravedad o desconectados con el propósito de atentar contra la libertad sexual entran en concurso.

La posibilidad de castigar, conjuntamente, tanto el delito de agresión sexual como el de **lesiones**, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima. En cuanto a éstas se refiere, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo, de fecha 10 de octubre de 2003, tomó el siguiente acuerdo: *«las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil»* (506/2008, de 17 de julio [LA LEY 96734/2008]).

Se puede apreciar concurso de leyes con las consecuencias psicológicas siempre que sean de una consideración extraordinaria y no se traten de una conturbación psíquica reacción normal de toda agresión sexual. De tal manera que si la víctima presenta como consecuencia de la agresión sexual sufrida un síndrome postraumático evidenciado como una reacción de estrés aguda, queda absorbida por aquél (1080/2003, de 16 de julio [LA LEY 125427/2003]). Las erosiones y hematomas tras la agresión sexual quedan absorbidas por ésta (1124/2004, de 4 de octubre [LA LEY 37/2005]).

Se suele apreciar concurso real con las **lesiones y amenazas graves** (2197/02, de 26 de diciembre [LA LEY 1384/2003]). Así, si la víctima sufrió contusiones, equimosis, erosiones y hematomas que precisaron tratamiento continuo, tardando en curar 25 días y 8 de incapacidad laboral, éstas no quedan absorbidas. Tampoco las amenazas si la *«intimidación o la violencia propias de la agresión sexual se agotan en el fin libidinoso»*.

En un delito de agresión sexual en concurso con uno de **lesiones**, éstas son compatibles con el primero atendiendo que se trata de lesiones radicadas básicamente en las caras anteriores de las extremidades, lo que indica su carácter de inmovilización y defensa, siendo también las lesiones de pubis y tórax compatibles con el uso de un objeto de las características del pene artificial que obra en autos como pieza de convicción (SAP de Tarragona de 10 de junio de 2005 [LA LEY 2078178/2005]).

Los actos de **exhibicionismo** previos al delito de agresión sexual quedan igualmente absorbidos por éste (530/2001, de 28 de marzo).

Para apreciar concurso real con el delito de **detenciones ilegales**, la Sentencia 1419/1998, de 19 de noviembre [LA LEY 300/1999], exige que la detención exceda en mucho del tiempo preciso para cometer la agresión sexual o para permitir la huida del culpable; sólo entonces ha de estimarse autónoma. En consecuencia, no cabe concurso entre ambos delitos cuando la privación de la libertad no excedió del tiempo de ejecución de los hechos y está predeterminada a la agresión sexual y la limitación de la libertad se enmarca en el contexto de dicha agresión.

Artículo 179.

Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de seis a 12 años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 182.

CPM: art. 76.

Redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La redacción originaria, antes de la aludida reforma, del art. 179 decía:

«Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado, como reo de violación, con la pena de seis a doce años».

Aspectos generales

Como se ve, la descripción del tipo coincide con la redacción anterior con la única novedad de incluir la **«introducción de miembros corporales»** como modalidad comisiva asimilada a la anterior introducción de objetos, y ambas al acceso carnal por las tres vías descritas.

El tipo que contiene el art. 179 responde a la figura básica del art. 178, con la concreción de que la agresión sexual debe consistir en «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o la introducción de miembros corporales u objetos» por vía vaginal o anal. De esta manera queda destipificada en este precepto la introducción de miembros corporales u objetos por vía bucal, que, no obstante, puede tener cabida en el tipo básico del art. 178, siempre que concorra violencia o intimidación. También el legislador ha prescindido en la actual redacción la referencia literal a la penetración bucal o anal, al considerar que está incluida en el concepto de *«acceso carnal»*.

En consecuencia, lo manifestado en relación con el precepto anterior debe darse por reproducido, salvo las modalidades de acciones detalladas en este artículo, que hacen de la violación una agresión sexual cualificada por la forma de atentar contra el bien jurídico protegido a través de las formas de comisión previstas como elementos del tipo.

La Sentencia de 27 de abril de 2005 descarta la concurrencia de la circunstancia agravante de despoblado ya que si bien la Sentencia de instancia relata que los hechos sucedieron en un despoblado, no detalla las circunstancias concretas de éste que pudieran evidenciar la soledad o alejamiento y, en consecuencia, provocar una mayor facilidad para cometer el delito.

Acceso carnal

La primera de las modalidades de atentado a la libertad contemplada es el «acceso carnal por vía vaginal, bucal o anal». Con carácter general, puede afirmarse que por *«acceso carnal»*, en doctrina clásica de la Sala Segunda (de 22 de septiembre de 1992 [LA LEY 2834-JF/0000] y 456/1994, de 7 de marzo [LA LEY 2864/1994], por ejemplo), se entiende la llamada *coniunctio membrorum*, esto es, la conjunción de los órganos genitales del varón y la hembra con penetración del pene, más o menos perfecta, en la cavidad genital femenina, sin precisar que la penetración sea completa ni,

desde luego, que se llegue a la perfección fisiológica del coito a través de la eyaculación. Concreta la Sentencia 120/1996, de 29 de marzo [LA LEY 5099/1996], que se consuma el delito de violación, en la modalidad de acceso vaginal, «por la sola penetración violenta de dicha cavidad, aun sin traspasar su zona vestibular». Al acceso rectal o bucal le sería de aplicación la misma exigencia de *inmisio pennis*. En concreto, respecto a la penetración bucal el TS viene entendiendo que por boca a estos efectos debe entenderse no sólo cuando se traspasa la línea de los dientes del sujeto pasivo, que es claro que ya se está ya dentro de la boca, sino también la zona de la boca entre los dientes y los labios (834/2002, de 13 de mayo [LA LEY 5958/2002]).

Con la actual redacción, limitar la penetración a la del miembro viril sólo sería posible en el caso de acceso bucal, ya que respecto al acceso vaginal y anal se prevé la posibilidad de comisión con introducción de «miembros corporales», por lo que puede conceptuarse penetración, a estos efectos, la «inmisión» de cualquier otro miembro del cuerpo, distinto del pene, o de «objetos».

La jurisprudencia de la Sala Segunda viene reiteradamente manifestando que el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas sino de consideraciones normativas y que, por tanto, no es necesario para su consumación una penetración íntegra o que haya traspasado ciertos límites anatómicos. Porque por acceso carnal se ha de entender la unión de los órganos genitales del hombre y de la mujer mediante la penetración del miembro viril en la vagina o mediante la penetración anal o bucal del miembro viril con independencia de que el sujeto pasivo sea mujer o varón, a diferencia del caso anterior (1214/2002, de 1 de julio [LA LEY 124416/2002]). Así, la penetración en el exterior de la vagina produce los mismos efectos penales que la total introducción en la vagina propiamente dicha (978/2002, de 23 de mayo [LA LEY 371/2003]). En todo caso se requiere una penetración. Por eso, no hay acceso carnal con el simple contacto del pene con la vagina sin introducción (1790/2001, de 13 de octubre [LA LEY 181334/2001]) y sí lo hay en la introducción del pene en los labios sin traspasar la línea de los dientes (834/2002, de 13 de mayo [LA LEY 5958/2002]). Hay tentativa (1492/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 186297/2003]) cuando el acusado expresa su intención, pero no puede lograr la penetración por imposibilidad de erección.

Se **consume** con la penetración del pene, más o menos perfecta, en las cavidades que el precepto enumera —vaginal, anal y bucal—, sin que requiera que la penetración del miembro viril sea completa (1456/2001, de 20 de julio [LA LEY 8869/2001]), aunque sí resulta necesario un **contacto corporal** (901/2001, de 22 de mayo [LA LEY 7416/2001]), bastando la introducción más o menos profunda sin que se precise la eyaculación sexual ni la emisión de líquido prostático (673/2007, de 19 de julio [LA LEY 79329/2007]), con independencia de que el sujeto logre satisfacer plenamente sus deseos, tan pronto como la víctima se ve obligada mediante violencia e intimidación, a soportar en su cuerpo maniobras de inequívoco contenido sexual. Por eso, abalanzarse sobre la víctima rodeándola con sus brazos e intentando tocar diversas partes de su cuerpo, lo que determinó que aquélla forcejease para tratar de quitárselo de encima, determina la consumación (901/2001, de 22 de mayo [LA LEY 7416/2001]). También obligar a una persona atada a realizar actos de tipo sexual con otra mujer (824/2003, de 5 de junio [LA LEY 13282/2003]).

Introducción de objetos

Lo que aquí describe el tipo es un salvaje y degradante atentado que, aun recayendo sobre la libertad sexual del sujeto pasivo, en tanto se supone que la introducción del objeto simula un acto de significación sexual, tiene como objeto directo y patente la lesión a la integridad física y moral del que sufre el atentado. La inclusión de este tipo delictivo en el art. 179, junto al de violación

e incluso englobándolo bajo el mismo *nomen iuris*, puede estar justificada por razones criminológicas y por la equivalente gravedad de las agresiones, pero hay que reconocer que produce un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace de dicha innovación una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos —libertad sexual por un lado, integridad física y moral de la persona por otro— que se trata de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma cuestionada (1222/2000, de 7 de julio [LA LEY 9890/2000]).

La Sala Segunda sigue acudiendo a una interpretación gramatical de la palabra «objeto», que entre otros sentidos significa «cosa»; y a tenor de la regla restrictiva de la aplicación de las leyes penales que contiene el art. 4.1 CP, se excluyen expresamente los dedos y la lengua y cualquier otro miembro del cuerpo agresor (1214/2002, de 1 de julio [LA LEY 124416/2002], y 401/2009, de 24 de abril [LA LEY 40416/2009]). Si lo es la introducción de un palo (1492/2001, de 25 de julio [LA LEY 150829/2001]).

Aquellas prácticas que antes de la reforma de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, serían subsumibles, si concurriera violencia o intimidación, en el art. 178, en la redacción introducida por dicha reforma serían encajables en este art. 179, al equipararse a la introducción de objetos la de «miembros corporales» siempre que se realice también por vía vaginal o anal.

Participación

Es doctrina reiterada de la Sala Segunda mantener la consideración de cooperador necesario al que contribuye a coadyuvar al acceso carnal realizado por otro mediante la aportación de una actividad proyectada a doblegar la voluntad de resistencia de la víctima y también los que, en ejecución de un plan conjunto, realizan una acción en cuyo desarrollo tiene lugar la violación así como, en caso de no existir un plan preordenado previo, cuando varios individuos, con conciencia de la acción que se realiza, determinan con su presencia un efecto intimidatorio ambiental sobre la víctima de la violación materialmente ejecutada por otro agente, puesto que, en este último supuesto, la sola presencia del copartícipe incrementa el clima de terror, acentuando el desamparo y desvalimiento de la víctima, con lo cual esa presencia constituye por sí sola cooperación eficaz e indispensable. De tal manera que colaborar reteniendo a la víctima, atarla, trasladarla de lugar, además de su presencia en el acceso carnal de otro coautor, es cooperación necesaria (33/2001, de 17 de enero [LA LEY 2884/2001]).

Se es autor del hecho cometido personalmente y cooperador necesario en el realizado por el otro acusado, porque debe haber condena de todos los que en grupo participan en actos de violación múltiples (1563/2000, de 7 de junio, y 267/2008, de 23 de mayo [LA LEY 74068/2008]). Así, la Sentencia 167/2001, de 12 de febrero [LA LEY 419892/2001] considera cooperador necesario al que colabora en crear una situación de temor en la víctima con amenazas de muerte con un puñal teniendo relación sexual el otro acusado que le acompañaba.

La Sentencia 774/2004, de 14 de junio, declara la autoría y cooperación mutua de los dos acusados en los dos accesos carnales cometidos por cada uno de los acusados con la colaboración del otro. En la descripción de los hechos probados aparece una colaboración de ambos para trasladar a la víctima al descampado donde se produjeron los distintos accesos carnales en los que ambos colaboraron al mismo tiempo, uno por vía bucal y otro por vía vaginal y anal aunque no lograra esta última penetración. Al tiempo esta Sentencia recuerda la doctrina de la Sala Segunda al respecto y manifiesta que la presencia de una pluralidad de personas en esta clase de actos de agresión sexual, que se caracterizan por la concurrencia de violencia o intimidación, la presencia

de dos atacantes y no de uno solo aunque sólo fuera a efectos de permitir la eficacia de una intimidación en los términos antes expuestos, tiene relevancia suficiente para considerar a uno como autor propiamente dicho del acto lúbrico y a otro como cooperador necesario en la producción del miedo. O coautores los dos de dos delitos, que esto es irrelevante para la cuantía de la pena.

La jurisprudencia ha admitido la relevancia de la cooperación mediante una **conducta puramente omisiva** en delitos de resultado tanto en relación con la cooperación necesaria —poner a la víctima indefensa en manos de un partícipe que ya había exteriorizado su tendencia a abusar de ella sexualmente—, como con la complicidad (213/2007, de 15 de marzo [LA LEY 20339/2007]). No existe ningún inconveniente dogmático para que una conducta omisiva pueda integrar este delito, cuando quien no actúa está constituido en garante, como, por ejemplo, la pasividad de la madre ante la violación de su hija menor, que la convierte en autora por esta vía de la omisión impropia. Es incuestionable, desde el punto de vista jurídico, que cuando el sujeto de la infracción no evita, pudiendo hacerlo, que otra persona cometa un delito, existe participación por omisión si el omitente estaba en posición de garante. Tales conductas, con independencia de los típicos delitos de omisión, pueden ser valoradas como válidas en orden a la comisión de determinados delitos de resultado, doctrinalmente conocidos como delitos de comisión por omisión o delitos de omisión impropia, cuando el orden social atribuya al sujeto la obligación de evitar el resultado típico como garante de un determinado bien jurídico, que en este caso deviene del deber de la madre al velar por su hijo —art. 154 CC— (21/2007, de 19 de enero [LA LEY 1526/2007]).

Concursos

Delito continuado

La jurisprudencia ha repetido una y otra vez que es apreciable un solo delito de agresión sexual cuando bajo la misma situación de violencia entre un único sujeto activo y pasivo y en el mismo marco espacio-temporal, se han producido varios actos de acceso carnal por distintas vías (626/2005, de 13 de mayo [LA LEY 12611/2005], 820/2005, de 23 de junio [LA LEY 1693/2005], 1043/2005, de 20 de septiembre [LA LEY 13841/2005], 76/2006, de 31 de enero [LA LEY 11045/2006], y 1255/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175879/2006]). Tal situación podría calificarse de «unidad natural de acción» en cuanto estamos ante el desarrollo de un mismo impulso erótico o episodio de desahogo y satisfacción sexual sin apenas solución de continuidad.

Sin embargo, la jurisprudencia venía estimando de forma excepcional la continuidad delictiva en casos de vulneración repetida, pero también distinta, del bien jurídico protegido a través de acciones determinadas por un dolo similar, pero reproducido en cada uno de los casos. En particular ha apreciado la continuidad en el delito de agresión sexual en los casos en que concurrieran las siguientes situaciones: a) cuando se produce repetición de actos sexuales de manera seguida e inmediata con el mismo sujeto pasivo; b) si ello acontece en el marco de la misma ocasión, con análogas circunstancias de tiempo y lugar bajo la misma situación de fuerza o intimidación; y c) cuando todos los actos respondan también al mismo impulso libidinoso no satisfecho hasta la realización de esa pluralidad delictiva (127/1998, de 2 de febrero [LA LEY 2674/1998], 122/2004, de 5 de febrero [LA LEY 11478/2004], 1424/2005, de 1 de diciembre [LA LEY 10616/2006], y 48/2009, de 30 de enero [LA LEY 1169/2009]).

Por último, la jurisprudencia ha venido afirmando que la excepcionalidad en la continuidad delictiva ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, negándose cuando pueda apreciarse

una individualización manifiesta de cada uno de los actos por responder a impulsos eróticos diferenciados, porque cada brote sexual haya aparecido de forma intermitente, con acaeceres o lapsus temporales intermedios que vienen a aislar y a dotar de significación propia a las diversas agresiones sexuales (48/2009, de 30 de enero [LA LEY 1169/2009]).

Concursos con otros delitos

La posibilidad de castigar, conjuntamente, tanto el delito de agresión sexual como el de lesiones, cuyos bienes jurídicos protegidos son indudablemente distintos, ha sido admitida normalmente por la jurisprudencia, si bien no han dejado de plantearse problemas sobre la posible compatibilidad de ambas sanciones, especialmente en los supuestos de lesiones de carácter leve, de lesiones inherentes al ejercicio de la violencia típica del primero de los delitos, o de las posibles secuelas psíquicas de la víctima. En cuanto a éstas se refiere, el Pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del TS, de fecha 10 de octubre de 2003 [LA LEY 11296/2004], tomó el siguiente acuerdo: «las alteraciones síquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente, por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil» (acuerdo recogido posteriormente en SSTs de 7 de noviembre de 2003 [LA LEY 11320/2004], 4 de febrero y 7 de octubre de 2004 [LA LEY 12343/2004] [LA LEY 209179/2004] entre otras).

La violación solamente consume las lesiones producidas por la violencia cuando éstas pueden ser abarcadas dentro del contenido de ilicitud que es propio del acceso carnal violento, por ejemplo leves hematomas en los muslos o lesiones en la propia zona genital, no ocasionados de modo deliberado sino como forzosa consecuencia del acceso carnal forzado. Pero cuando se infieren lesiones deliberadas y adicionales, como medio de vencer la resistencia de la víctima pero con entidad sustancial autónoma, procede la aplicación de lo dispuesto en el art. 77, sancionando ambas acciones por separado, ya que el desvalor del resultado realmente producido supera el desvalor del delito más grave. El delito de violación requiere el empleo de violencia, pero no exige la causación de lesiones corporales, de modo que el ataque a la salud y a la integridad corporal protegidos por el tipo de lesiones no es elemento indispensable del delito contra la libertad sexual (2047/2002, de 10 de diciembre [LA LEY 756/2003], 105/2005, de 29 de enero [LA LEY 870/2005], 555/2005, de 21 de abril [LA LEY 12348/2005], 673/2007, de 19 de julio [LA LEY 79329/2007], y 506/2008, de 17 de julio [LA LEY 96734/2008]).

Artículo 180

1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

3.ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

4.ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 177 y 182.

Artículo reformado por LO 11/1999, de 30 de abril.

El texto originario del art. 180 decía:

«Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del art. 178, y de doce a quince años para las del art. 179, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

1.ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

2.ª Cuando los hechos se cometan por tres o más personas actuando en grupo.

3.ª Cuando la víctima sea una persona especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación.

4.ª Cuando el delito se cometa, prevaliéndose de su relación de parentesco, por ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines de la víctima.

5.ª Cuando el autor haga uso de medios especialmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o cualquiera de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Si concurriesen dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior».

Las circunstancias de agravación que recoge el actual art. 180 son de aplicación tanto al tipo básico del art. 178 como a las agresiones sexuales específicas del art. 179.

La extraordinaria agravación penológica que la aplicación de este art. 180 implica —llegando incluso a los límites penológicos del delito de homicidio del art. 138 CP— demanda el correlativo rigor a la hora de estimar la concurrencia de cualquiera de las circunstancias previstas en dicho precepto, en aras del principio de proporcionalidad básico en el campo penal (264/2007, de 30 de marzo [LA LEY 14321/2007]).

Como se verá a continuación, la prohibición del *bis in idem* impide tener en cuenta para aplicar una circunstancia de agravación la misma base fáctica que ya ha sido tenida en cuenta para apreciar un elemento del tipo.

Por último, como toda agravante específica, el dolo del sujeto debe abarcar sus elementos constitutivos para su aplicación.

Primera. Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Esta circunstancia no sanciona la vejación o la degradación y humillación que supone toda agresión sexual, pues como reconoce la jurisprudencia (812/2003, de 3 de junio [LA LEY 99283/2003], y 159/2007, de 21 de febrero [LA LEY 8221/2007]) lo que sanciona el precepto es un plus de antijuridicidad que representa el *modus operandi* del autor cuando las concretas y específicas acciones instrumentales violentas e intimidatorias efectuadas, consideradas en su propia objetividad, hayan de calificarse como especialmente degradantes o vejatorias porque representan un cualificado menosprecio a la dignidad de la víctima.

Así, los golpes y mordiscos propinados a la víctima no pueden ser considerados como ínsitos al propio ataque contra la libertad sexual ni medio para la obtención del propósito libidinoso, sino que, por innecesario a ese fin, lo exceden y se erigen en circunstancia de entidad suficiente para integrar el supuesto especialmente agravado (383/2003, de 14 de marzo [LA LEY 12238/2003]). Por el contrario, atar los brazos y las piernas y tapan la boca y casi todo el rostro de la víctima con una cinta adhesiva son, sin duda, acciones de fuerza física que atentan contra el respeto y consideración que todo ser humano merece, pero que, al entender de esta Sala, no integran la especial o particular vejación o degradación que exige el tipo penal del art. 180.1.1.^a, toda vez que dichos actos, en sí mismos, no parecen revestir las características de particular envilecimiento, humillación y desprecio a la dignidad de la persona que requiere el precepto como configuradores de un trato significativamente degradante y vejatorio (603/2001, de 4 de abril [LA LEY 3390/2001]).

La Sentencia 1158/2004, de 7 de octubre [LA LEY 68/2005] no aplica este núm. 1 cuando se han producido tocamientos con manos y cuchillo en diversas partes del cuerpo, e intentado una penetración anal consumando una vaginal. Esta resolución aclara que este tipo agravado exige al lado de la conducta descrita en los arts. 178 y 179, una violencia o intimidación caracterizadas por una brutalidad, salvajismo o animalidad añadidos o una conducta del autor que pretenda y alcance una humillación, degradación o vejación relevante no necesaria para la ejecución del tipo objetivo, es decir, algo más de lo que es connatural a casi toda agresión sexual. Por eso, sin la menor duda (1239/2000, de 5 de julio [LA LEY 11132/2000]), se produce la agravación específica del núm. 1 del art. 180.1, cuando el acusado —mediante la violencia ejercida sobre la víctima— le obligó a sacar la lengua, orinando en la misma, y luego le obligó a tumbarse en el suelo, defecando encima de ella. Son conductas particularmente degradantes y vejatorias para la mujer.

En definitiva, toda agresión sexual, que se realiza por la fuerza o con intimidación, necesariamente supone un cierto grado de brutalidad y determina vejación, menosprecio y humillación para la víctima del hecho. Por ello mismo, para que la acción del sujeto activo sea merecedora de esta agravación legal, es menester la concurrencia de un grado de brutalidad, humillación o vejación superior al que de por sí existe en toda agresión sexual (889/2007, de 24 de octubre [LA LEY 170577/2007]).

La comisión de un delito de agresión sexual, agravado al concurrir una violencia o intimidación particularmente degradantes o vejatorias, supone también un ataque grave a la integridad moral, si bien su sanción ya viene comprendida en la prevista para el delito contra la libertad sexual con la agravación antes dicha. Para apreciar al mismo tiempo un delito del art. 173 sería necesaria la existencia de una conducta relevante desligada de la que se entiende comprendida y ya ha sido sancionada en el delito de agresión sexual (159/2007, de 21 de febrero [LA LEY 8221/2007]).

Segunda. Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

La agravación concurre para cada uno de los partícipes y para cada hecho.

Consultar los comentarios en los arts. 178 y 179 relativos a la participación.

La Sentencia 481/2004, de 7 de abril [LA LEY 12705/2004], se refiere al supuesto de actuación en grupo cuando se condena a cada partícipe como autor directo de los hechos y a los otros como cooperadores necesarios de los realizados por los demás. Y, concluye, que la actuación conjunta de ambos acusados, plantea problemas relacionados con el principio *non bis in idem* en aquellos casos en los que se produce una doble condena a cada uno de los distintos intervinientes en los hechos, en un caso como autor material de la agresión sexual por el acto propio y en otro caso, y además, como cooperador necesario en el acto del codelincuente. En este sentido, esta Sala ha señalado que *«la estimación de esta agravación puede ser vulneradora del principio non bis in idem cuando en una actuación en grupo se sanciona a cada autor como responsable de su propia agresión y como cooperador necesario en las de los demás, pues en estos casos la estimación de ser autor por cooperación necesaria, se superpone exactamente sobre el subtipo de actuación en grupo, dicho de otro modo, la autoría por cooperación necesaria en estos casos exige, al menos, una dualidad de personas por lo que a tal autoría le es inherente la actuación conjunta que describe el subtipo agravado»* (482/2002, de 12 de marzo, y 61/2008, de 24 de enero [LA LEY 17707/2008]). Por eso, matiza la Sentencia 1667/2002, de 16 de octubre [LA LEY 6/2003], cuando el acusado no ha sido condenado como cooperador necesario en las agresiones sexuales consumadas por su compañero sino exclusivamente como autor directo de aquellas en las que ha sido autor material, es decir, que ha sido condenado exclusivamente por dos agresiones, una por cada una de las víctimas o sujetos pasivos a las que de modo personal y directo ha penetrado sexualmente, la apreciación de la agravación no vulnera en este caso el principio *non bis in idem*.

En el mismo sentido, la Sentencia 686/2005, de 2 de junio [LA LEY 12792/2005], que considera que cuando existe una cooperación necesaria en agresiones sexuales concertadas, cada sujeto es autor de su propia agresión y de la que hubiera cooperado, sin la concurrencia de este subtipo agravado de actuación en grupo. También la Sentencia 1386/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 2161874/2005], que insiste en señalar la autoría material de cada uno de los imputados en su propia violación y cooperación necesaria en la actuación del otro.

La Sentencia 439/2007, de 21 de mayo [LA LEY 42152/2007], recoge el caso de un acusado que fue condenado como autor responsable de un delito de violación y, además, como cooperador necesario de otro delito de igual naturaleza. En el primer caso, en el que actuó como autor, el supuesto agravado no supone infracción del principio *non bis in idem*, pues una cosa es la participación en el delito y otra la forma comisiva del mismo, ya que es autor de una agresión en la que toman parte dos distintos agentes, él mismo y su acompañante. Por el contrario, en aquella

infracción en la que su forma de participación tiene el carácter de cooperación necesaria, la agravante de pluralidad de ofensores sí que supone la vulneración de aquel principio, ya que esa clase de participación siempre requiere un autor al que se ofrece la colaboración, y por ello la colaboración necesaria implica en todo caso la comisión del ilícito con pluralidad de sujetos.

En definitiva, *«resultando siempre concebible la ejecución de un delito de estas características por un único autor; cuando concurren a ella otros partícipes se produce la circunstancia añadida que al legislador le merece un mayor reproche, satisfecho mediante el supuesto de especial agravación, mientras que cuando nos hallamos ante un caso de cooperación necesaria no adiciona esa pluralidad de partícipes, por lo que la sanción por ambos conceptos —participación plural y cooperación a la ejecución de otro— supone una redundancia o doble punición inaceptable»* (217/2007, de 16 de marzo [LA LEY 11204/2007], 439/2007, de 21 de mayo [LA LEY 42152/2007], y 61/2008, de 24 de enero [LA LEY 17707/2008]).

Tercera. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.

De las cuatro circunstancias que configuran esta agravación —vulnerabilidad por edad, enfermedad, situación, y en todo caso ser menor de 13 años—, sólo la cuarta opera con carácter absoluto e indiferenciado al prescindirse de todo estudio individualizado, bastando que la víctima sea menor de 13 años para suponer, a modo de presunción legal, que no ha habido capacidad de conocer ni de decidir, ni tanto de elegir y simultáneamente una disminución de la capacidad de defensa. Las demás circunstancias exigen una cumplida acreditación fáctica desde las tres perspectivas que exige el tipo (695/2005, de 1 de junio [LA LEY 12759/2005], y 217/2008, de 24 de abril [LA LEY 47631/2008]).

El concepto de «vulnerabilidad» equivale a la facilidad con que alguien puede ser atacado y lesionado, por ausencia de recursos y medios para decidir libremente y oponerse. Supone una manifiesta desventaja e imposibilidad de hacer frente al agresor (131/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9728/2007]).

No debe pasar desapercibida la expresión increíblemente genérica y vaga de «especial vulnerabilidad por razón de la situación», que además debe ser interpretada en un contexto agravatorio y, por tanto, con carácter restrictivo y de modo que sea equiparable a la enfermedad o a la edad inferior a 13 años, habida cuenta que ésa ha sido la referencia desvalorativa del legislador (32/2007, de 26 de enero [LA LEY 1527/2007]).

La edad de la víctima no es un elemento implícito en la violencia o intimidación del tipo de los arts. 178 y 179 CP, pero sí puede haber sido tenida en cuenta como elemento esencial para establecer dicha violencia o intimidación, pues la voluntad de los niños es más fácil de someter, y de ahí que amenazas que ante un adulto no tendrían eficacia intimidante sí las adquieren frente a la voluntad de un menor. Por eso la jurisprudencia descarta la aplicación de esta circunstancia agravatoria cuando la edad o la vulnerabilidad de la víctima han sido tenidas en cuenta para fundamentar la intimidación o la violencia de la agresión sexual, pues, de apreciarse, se valoraría doblemente tal circunstancia, vulnerando el principio *non bis in idem* (70/2002, de 25 de enero [LA LEY 21198/2002], 623/2002, de 9 de abril [LA LEY 5536/2002], 2012/2002, de 2 de diciembre [LA LEY 1133/2003], 170/2001, de 13 de febrero [LA LEY 4363/2001]), 768/2004, de 18 de junio [LA LEY 1798/2004], 51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008], y 667/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 175949/2008]).

El hecho de que la víctima sea menor de trece años no impide apreciar la agravación del art. 180.1.3.^a si la especial vulnerabilidad se deriva de otras circunstancias declaradas probadas en la Sentencia (242/2004, de 27 de febrero [LA LEY 1242/2004], 159/2005, de 11 de febrero [LA LEY 871/2005], y 244/2005, de 25 de febrero [LA LEY 11472/2005]).

Si la edad de la víctima como inferior a trece años es valorada para calificar los hechos como abuso sexual sin consentimiento —art. 181.2—, no es posible valorarla nuevamente para integrar la agravación del art. 180.1.3.^a (SAP 23.^a Madrid 99/2008, de 9 de julio [LA LEY 86615/2008]). Igualmente, si la ingesta alcohólica y de sustancias tóxicas ha sido valorada para conformar la ausencia de consentimiento, típico del delito de abusos sexuales, no es posible valorarla también para conformar la agravación específica de vulnerabilidad, so pena de lesionar el principio *non bis in idem* (203/2008, de 30 de abril [LA LEY 39033/2008]).

Hay motivos para aplicar esta agravación específica cuando el acusado mantiene relaciones sexuales con una niña de doce años de edad, con una capacidad intelectual límite y a la que une una gran relación de confianza basada en relaciones de vecindad (Sentencia 803/2003, de 4 de junio [LA LEY 99875/2003]).

También cuando, aun siendo la víctima mayor de edad, la edad mental es inferior a los diez años, pues no es el elemento que contempla esta agravación un elemento inherente a todo ataque contra la libertad sexual, y encuentra su fundamento en la mayor indefensión de la víctima y, paralelamente, en la mayor impunidad buscada de propósito por el agente (Sentencia 623/2002, de 9 de abril [LA LEY 5536/2002]).

La Sentencia 55/2004, de 26 de enero [LA LEY 21056/2004], estima que la duda sobre la edad de la víctima en el momento de sufrir los primeros abusos debe resolverse a favor del acusado.

En ocasiones, la víctima se coloca ella misma de forma inconsciente o irreflexiva en una situación de peligro que puede facilitar su propia victimización. Ello en modo alguno puede servir para disminuir la culpabilidad del agresor en estos delitos violentos ni menos para transferir su culpabilidad, pero tampoco puede servir para agravar su responsabilidad (217/2008, de 24 de abril [LA LEY 47631/2008]). En la Sentencia 1644/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 162657/2001], se declaró que la propia e involuntaria actividad de la víctima en su propia victimización por su autopuesta en peligro, no puede ser valorada para apreciar una especial perversidad del agente o vulnerabilidad de la víctima.

Cuarta. Cuando para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines con la víctima.

Es erróneo considerar que el tipo penal agravatorio del art. 180.1.4.^a es de aplicación cuando la situación parental sea la determinante de un consentimiento. En principio, deben encuadrarse en esta situación todos aquellos actos atentatorios a la libertad e indemnidad sexual cometidos mediante el abuso de una situación de superioridad, no siendo incompatible la agresión sexual violenta o intimidatoria con este subtipo agravado, pues propiamente no guarda relación con el consentimiento sino una relación especial entre agresor y víctima de la que se derivan situaciones de mayor antijuridicidad y culpabilidad y una mayor facilidad en la ejecución, lo que puede determinar un menor contenido en la intimidación, precisamente por el aprovechamiento de aquella situación con debilitamiento de las posibilidades de defensa y posterior denuncia. Presenta una

estructura típica semejante con la circunstancia de parentesco del art. 23 CP. En todo caso, requiere una situación de prevalimiento no dirigido al consentimiento sino a la realización de la conducta típica, y el conocimiento por parte del sujeto activo de su existencia y el aprovechamiento de esa relación para la comisión de la agresión sexual con mayor facilidad, derivada de la transgresión del principio de confianza propio de la relación parental (1104/2000, de 26 de junio [LA LEY 9482/2000]), 1225/2004, de 27 de octubre [LA LEY 10256/2005], y 51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]).

La Sentencia 1123/2002, de 18 de junio [LA LEY 1212363/2002], establece la diferencia entre la fuerza e intimidación y el prevalimiento de este subtipo, que reside en lo concerniente al medio utilizado en la intensidad con la que opera sobre la libertad de la víctima. En el caso a que se refiere esa Sentencia, padre que sujeta a su hija menor por las manos y procede a penetrarla analmente, se considera que cuando las posibilidades defensivas de ésta se ven limitadas por la limitación del movimiento de partes del cuerpo, particularmente los brazos y las manos, que son fundamentales para cualquier defensa frente a las pretensiones del autor, ya no se trata solamente de limitación de la libertad que surge de una posición o situación determinada sino de una acumulación de violencia y prevalimiento. La Sentencia 1225/2004, de 27 de febrero, rechaza la pretensión del recurrente de no poder aplicar esta agravación que está prevista para la agresión violenta. Recuerda que la razón de ser de la misma se justifica por el plus de antijuridicidad y culpabilidad que denota una agresión sexual en el marco de una relación familiar por la mayor facilidad que dicho escenario supone y por el quebrantamiento de los especiales deberes de respeto y dignidad que se derivan —en este caso— de la relación paterno filial, y ello no guarda conexión con el consentimiento de la víctima, por lo que si la víctima es obligada al mantenimiento de la relación y, además, la agresión se realiza en el marco de una relación parental con pleno conocimiento de ello, se está en el caso de aplicar el subtipo agravado. En tal caso, la Sentencia 38/2001 de 22 de enero [LA LEY 400507/2001].

La Sentencia 140/2004, de 9 de febrero [LA LEY 824/2004], aplica este subtipo agravado al profesor de religión y párroco de los menores monaguillos de la iglesia en donde ejercía su ministerio, porque tenía un gran ascendente sobre ellos por razón de su amistad y gozaba de la confianza de sus padres. Esa misma Sentencia, sin embargo, considera incompatible esta agravación con el abuso de prevalimiento simple por aplicación del principio *non bis in idem*.

Según la citada Sentencia 1104/2000 [LA LEY 9482/2000], no se dan los presupuestos de la agravación cuando el Tribunal de Instancia señala la nula incidencia de la relación parental en el hecho punible y, además, resulta la escasa relación existente entre los hermanos adoptivos.

Quinta. Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.

Esta agravación específica se ha de interpretar y aplicar siempre con carácter restrictivo y sólo en aquellos supuestos en que el empleo del medio peligroso suponga un evidente y real peligro para la vida o la integridad física de la víctima (1298/2003, de 12 de noviembre [LA LEY 999/2004], 15/2006, de 13 de enero [LA LEY 10903/2006], 673/2007, de 19 de julio [LA LEY 79329/2007], y 396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008]). Por ello, en la interpretación de este subtipo la jurisprudencia se basa en dos criterios esenciales: primero, descartando la aplicación automática

siempre que se emplee cualquier arma con fines puramente intimidatorios, y segundo, distinguiendo los supuestos en que se exhibe el arma de aquellos en que se utiliza (228/2007, de 14 de marzo [LA LEY 10731/2007]).

Se descarta, por tanto, la posibilidad de apreciación automática de esta agravación en todos los casos en que se emplee cualquier arma con fines puramente intimidatorios, limitándose el autor a exhibirla, de modo que la víctima quede intimidada al conocer el elemento de que dispone su agresor, pues podría producirse una vulneración del principio *non bis in idem* al calificar los hechos como agresión sexual y como agresión agravada teniendo en cuenta el mismo dato (22/2001, de 25 de abril [LA LEY 5285/2001], 1667/2002, de 16 de octubre [LA LEY 6/2003], 1202/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 10074/2004], y 1605/2003, de 24 de noviembre [LA LEY 998/2004]).

Por eso, lo determinante no es solamente el «instrumento», sino el «uso» que el sujeto activo haga del mismo, de tal manera que la mera exhibición del instrumento no es suficiente para integrar el subtipo agravado cuando no se aprecie un peligro especialmente relevante y constituya el único elemento que integra la intimidación (1202/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 10074/2004], 228/2007, de 14 de marzo [LA LEY 10731/2007], y 264/2007, de 30 de marzo [LA LEY 14321/2007]). Habrá de ponderarse en cada caso con suma cautela el instrumento utilizado por el agente, analizando no sólo las características del medio empleado, sino también la forma o manera en que éste es utilizado, así como las circunstancias que concurren (928/1999, de 4 de junio [LA LEY 9269/1999], y 486/2003, de 25 de marzo [LA LEY 12742/2003]). Se mantiene esta interpretación en la actual redacción de este apartado 5 en la que se ha suprimido «*especialmente*» por «*igualmente*» peligrosos las armas o medios utilizados, en aras de los principios de proporcionalidad y legalidad —*non bis in idem*— que siguen siendo el fundamento para la no aplicación automática del subtipo y de una flexibilidad teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas.

En esta línea, se ha apreciado en los casos en los que el autor colocó el arma en el cuello de la víctima (1991/2000, de 19 de diciembre [LA LEY 2378/2001]), en el pecho (1410/1999, de 13 de octubre [LA LEY 2270/2000]), en el costado o en el abdomen (la ya citada 752/2002 [LA LEY 82383/2002]) y, en fin, en los que el sujeto no se limita a exhibir el arma para intimidar con ella a la víctima, sino que, por la propia resistencia de ésta, la sitúa de forma amenazante en una parte de su cuerpo donde podía producir lesiones de importancia (1202/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 10074/2004]). Cuando se acomete usando ese arma o medio peligroso, incluso cuando la acometida no alcance el cuerpo de la víctima, ha de aplicarse esta circunstancia 5.ª; por eso, lo importante a estos efectos no es sólo el concreto instrumento utilizado, ni siquiera aquello que pudiera decir el agresor o pensar la víctima, sino el uso que se le dé, o el peligro concreto creado al respecto (673/2007, de 19 de julio [LA LEY 79329/2007]). La Sentencia 15/2006, de 13 de enero [LA LEY 10903/2006], rechaza la aplicación de esta agravación cuando se utiliza un arma de fuego simulada y, por tanto, sin capacidad de disparo, «*aunque por sus características y modo de uso pudiera ser calificado en el caso concreto como medio peligroso*».

También la Sentencia 723/2004, de 4 de junio [LA LEY 13024/2004], considera de aplicación este subtipo cuando el acusado roza el pecho y el cuello de la víctima con una navaja mientras la penetra vaginalmente.

Una vez que el agresor ha hecho uso del arma o instrumento de modo peligrosos para la indemnidad de la víctima en el caso de la acción intimidatoria, es indiferente que tal uso permanezca durante toda la ejecución o que cese en algún momento de ella, pues la utilización ya ha sido realizada en la forma prevista por la Ley para que sea procedente la agravación (1081/2004, de 30 de septiembre [LA LEY 15/2005], y 264/2007, de 30 de marzo [LA LEY 14321/2007]).

CAPÍTULO II

De los abusos sexuales

Artículo 181.

1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses.

2. A los efectos del apartado anterior, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años, sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare.

3. La misma pena se impondrá cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima.

4. Las penas señaladas en este artículo se impondrán en su mitad superior si concurrieren la circunstancia 3.^a o la 4.^a, de las previstas en el apartado 1 del art. 180 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.2.^a, 67, 191 y 192 a 194.

El artículo fue reformado por la LO 11/1999, de 30 de abril.

El texto originario decía:

«1. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad sexual de otra persona, será castigado como culpable de abuso sexual con la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

2. En todo caso, se consideran abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten:

1.º Sobre menores de doce años.

2.º Sobre personas que se hallen privadas de sentido o abusando de su trastorno mental.

En estos casos, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

3. Cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima se impondrá la pena de multa de seis a doce meses».

Aspectos generales

En el CP de 1995 se diferencian, de un lado, los ataques contra la libertad sexual caracterizados por el empleo de la violencia o la intimidación como medios comisivos para doblegar o vencer la voluntad de la víctima, tipificados como «agresiones sexuales» del art. 178 —con los subtipos agravados de los arts. 179 y 180—, y de otro lado, los ataques a la libertad sexual en que, sin mediar violencia o intimidación para vencer la voluntad contraria, el sujeto activo no cuenta sin embargo con un verdadero consentimiento de la víctima, valorable como libre ejercicio de su libertad sexual. Estos otros ataques se configuran como «**abusos sexuales**» en el art. 181, con tres modalidades distintas recogidas en sus tres párrafos, aunque con penalidad única desde la reforma operada por LO 11/1999, de 30 de abril. Estas tres tipologías diferentes que antes de la reforma eran básica, agravada y atenuada, respectivamente, y que hoy están equiparadas en la penalidad, son: a) la del núm. 1, constituida sobre la general exigencia de que no medie consentimiento; b) la del núm. 2, que considera en todo caso como abuso no consentido el cometido sobre **menor de trece años**, o sobre **persona privada de sentido** o de cuyo **trastorno mental** se abusa, cuyo fundamento agravatorio estriba en la incompatibilidad que estas fases de inmadurez psicorgánica —menor de 13 años— o estos estados patológicos del sujeto —privación de sentido; trastorno mental— tienen con un verdadero consentimiento libre basado en el conocimiento de la trascendencia y significado del acto; y c) la del núm. 3, en la que, a diferencia de las anteriores, el consentimiento existe y se presta, pero sobre la base de una voluntad formada con el vicio de origen producido por una previa situación de superioridad aprovechada por el sujeto, lo que da lugar al llamado «**abuso de prevalimiento**» (740/2008, de 18 de noviembre [LA LEY 216119/2008]).

La Sentencia 1015/2003, de 11 de julio [LA LEY 122595/2003], sintetiza las conductas tipificadas en este Capítulo cuando manifiesta que los delitos de abusos sexuales definidos y castigados en los arts. 181 y 182 atentan contra la libertad sexual, no porque el sujeto pasivo sea violentado o intimidado, sino porque, o bien no tiene capacidad o madurez para prestar consentimiento a que otro disponga sexualmente de su cuerpo, o bien el consentimiento que presta ha sido viciado intencionadamente por el sujeto activo que se prevale de una situación de superioridad manifiesta. En este segundo tipo de delito, de menor gravedad que el primero, no existe ausencia sino déficit de consentimiento en el sujeto pasivo, determinado por una situación de clara superioridad de la que el sujeto se aprovecha. La definición legal de este tipo de abusos sexuales no exige, para su integración, que la víctima vea su libertad sexual anulada sino que la tenga limitada o restringida. Y, como recuerda la Sentencia 758/1999, de 12 de mayo [LA LEY 7347/1999], se entiende que no hay violencia típica cuando la desplegada por el autor del hecho no es previa, concurrente o determinante de la acción atentatoria a la libertad sexual que sufre el sujeto pasivo de la acción.

Tipo cualificado

El art. 181.2 contempla un tipo agravado por la cualidad del sujeto pasivo, considerando, en todo caso, abusos sexuales no consentidos los actos sobre **menores de trece años** o sobre personas que se hallen **privadas de sentido** o abusando de su **trastorno mental**. La edad a la que se hace referencia es la física y constituyen hipótesis de ausencia de consentimiento *ex lege*. La Sentencia 2033/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 11085/2003] aplica este tipo cuando la víctima está aquejada del síndrome de Down, con dificultades para expresarse, con una oligofrenia leve-moderada y con una edad cronológica de 16 años, siendo el acusado conocedor de todo ello.

Establece la Sentencia 1342/2003, de 20 de octubre [LA LEY 237/2004], que en tales supuestos la falta de consentimiento de los menores de trece años a los actos sexuales que con ellos se ejecuten es una presunción establecida en el art. 181.2 de abuso sexual.

La jurisprudencia ha considerado reiteradamente incluíble en el art. 181.2 el caso en el que la víctima se encuentra en una situación de pérdida de la capacidad para autodeterminarse en la esfera sexual, por padecer una situación de profunda alteración de las facultades perceptivas, que no le permite acomodar su actuación conforme al conocimiento de la realidad de los hechos, cabiendo encuadrar en tal situación a personas desmayadas, anestesiadas o narcotizadas, o, en suma, sometidas a los efectos de una droga o del alcohol, aun no exigiéndose una pérdida total de conciencia, bastando con que el sujeto tenga anulados de forma suficiente sus frenos inhibitorios, resultando no estar en situación de oponerse al acceso sexual, o no expresar una resistencia clara y precisa al mismo (680/2008, de 22 de octubre [LA LEY 169542/2008]).

No todo trastorno de la personalidad conduce a la comisión de un delito de abusos sexuales, sino exclusivamente cuando el mismo esté relacionado causalmente con el consentimiento prestado —«de cuyo trastorno mental se abusare»—, porque es la falta de consentimiento —o el consentimiento ineficaz— de la víctima lo que constituye uno de los elementos que caracterizan el tipo objetivo de los delitos contra la libertad sexual, en su faceta de abusos sexuales (542/2007, de 11 de junio [LA LEY 60965/2007]).

La Sentencia de 24 de septiembre de 2004 absuelve al recurrente porque los hechos probados no permiten aceptar, sin sombra de duda razonable, la incardinación en el tipo del art. 181.2, pues lo único que se desprende claramente de la Sentencia de instancia es la voluntariedad del paseo que dieron juntos la víctima y el acusado y el hecho de besarse mutuamente. Por el contrario, no precisa si ella consintió los supuestos abusos o no los consintió; no concreta el grado de minusvalía intelectual que padecía, y no parece razonablemente compatible un retraso mental moderado-leve con el conocimiento suficiente «de las cuestiones relativas a las relaciones sexuales».

La SAP de La Rioja de 25 de enero de 2005 [LA LEY 826/2005] incide en dos aspectos esenciales del tipo: la edad física de la víctima y su compatibilidad con la existencia de un error de prohibición en el autor. Así, sostiene que el mantenimiento de relaciones sexuales con una menor de trece años, sin violencia o intimidación, es una conducta incardinable en el delito de abusos sexuales no consentidos —arts. 181.2 y 182.1 CP—, al considerar irrelevante el consentimiento del sujeto pasivo por presunción legal. Aun cuando no haya existido prevalimiento o abuso de superioridad por parte del autor del hecho e incluso los factores psicológicos apuntan a un mayor grado de madurez en la víctima que en el acusado. Sin embargo, ello no obsta a la existencia del delito por cuanto el CP se refiere a la edad física, no a la mental o al grado de madurez, estableciendo una presunción *iuris et de iure* de falta de capacidad. Admite la concurrencia de la circunstancia de error de prohibición con la consecuencia de imponer la pena mínima. Razona que aunque no sea habitual en este tipo de conductas ninguna disposición legal impide su aplicación siempre que resulte patente el desconocimiento de la ilicitud del hecho ejecutado o su alta probabilidad delictiva. Y, en el caso concreto, el convencimiento relativo a la falta de conocimiento de la ilicitud del hecho era sincero. Así lo corroboran tanto el examen psicológico del acusado como las declaraciones de su propia madre, a lo que debe añadirse su escaso nivel cultural y en grado de madurez sensiblemente inferior a su edad cronológica. No obstante, califica el error como vencible —art. 14.3 CP— por cuanto que el procesado, con todas sus limitaciones, tenía la posibilidad de haber despejado cualquier duda sobre el particular, dado que conocía la edad exacta

de la menor y había entablado una previa relación de amistad, durante varias semanas, antes de mantener relaciones sexuales con ella.

Tipo privilegiado

El tipo penal del art. 181.3 acoge un tipo privilegiado de **abuso por prevalimiento** cuando, mediando el consentimiento, éste está viciado por la posición de superioridad o parentesco en que se encuentra el sujeto activo respecto a la víctima, que puede ser cualquier persona mayor de trece años. El tipo será de aplicación cuando el trastorno mental padecido no sea tan grave como para privar totalmente al sujeto de esa capacidad de conocer y decidir su comportamiento sexual en libertad, pero sí limite su autodominio colocándose en desventaja respecto de una persona totalmente normal que de ello se prevale o aprovecha (538/1999, de 9 de abril [LA LEY 5167/1999]). Se exige que esa posición prevalente ha de ser «manifiesta», notoria y evidente, es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una parte, así como «eficaz», es decir, que tenga relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre quien se ejerce, y puede proceder de cualquier situación: laboral, docente, económica, diferencia de edad, etc. En este sentido, es doctrina constante de la Sala que este prevalimiento consiste en una situación de superioridad o ventaja del sujeto activo sobre el pasivo y es apreciable en los supuestos de escaso cociente intelectual de la víctima (170/2000, de 14 de febrero [LA LEY 36519/2000], 64/2001, de 27 de enero [LA LEY 23643/2001] y 631/2001, de 16 de abril [LA LEY 5895/2001], 432/2002, de 8 de marzo [LA LEY 3409/2002], 868/2002, de 17 de mayo [LA LEY 4729/2002], y 1974/2002, de 28 de noviembre [LA LEY 1382/2003]). Si bien se recuerda que el dato objetivo de la diferencia de edad no es suficiente para crear, sin más, una situación de superioridad, pues también se ha dicho por esta Sala que es necesario que el desnivel y la posible disparidad de madurez entre una y otra persona, hayan sido aprovechadas por la de más edad, para obtener un consentimiento que, de otra forma, no se hubiera logrado (1816/2001, de 15 de octubre [LA LEY 8709/2001], y 298/2009, de 26 marzo [LA LEY 34604/2009]). Lo determinante, pues, es que entre el sujeto activo y el pasivo debe existir una relación de superioridad de aquél sobre éste, «de entidad suficiente para que coarte la libertad de la víctima» (631/2001, de 16 de abril [LA LEY 5895/2001]).

El supuesto del prevalimiento exige que la situación de superioridad coloque a la víctima en un estado o circunstancia tales que su consentimiento formalmente prestado no pueda valorarse como un ejercicio libre de su autodeterminación sexual. Las notables diferencias de edad, o la posición de autoridad o jerarquía del sujeto activo pueden ser idóneas para, en su caso, determinar un prevalimiento dolosamente aprovechado. Esto no significa que el delito exista en todos los supuestos en que falta la paridad o igualdad de situaciones, ni que la convivencia domiciliaria suponga ineludiblemente la falta de libertad para decidir, aceptar o rechazar una relación sexual por parte de quien es solicitado sexualmente por quien detenta las responsabilidades del grupo familiar. La situación exige unas condiciones de relevancia manifiesta para influir y coartar la libertad de la víctima (31/2009, de 27 de enero [LA LEY 1171/2009], y 35/2009, de 5 de enero [LA LEY 1938/2009]).

La Sentencia 978/2004, de 28 de julio [LA LEY 2564/2004], revoca la Sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de julio de 2003, que condenó por abuso sexual cometido por prevalimiento. La Sala Segunda recoge en dicha Sentencia el dato interesante de que las relaciones sexuales que fundamentaron un pronunciamiento condenatorio en la instancia lo son entre un hombre de 37 años de edad y un joven de 14, estimándose por el Tribunal *a quo*

que aquél se había aprovechado de la falta de madurez sexual del menor para que este accediera al contacto sexual, mientras que el Tribunal Supremo descarta la existencia del prevalimiento en base a la insuficiencia de prueba de cargo para efectuar la inferencia del elemento subjetivo del delito, absolviendo al acusado del delito de abusos sexuales, interpretando que el menor con 14 años de edad estaba en condiciones de prestar libremente su consentimiento para mantener relaciones sexuales con una persona veintitrés años mayor que él.

Jurisprudencialmente se ha señalado que la línea divisoria entre la **intimidación** y el **prevalimiento** puede ser difícilmente perceptible en los casos límite, como lo es la diferencia entre un consentimiento cercenado por la amenaza de un mal y el viciado que responde al tipo del abuso, donde la víctima en alguna medida también se siente intimidada. Sin embargo, este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquélla. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente, o carece objetivamente del componente normativo de la intimidación. La jurisprudencia ha señalado que ello implica la amenaza de un mal o perjuicio para la vida o la integridad física que sea grave e inmediato, amenaza realizada de palabra o mejor aun mediante actos concluyentes (26/2008 de 16 enero [LA LEY 1428/2008]).

Elementos objetivos

Es conocida la crítica expuesta por la doctrina a la técnica legislativa —un tanto compleja— empleada por el legislador para definir la figura del art. 181.1, pues, como ha declarado una conocida autora, *«una primera lectura del citado precepto hace difícil imaginar en qué clase de comportamiento estaría pensando el legislador cuando lo redactó»*, habida cuenta de que, en su ejecución, no debe concurrir violencia ni intimidación, tampoco el consentimiento de la víctima, así como los supuestos de que ésta sea menor de trece años, esté privada de sentido o tuviere un trastorno mental del que abusare el sujeto pasivo, por constituir éstos un subtipo agravado de esta figura penal. De ahí que dicha autora estime que las conductas típicas del art. 181.1 se reducirían prácticamente a los supuestos de «incapacidad para resistir» por parte de la víctima y a los denominados «abusos por sorpresa» —besos fugaces, tocamientos sorprendivos aprovechando lugares y situaciones de aglomeración, etc.—, si bien pone de relieve la cautela con que deben enjuiciarse este tipo de conductas, por el riesgo de llegar a calificar como delictivos determinados comportamientos que, por su nimiedad, no deben pasar de la consideración de meros actos burdos o groseros (1097/2007, de 18 de diciembre [LA LEY 250578/2007]).

La conducta típica consiste en una acción lúbrica proyectada en el cuerpo de otra persona, un contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significación sexual, cuya variedad es múltiple siempre que no represente un «acceso carnal», agrediendo así la libertad sexual de la víctima, sin emplearse violencia e intimidación contra ella y sin que medie consentimiento, considerándose abusos sexuales no consentidos los que se ejecuten sobre menores de trece años o por estar enajenada o privada de razón o sentido la víctima de los mismos, no siendo tampoco válido el consentimiento cuando se obtenga prevaliéndose el culpable de una situación de superioridad manifiesta que coarte la libertad de la víctima (1216/2006, de 11 de diciembre [LA LEY 154757/2006], y 1097/2007, de 18 de diciembre [LA LEY 250578/2007]).

Es indiferente que el contacto se realice por el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, o que sea éste quien lo lleve a cabo, por indicación o acción del primero, sobre el cuerpo de éste. En el primer supuesto se comprenden aquellos hechos realizados ordinariamente por sorpresa, sin conocimiento de la víctima y por tanto sin su aceptación previa (494/2007, de 8 de junio [LA LEY 52026/2007]).

Nuestro sistema, como es lógico, no impone a la persona que sufre un abuso sexual un formato específico para atribuir a su negativa el significado que sería propio de cualquier acto de afirmación de libertad sexual. Dicho con otras palabras, el rechazo de la víctima no puede sujetarse anticipadamente a reglas estereotipadas que sirvan de arriesgado criterio a la hora de decidir si un determinado episodio sexual ha sido o no efectivamente consentido. Bastará con que la víctima rehúse o decline un ofrecimiento sexual, sea cual fuere el formato con el que ese rechazo se escenifique, para que el delito pueda reputarse cometido. Será indispensable, eso sí, que la ausencia de consentimiento sea captada por el autor y, pese a todo, éste haga prevalecer su afán libidinoso frente a la objeción de la víctima, menoscabando con ello su libertad sexual (408/2007, de 3 mayo [LA LEY 42159/2007]).

Elementos subjetivos

El tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico. Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de un ánimo tendencial consistente en el llamado «ánimo libidinoso» o propósito de obtener una satisfacción sexual (1216/2006, de 11 de diciembre [LA LEY 154757/2006]). Generalmente, tal ánimo concurrirá en la conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica. Sin embargo, no puede descartarse la posibilidad de ejecución de actos que por su propia naturaleza o contenido son claramente atentatorios a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, en los que, sin embargo, el propósito del autor sea diferente al antes referido. En esos casos, la conducta objetiva es suficiente para entender cumplidas las exigencias del tipo, pues sin duda se afecta a la libertad sexual de la víctima. Desde el aspecto subjetivo, para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima. Ello sin perjuicio de que este aspecto venga acreditado cuando de los hechos resulte la concurrencia de aquel ánimo, pues de ser así, el conocimiento antes mencionado será evidente (494/2007, de 8 de junio [LA LEY 52026/2007]).

Consumación

La consumación se produce con el mero contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización con significado sexual, excluyéndose el acceso carnal, de tal manera que la introducción de objetos o penetración anal o bucal son constitutivos del tipo cualificado previsto en el art. 182. Así, la Sentencia 605/2003, de 4 de septiembre [LA LEY 135618/2003], dice que si bien no se puede discutir, con este entramado fáctico, que nos encontramos ante una modalidad básica inicial del delito de abusos sexuales, por existir un atentado contra la libertad e indemnidad sexual de otra persona —art. 181 CP—, en atención a la modalidad de las relaciones sexuales que consistieron en reiteradas penetraciones vaginales, debemos desplazar la penalidad hacia el art. 182.

El concepto de «acceso carnal» ha evolucionado en la doctrina de la Sala Segunda hasta estimar la consumación delictiva en los supuestos del denominado *coito vestibular*, consistente en

la penetración en la esfera genital externa (55/2002, de 23 de enero [LA LEY 3706/2002]); en consecuencia, el acceso carnal no depende de circunstancias anatómicas sino de consideraciones normativas (ATS 365/2001, de 17 de diciembre).

En cuanto a las formas imperfectas, la tentativa del art. 16.1 se da cuando la conducta sexual se exterioriza sin que se ejecute el acto material del contacto corporal, cuando iniciada o amagada la acción de tocar los pechos de una mujer, no se llega a realizar por oposición de ésta, esto es, por causa distinta del propio y voluntario desistimiento del autor.

Delito continuado

Son de aplicación las consideraciones realizadas en el Capítulo anterior. Hay que recordar que la Sala Segunda tiene declarado que el delito continuado constituye una figura jurídica que agrupa en una sola infracción compleja, sancionable como delito único, una serie de acciones homogéneas realizadas en momentos distintos con unidad resolutive, para lo cual deben concurrir: el elemento fáctico de la pluralidad de acciones, el subjetivo de actuar con dolo unitario o conjunto, y el normativo de la homogeneidad del precepto o preceptos infringidos.

Así pues, sólo es posible el delito continuado en los casos en que se trata de ataques al mismo sujeto pasivo, que se ejecutan en el marco de una relación sexual, de una cierta duración, mantenidas en el tiempo, que obedezca a un dolo único o unidad de propósito o al aprovechamiento de similares ocasiones por parte del sujeto activo, situación en la que no es fácil individualicen con sus datos concretos de lugar, fecha y características precisas de la acción, cada una de las infracciones o ataques concretos sufridos por el sujeto pasivo (374/2009, de 10 de marzo [LA LEY 40411/2009]).

Cuando en el marco de un delito continuado se integran abusos sexuales con y sin penetración, no cabe hacer distinciones entre unos y otros, pues ambos responden al mismo propósito del autor y al mismo dolo unitario de éste en lo que se ha denominado progresión en el delito, que infringen en el desarrollo del *iter criminis* preceptos penales menos graves y posteriormente más graves, pero que son «de igual o semejante naturaleza», tal y como establece el art. 74 CP. En consecuencia, la continuidad delictiva alcanza a los abusos sexuales sin penetración, que se integran en el *continuum* criminal ejecutado por el acusado y que debe ser sancionado con la pena establecida para el delito más grave en su mitad superior —abusos sexuales del art. 182.1.º y 2.º— (1018/2007, de 5 de diciembre [LA LEY 216880/2007]).

La Sala Segunda entiende que existe pluralidad, a efectos de apreciar la existencia de delito continuado de abusos sexuales, cuando en los hechos probados se habla de «distintas fechas no determinadas» y de «diversas ocasiones», considerándose suficiente que los abusos se hayan producido en dos ocasiones (1276/2001, de 29 de junio [LA LEY 7257/2001]). También ha admitido la aplicación del delito continuado en los supuestos de reiteración de abusos, entre los mismos sujetos, activo y pasivo, prevaleciéndose el primero de una misma relación o situación sobre el segundo, ya que los sucesivos abusos corresponden a un único propósito dirigido al mantenimiento en el tiempo de una situación que se proyecta en la continuidad y repetición de actos de similar naturaleza (2343/2001, de 11 de diciembre [LA LEY 222959/2001]). Sin embargo, la Sentencia 1582/2002, de 30 de septiembre [LA LEY 2023/2001], considera que el intento de violación cometido por el acusado no puede incardinarse en el delito continuado de abusos sexuales por el que también fue condenado; puesto que en la ejecución de aquél existe violencia, debe considerarse delito independiente.

Diferencia con otras figuras

La jurisprudencia ha situado la línea delimitadora del abuso sexual frente a la **falta de coacciones o vejaciones injustas**, en el ánimo lúbrico que ha de concurrir en el primero de los delitos y que, sin embargo, está ausente en la falta (416/1997, de 24 marzo [LA LEY 5418/1997]). También ha proclamado que todo atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el desvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 CP (909/2002, de 25 de mayo [LA LEY 7371/2002]). En otras ocasiones, sin embargo, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del Derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual. Resulta obligado atender a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes. En tales casos, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta (1302/2000, de 17 de julio [LA LEY 9957/2000], 949/2005, de 20 de julio [LA LEY 13259/2005] y 832/2007, de 5 de octubre [LA LEY 170359/2007]).

Artículo 182.

1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a 10 años.

2. La pena señalada en el apartado anterior se impondrá en su mitad superior cuando concorra la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el art. 180.1 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 23, 67, 179 y 180.

Redacción dada por LO 15/2003, que ha modificado el apartado 1.

En su redacción anterior dada por LO 11/1999, de 30 de abril, decía:

«1. En todos los casos del artículo anterior, cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías el responsable será castigado con la pena de prisión de cuatro a diez años».

Este art. 182 contiene dos calificaciones del delito de abusos sexuales tipificado en el art. 181, y debe ser examinado sin perder de vista el tipo cualificado específico de agresiones sexuales del art. 179, cuya actual redacción también le fue dada por la LO 15/2003. En consecuencia, son de reproducción los comentarios a dicho precepto.

De la misma manera, respecto al segundo párrafo y a su expresa remisión a las circunstancias 3.ª y 4.ª del art. 180.1, hay que acudir a lo que allí se recoge al comentar dichas circunstancias.

Ninguno de los dos párrafos del art. 182 son autónomos, sino que representan agravaciones de los abusos sexuales previstos en el art. 181 —al igual que los arts. 179 y 180 son agravaciones del delito de agresión sexual del art. 178—, siendo aplicables cuando la acción calificable como abuso sexual según el art. 181, consista precisamente en alguno de los comportamientos previstos en el art. 182. Y así lo evidencia, en primer lugar, la utilización por el art. 182 del concepto de abuso sexual que sólo se describe en el art. 181 en función de la presencia o ausencia del consentimiento —que es lo esencial en el abuso—, mientras que el art. 182, presuponiendo lo abusivo, se centra en la descripción de concretas acciones de especial significación y contenido sexual, que justifican por ello una mayor antijuridicidad respecto a la que ya es propia de cualquier comportamiento sexual por el hecho de ser abusivo, es decir, no consentido libremente por la víctima. Y de otra parte, así lo evidencia también el que el art. 182 establezca expresamente sus agravaciones de penas para los «casos de falta de consentimiento», que son los previstos en el art. 181.1 y 2, y los «de abuso de superioridad», previsto en el art. 181.3 (SAP 2.^a Madrid 99/2008, de 9 de julio [LA LEY 86615/2008]).

Cuando el abuso sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, es decir, lo que se denomina «penetración», ha de integrarse también, no sólo la conducta del sujeto activo que realice cualquiera de dichas actuaciones en su triple variante descrita en el precepto, sino que también ha de considerarse como penetración cuando el sujeto activo sea el que se «haga acceder carnalmente» por la víctima, tal y como señala el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2005 [LA LEY 117860/2005]: «*Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder*».

Este art. 182 contiene dos alternativas típicas conceptualmente independientes. Por un lado, se trata del acceso carnal sin consentimiento, para el que se prevé una pena de cuatro a diez años de privación de libertad. Por otro lado se prevé un segundo tipo, consistente en el acceso carnal mediante abuso de superioridad, cuya pena es la de uno a seis años de privación de libertad. Es indudable que cuando el abuso de superioridad se basa en la corta edad de la víctima, ambos tipos se superponen y, según lo prevé el art. 8.4.^a CP, se debe aplicar el precepto que establece la pena más grave. Por tanto, cuando la especial vulnerabilidad de la víctima sea consecuencia de no haber alcanzado los trece años de edad, la agravación que prevé el art. 182.2 no es aplicable, dado que la edad de la víctima ha sido tenida en cuenta para establecer la primera alternativa típica prevista en el art. 182 CP. Es claro que en tales casos rige el art. 67 CP, pues el legislador ya ha tenido en cuenta al describir la infracción penal la corta edad de la víctima. Por lo tanto, no es adecuado a la Ley valorar la diferencia de edad para establecer la tipicidad y al mismo tiempo para aplicar una circunstancia agravante. En la otra alternativa típica del art. 182, cuando el acceso carnal se consigue mediante abuso de superioridad, es necesario comprobar, en cada caso, que exista el plus de antijuridicidad que configura el subtipo agravado de ser la víctima especialmente vulnerable pues su aplicación automática podría vulnerar el *non bis in idem*. Como señala la Sentencia 1342/2003, de 20 de octubre, «*La edad (...) no puede ser ponderada, al mismo tiempo, para que los tocamientos eróticos del acusado sean conceptuados como no consentidos y para que dicha conducta resulte especialmente agravada, porque esa doble ponderación se encuentra claramente en contradicción con el principio non bis in idem*» (SAP 2.^a Santa Cruz de Tenerife 299/2007, de 19 de abril, [LA LEY 49687/2007] y SAP 15.^a Madrid 449/2008, de 7 de octubre [LA LEY 307416/2008]).

Artículo 183.

1. El que, interviniendo engaño, cometiere abuso sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, o multa de doce a veinticuatro meses.

2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª o la 4.ª, de las previstas en el art. 180.1 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 23, 67, 179 y 180.

Redacción dada por la LO 15/2003, que modifica el apartado 2 del precepto.

En su redacción originaria, dada por LO 11/1999, de 30 de abril, decía:

«2. Cuando el abuso consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, la pena será de prisión de dos a seis años. La pena se impondrá en su mitad superior si concurriera la circunstancia 3.ª o la 4.ª de las previstas en el art. 180.1 de este Código».

El art. 183 recoge el delito de abusos sexuales fraudulentos o mediante engaño, que, en su párrafo primero, tipifica la modalidad de abuso sexual genérico, equivalente a los contemplados en el art. 181.1, mientras que en el segundo se regulan los abusos específicos más graves, consistentes en el acceso carnal, introducción de miembros corporales u objetos o en la penetración anal o bucal.

Los engaños y ardidés son los elementos constitutivos del tipo penal, como medio comisivo fraudulento determinante de la obtención del consentimiento y del que se excluye, además, a toda persona mayor de dieciséis años para ser víctima de esta concreta figura delictiva (1487/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 10640/2000]). En caso de menor de trece años es de aplicación el art. 181.2.

La Sentencia 986/1997, de 14 de mayo, analiza la relevancia de la «puesta en escena» de este delito como medio del que se vale el sujeto activo para lograr el efecto engañoso sobre la víctima, en este caso menores. Así dice, no se trata tanto de la expresión de una mentira a través de la palabra cuanto de la introducción en un ámbito cerrado, la ambientación musical y la promoción de actividades generalmente no permitidas por los padres a tan corta edad —fumar tabaco o contemplar revistas pornográficas— constituye el inicio de un engaño que continúa de forma progresiva el hecho de que los menores acudiesen voluntariamente y en compañía de otros, o de que realizaran actos de carácter sexual con otros menores confirma el carácter engañoso del comportamiento del acusado. En efecto, el engaño implica la provocación de un error en la víctima sobre la trascendencia de la acción que realiza y no sobre la propia acción, que efectúa aparentemente de forma voluntaria. Por ese motivo, el engaño no provoca un comportamiento formalizado, sino un consentimiento que es tan sólo aparente, en la medida en que la víctima, especialmente inexperta,

ha sido introducida por el autor en un contexto en el que se producía una representación falsa o incorrecta sobre la trascendencia de sus acciones de carácter sexual.

CAPÍTULO III

Del acoso sexual

Artículo 184.

1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.

3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 191, 192, 193, 194, 443 a 445.

LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres: arts. 7, 48 y 62.

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público: art. 95.2.b).

RDL 5/2000, de 4 de agosto, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: arts. 8.13.

Redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

En su redacción anterior procedente de la LO 11/1999, de 30 de abril, decía:

«1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de arresto de seis a doce fines de semana o multa de tres a seis meses.

2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquella pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses.

3. *Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 del presente artículo».*

Ha sido la Comisión Europea, en su Recomendación de 27 de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, la que incluyó un código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, y que contiene una definición como la conducta de naturaleza sexual u otros comportamientos basados en el sexo que afectan a la dignidad de la mujer y del varón en el trabajo y que puede incluir comportamientos físicos, verbales o no verbales, en todo caso indeseados. Añade que la atención sexual se convierte en acoso sexual si continúa una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva y que lo que distingue al acoso sexual del comportamiento amistoso es que el primero es indeseado y el segundo aceptado y mutuo (1135/2000, de 23 de junio [LA LEY 9216/2000]).

Hasta la fecha, las dos únicas Sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo relativas a este tipo penal son la 1135/2000, de 23 de junio [LA LEY 9216/2000], y 1460/2003, de 7 de noviembre [LA LEY 65/2004].

Sujeto activo o pasivo puede serlo cualquiera, tanto el hombre como la mujer. La única particularidad es que el autor debe reunir determinadas condiciones relativas a su situación de superioridad en algunos de los ámbitos señalados en el tipo.

El núm. 1 del art. 184 recoge lo que se ha denominado «*acoso ambiental*», que, como señala la citada Sentencia 1135/2000 [LA LEY 9216/2000], no requiere el aprovechamiento de una situación de superioridad, siendo suficiente que la solicitud de contenido sexual hubiera provocado en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, y este tipo básico se presenta agravado cuando se hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica o con el anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación.

La otra Sentencia, de 7 de noviembre de 2003 [LA LEY 65/2004] («Caso Nevenca»), resume los elementos que deben concurrir en el delito de acoso sexual: a) la acción típica está constituida por la solicitud de favores sexuales; b) tales favores deben solicitarse tanto para el propio agente delictivo, como para un tercero; c) el ámbito en el cual se soliciten dichos favores lo ha de ser en el seno de una relación laboral, docente o de prestación de servicios continuada o habitual; d) con tal comportamiento se ha de provocar en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante; e) entre la acción que despliega el agente y el resultado exigido por la norma penal debe existir un adecuado enlace de causalidad; f) el autor tiene que obrar con dolo, no permitiendo la ley formas imprudentes en su comisión.

La petición de favores sexuales debe resultar inequívoca pero no necesariamente debe ser expresa, pudiendo derivarse de actos o comportamientos implícitos, cualquiera que sea el medio de expresión utilizado, de tal modo que dicha conducta resulta indeseada, irrazonable y ofensiva para quien la sufre (AAP 4.^a Madrid 529/2008, de 29 de mayo [LA LEY 250107/2008]).

La doctrina penal ha entendido que es un delito de mera actividad y que éste se consuma con la realización de la conducta típica, esto es, con la solicitud de un favor o favores

sexuales en los ámbitos descritos en el tipo, sin necesidad de que, como consecuencia de la acción, el autor busque o persiga una situación objetiva o grave de hostilidad, humillación o intimidación, aunque esta situación, como condición objetiva, deberá concurrir para su punición como delito de acoso sexual (SAP 2.^a Valladolid 281/2007, de 4 de diciembre [LA LEY 288572/2007]).

El núm. 2 da cabida al tipo agravado de prevalimiento, que exige la existencia de una relación preexistente de superioridad de cualquier clase. Y en el núm. 3 la agravación se aplica en consideración a la vulnerabilidad de la víctima.

Dirigirse a una mujer con exclamaciones tales como *«que polvo tienes, que buena estás, como tenía de ajustados los pantalones, o vente a vivir conmigo que estarás como una reina»*, no supone solicitud de favor sexual alguno, pues no puede confundirse la manifestación verbal de contenido sexual —como las descritas— con la petición expresa o tácita de la ejecución de cualquier acto de naturaleza sexual. Evidentemente, dichas expresiones pudieron molestar a la mujer, pero como mucho constituyen una vejación y no un delito de acoso sexual (SAP 1.^a Cantabria 2293/2008, de 20 de octubre [LA LEY 296168/2008]). La calificación jurídica como falta de vejaciones ha de reservarse a supuestos en los que la entidad intrínseca de la conducta y su contexto circunstancial no permitan hablar propiamente de atentado a la libertad sexual de la víctima, sino más bien a su pudor, al respecto debido a las personas o a las normas de comportamiento social. Aunque la jurisprudencia rechaza de modo general la calificación de vejación injusta cuando está presente un ánimo lúbrico, lo cierto es que determinados actos con un trasfondo sexual pueden ser calificados como falta en su modalidad de vejación injusta de carácter leve, cuando se den una serie de circunstancias, normalmente un ataque de carácter verbal o material en el que el sujeto activo se limita a invadir de modo superficial o leve la intimidad corporal o el patrimonio moral de una persona con actos que revelan un simple propósito de ofender o vejar levemente y sin que sean sugerentes de propósitos más incisivos sobre la libertad sexual de la persona, tales como los leves tocamientos externos a través de la ropa con carácter fugaz o casi subrepticio, o actos de naturaleza semejante en lo que no existen datos de hecho de carácter complementario, que exteriorizan un propósito más firme y agresivo. El término vejar, en la medida que encierra la idea de molestar o incomodar, parece que responde a un concepto menos intenso que el de acosar, que más se aviene a la idea de apremiar, o «perseguir, sin darle tregua ni reposo, a un animal o persona», como literalmente lo define el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia (SAP 8.^a Cádiz 129/2008, de 21 de abril [LA LEY 97798/2008]).

CAPÍTULO IV

De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

Artículo 185.

El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 20.4.

CP: arts. 25 y 189.

CC: art. 315.5.º

LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y de modificación parcial del CC y de la LEC.

Ley de Prensa e Imprenta: art. 64.2.

RD 3449/1977, de 16 de diciembre, por el que se regula la publicidad exterior de espectáculos, desarrollado Orden de 28 de abril de 1978 y Orden de 17 de julio de 1978.

RD 262/1978, de 27 de enero, sobre libertad de representación de espectáculos teatrales.

RD 1189/1982, de 4 de junio, sobre regulación de determinadas actividades inconvenientes o peligrosas para la infancia.

RD 2332/1983, de 1 de septiembre, regulador de la venta, distribución y exhibición pública de material audiovisual, desarrollado por la Orden de 14 de enero de 1984.

RD 81/1997, de 24 de enero, por el que se desarrolla parcialmente la L 17/1994 de 4 de junio, de Protección y Fomento de Cinematografía, y se actualizan y refunden normas relativas a la realización de películas en coproducción, salas de exhibición y calificación de películas cinematográficas.

Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del Cine.

Redacción dada por la LO 15/2003. La redacción anterior, dada por LO 11/1999, de 30 de abril, decía:

«El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses».

Elementos objetivos

Conducta típica

La acción típica consiste en ejecutar el propio sujeto activo o hacer ejecutar a otros actos de exhibición obscena, para provocar el instinto sexual de los sujetos pasivos e implicarlos en los propósitos lascivos del sujeto activo.

Sujeto activo y pasivo

Sujeto activo puede serlo cualquiera, pues el tipo no establece ninguna limitación. Como se ha visto, el tipo cita expresamente como autores tanto al que directamente ejecuta los actos cuanto al que los hace ejecutar a terceros.

El sujeto pasivo ha de ser necesariamente un menor de edad o un incapaz.

Consumación

La SAP 3.ª Valencia 17/2009, de 14 de enero [LA LEY 6803/2009], apreció la tentativa en la conducta de quien se desabrochó los botones de la bragueta del pantalón y sacó su pene por la abertura para exhibírselo a una menor, que, sin embargo, no llegó a ver los genitales gracias a la rápida intervención de un tercero que le giró la cara en la dirección opuesta.

Diferencias con la agresión sexual

Ya la Sentencia 1153/1998, de 6 de octubre [LA LEY 29/1999], establece la distinción entre este delito de exhibicionismo del art. 185 y el de agresión sexual del art. 181, ambos del actual Código Penal. Así, señala que «el acusado le hizo gestos con la mano de estar masturbándose», lo que constituye el primero de los delitos, mientras que «agarrar a la víctima por la cintura abrazándola y frotándola contra sí con intención lúbrica» es un delito de agresión sexual del art. 178.

Atendiendo a la exigencia de un propósito de mero exhibicionismo para conformar este tipo penal, la Sentencia 1730/2001, de 2 de octubre [LA LEY 173486/2001], dice que aunque el relato fáctico dice en efecto que el acusado se bajó los pantalones exhibiendo sus genitales a unas menores, tal comportamiento, lejos de responder a un simple propósito exhibicionista, fue un acto singular, integrado en una acción de mayor alcance presidida por el propósito criminal de lograr el contacto sexual con las menores, a las que primero propuso que le masturbasen, mostrando entonces sus órganos y seguidamente, ante la negativa de éstas, las retuvo contra su voluntad cogiéndolas por los brazos con tal finalidad. De este modo, la exhibición de sus órganos no tiene una significación penal autónoma al quedar absorbida por la agresión sexual que desarrolló el acusado en una imperfecta ejecución, desde el punto de vista de su plan criminal.

Precisamente porque el ánimo del sujeto activo era provocar el instinto sexual de los menores e involucrarles en su propósito lascivo, la Sentencia 94/1999, de 10 de febrero [LA LEY 3172/1999], considera que se da el delito de exhibicionismo cuando el autor baja los pantalones a un menor y muestra el pene a los otros niños allí presentes.

Artículo 186.

El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CP: art. 185.

Decisión Marco de 22 de diciembre de 2003 del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.

Redacción dada por la LO 15/2003. La redacción anterior dada por LO 11/1999, de 30 de abril, decía:

«El que, por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de seis a doce meses».

Bien jurídico protegido

Es la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores o incapaces, esto es un conglomerado de intereses y valores: la preocupación o interés porque los menores tengan un desarrollo de

la personalidad libre, sin injerencias extrañas a sus intereses, un desarrollo psicológico y moral sin traumatismos y sin bienestar psíquico, esto es el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad (51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]).

Elementos objetivos

Objeto material

La Ley penal no nos ofrece una definición de lo que considera **pornografía** a los efectos de los arts. 186 y 189 CP. Tampoco nuestro ordenamiento jurídico realiza definición alguna en aquellos aspectos que dispensa una protección, fundamentalmente administrativa, ni tampoco los convenios internacionales sobre la materia. Igualmente, la jurisprudencia ha sido reacia a descripciones semánticas sobre esta cuestión, sin duda por entender que el concepto de pornografía está en función de las costumbres y pensamiento social, distinto en cada época, cambiante, y conectado con los usos sociales de cada momento histórico. La Sentencia de 5 de febrero de 1991 (LA LEY 1516/1991) llegó a enfatizar que se trataba en suma de «*material capaz de perturbar, en los aspectos sexuales, el normal curso de la personalidad en formación de los menores o adolescentes*». En este mismo sentido, las normas administrativas reguladoras de su proscripción o restricción, parifican tal material como aquel que resulte perjudicial para el desarrollo de la personalidad de los menores. Parece conforme con esta interpretación que la pornografía, es aquello que desborda los límites de lo ético, de lo erótico y de lo estético, con finalidad de provocación sexual, constituyendo por tanto imágenes obscenas o situaciones impúdicas. Todo ello sin perjuicio de que, en esta materia, las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social, como impone el art. 3.1 CC (1553/2000, de 10 de octubre [LA LEY 149/2001], 373/2006, de 8 de marzo [LA LEY 23440/2006], y 51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]).

La SAP de Valencia de 31 de diciembre de 2003 recuerda que han sido dos las opiniones en torno al concepto de pornografía, la que toma en cuenta el contenido exclusivamente libidinoso, tendente a la excitación sexual y atentatorio a las pautas convencionales de una representación sexual, y la que fija la atención en la carencia de todo valor literario, artístico, científico, educativo y su exclusiva fijación sexual. Para la consideración de que un material o grabación sea pornográfico se precisa que el mismo consista en una inmersión en la obscenidad más grosera y procaz, recreándose en ella sin otro fin que el de conseguir la excitación sexual de quien lo contemple, y además que aquél no tenga un valor literario, artístico, científico o pedagógico.

Conducta típica

Son varios los requisitos objetivos que exige el tipo penal del art. 186: a) la difusión, venta o exhibicionismo de material calificable como pornográfico; b) la mecánica comisiva permite que tal conducta se realice por cualquier medio directo; y c) que los destinatarios de la acción sean menores de edad o incapaces (1553/2000, de 10 de octubre [LA LEY 149/2001], y 51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]).

La Sentencia 1015/2003, de 11 de julio [LA LEY 122595/2003], considera que se cumple el tipo cuando se muestra a los menores revistas de desnudos e imágenes de inequívoca pornografía infantil guardadas en el ordenador, facilitando la clave de acceso al disco duro, pues semejante acción, que no podía tener más finalidad que la de excitar el instinto sexual del menor para prepararlo a consentir en los actos que con él quería realizar, tiene claramente el significado de una

exhibición directa de material pornográfico que el art. 186 define como delito por el mero hecho de que la exhibición se haga ante un menor de edad o incapaz.

Elementos subjetivos

La conducta ha de ser sea dolosa o intencional, cualquiera que sea la motivación última que tuviere el autor al realizar la acción descrita en el tipo. No se exige un especial elemento subjetivo del injusto, como atentar contra la formación o educación de los destinatarios, aunque tal finalidad esté ínsita en el reproche penal que fundamenta tal precepto (1553/2000, de 10 de octubre [LA LEY 149/2001], y 51/2008, de 6 de febrero [LA LEY 8964/2008]).

Aunque el abuso de confianza está normalmente incluido en la mecánica comitiva, ya que si no existe una cierta relación de confianza previa entre el autor y la víctima este tipo de delitos difícilmente puede cometerse (1489/1994, de 19 de julio [LA LEY 3725/1994]), lo cierto es que cabe aplicar la circunstancia agravante de abuso de confianza del art. 22.6.^a cuando existe una especial relación de confianza de la que se aprovecha conscientemente el autor para la ejecución, constituyendo ese quebrantamiento del deber especial de fidelidad que sobre él pesaba un plus de antijuridicidad, que debe tener también su especial consideración a los efectos de la sanción penal que corresponde ser aplicada (1066/2007, de 17 de diciembre [LA LEY 232466/2007]).

CAPÍTULO V

De los delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores

Artículo 187.

1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Incurrirán en la pena de prisión indicada, en su mitad superior, y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 12, 22.2 y 39.4.

CP: arts. 24, 25, 67, 129, 318 bis y DA 2.^a

CC: art. 315.

LOPJM.

LECrim.: art. 282 bis.

LOPJ: art. 23.4.e).

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada el 30 de noviembre de 1990). Y Protocolo Facultativo a dicha Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York en 25 de mayo de 2000 (Instrumento de ratificación, *BOE*, 31.1.2002).

Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación de los niños y la pornografía infantil.

Aspectos generales

Tipos agravados

Subtipo párrafo 2.º

Para que pueda ser aplicada la agravación, el sujeto activo ha de ostentar la cualidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público en los términos establecidos en el art. 67 CP, y prevalerse de su condición para la realización del delito.

Se ha apreciado en el caso de conserje de biblioteca municipal que aprovecha la ocasión de que el menor, alumno de un instituto de la misma localidad, acude a la biblioteca con asiduidad para ir trabando amistad y ganarse su confianza con fines libidinosos (AP Barcelona, Sección 7.ª, 327/2004, de 17 de marzo).

El hecho de que el acusado tuviera la condición de agente de la autoridad como Policía Local no integra el subtipo agravado, al no apreciarse en qué modo se prevalía de dicha condición para la realización de sus ilícitos designios, máxime cuando otras jóvenes se habían negado a acceder a los deseos del agente bastando con ello para que éste abandonase sus propósitos respecto de éstas, pues, en definitiva, el único medio del que se valía era el del ofrecimiento y entrega de dinero, en la misma posibilidad en la que se hubiera desenvuelto de no ostentar su condición de Policía Local (992/2005, de 28 de julio [LA LEY 2036262/2005]).

Subtipo párrafo 3.º

Ver también comentario al art. 189 CP.

La existencia de una asociación u organización para delinquir supone algo más que el mero concierto de varias personas para la realización de una determinada infracción criminal. Es preciso que el acuerdo lleve a la formación de una estructura, siquiera sea elemental, en la que haya una dirección y una jerarquía que planifique y conjunte las diversas actividades de los miembros del grupo. La existencia de dos personas que proponen a una tercera trasladarse a otro país para dedicarse a la prostitución, le pagan el viaje y facilitan su conexión, en el punto de destino, con la persona que se propone explotar aquella inmoral actividad, debe ser definido como una acción criminal concertada en que los codelincuentes asumen distintos papeles —captación, envío y recepción del inmigrante ilegal—, pero no forzosamente una asociación u organización. Aunque el tipo agravado se integra con la pertenencia a una organización o asociación «incluso de carácter transitorio», no debe perderse de vista que no es fácil declarar compatible, en la práctica, la transitoriedad de una actividad con la dedicación a la misma, por lo que conviene no ser demasiado flexible en la exigencia de los elementos que pueden conformar una organización o asociación dedicada a la comisión de ciertos delitos a fin de no incluir en dicha categoría, como forma tran-

sitoria de la misma, cualquier supuesto de codelinuencia compleja (1306/2003, de 6 de octubre [LA LEY 471/2004]).

Bien jurídico protegido

Es la libertad sexual de los menores e incapaces, quienes no pueden prestar un consentimiento válido a los requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución (1/1998, de 12 de enero [LA LEY 1111/1998]), bien porque aún no son capaces de decidir libremente, bien porque están patológicamente incapacitados para ello (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999] y 691/2002, de 15 de abril [LA LEY 72394/2002]), libertad sexual que resulta lesionada al ser víctimas de una actividad cuando su inmadurez no les permite ejercer libremente su sexualidad (543/1997, de 14 de abril [LA LEY 5630/1997]) y que, en consecuencia, no se tutela sólo en sí misma contra coacciones violentas o intimidatorias, sino también en la libre formación de la voluntad (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]).

También lo es el derecho de los menores e incapaces a un adecuado proceso de formación y desarrollo sexual, lo cual impone procurar activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre una voluntad inmadura, viciando su consentimiento (921/1996, de 22 de noviembre [LA LEY 269/1997], 1029/1996, de 18 de diciembre [LA LEY 2201/1997], 1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000], y 76/2007, de 30 de enero [LA LEY 3288/2007]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Sujeto activo del delito puede ser tanto el que actúa de intermediario en la operación como el que da el dinero a cambio de su propio goce libidinoso, y también cuantos participan en el hecho bien en calidad de inductores, cooperadores necesarios o cómplices (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003]).

Lo es quien actúa de intermediario en la operación, es decir, el que se enriquece con las relaciones que mantienen terceros con menores, explotando el comercio carnal ajeno (1/1998, de 12 de enero [LA LEY 1111/1998]), como el propietario de un bar que pone al menor en contacto con clientes interesados y facilita un apartamento que tenía arrendado para que se llevaran a cabo los servicios sexuales, cobrando por ello una cantidad en metálico (426/2003, de 26 de marzo [LA LEY 58942/2003]), o el padre que facilita la relación sexual de su hija mayor de edad, pero deficiente, de forma periódica con un tercero a cambio de dinero (691/2002, de 15 de abril [LA LEY 72394/2002]).

También el «cliente», es decir, quien directamente satisface sus deseos sexuales pagando a los menores o incapaces por ello (1154/1994, de 4 de junio [LA LEY 3430/1994], 1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999] y 1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000]).

Sujeto pasivo

Es el menor de dieciocho años, resultando irrelevante que esté de acuerdo en prostituirse (1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000]) o se encontrara ya prostituido (1/1998, de 12 de enero [LA LEY 1111/1998]), pues el Ordenamiento Penal no concede su tutela únicamente a los menores «honestos», sino a todos ellos por su mera condición de menores —o incapaces—,

cuya limitada capacidad de conocimiento y voluntad puede ser objeto de abusos (76/2007, de 30 de enero [LA LEY 3288/2007]). En el Pleno celebrado el 12 de febrero de 1999, la Sala Segunda del TS apreció que una relación sexual con un menor mediante precio puede ser constitutiva de delito aunque el menor ya hubiese practicado la prostitución con anterioridad, habiendo de estar a cada caso concreto, atendiendo a la naturaleza de los actos, su reiteración y a la edad temprana del menor, para alcanzar el convencimiento de que el ofrecimiento de dinero por el adulto sea determinante de que el menor se mantenga en la prostitución (1207/1998, de 7 de abril 1999 [LA LEY 6859/1999] y 1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000]).

También lo es el incapaz en el sentido que ofrece la definición que se contiene en el art. 25 CP (691/2002, de 15 de abril [LA LEY 72394/2002] y 1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003]).

Conducta típica

Consiste en iniciar al menor o incapaz en la prostitución o inducir, promover, favorecer o facilitar que se mantenga en ella, requiriendo el concepto *prostitución* un móvil de beneficio económico (1195/2001, de 13 de junio [LA LEY 7851/2001]), lo cual significa «hacer que alguien (en este caso el menor o incapaz) se dedique a mantener relaciones sexuales con otra persona a cambio de dinero» (724/2000, de 17 de abril [LA LEY 7474/2000]).

Dos son los requisitos cuya concurrencia se exige para la apreciación del delito (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003]): a) que el sujeto pasivo sea un menor de 18 años o un incapaz, según la definición que nos ofrece el art. 25 CP, es decir, una persona que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernarse por sí misma, debiendo entenderse que esa facultad de gobierno ha de referirse al ámbito de lo sexual; y b) el núcleo de la acción delictiva ha de consistir en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución del mencionado menor o incapaz.

El concepto básico, acerca del cual gira esta figura de delito, es el concepto de «prostitución» que, en síntesis, se puede definir como la situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero (1207/1998, de 7 abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]). Quien permite o da acceso carnal a cambio de dinero, de forma más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003]).

El concepto de prostitución se contempla en este delito desde una perspectiva de futuro, pues lo que configura el ilícito penal no es la prostitución en acto, sino el hecho de que el comportamiento del sujeto activo del delito constituya una incitación para que el menor o incapaz se inicie (aunque sea en una época posterior) en tal actividad de comercio carnal, o bien se mantenga en la que ya ejerce. Nos hallamos ante un delito en el que lo que importa para su incriminación no es el acto en sí mismo realizado, sino que pueda servir como vehículo para esa dedicación a la prostitución, para iniciarse en ella, aunque sea después, o para mantenerse en la misma (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003]).

Cuando se trata de una persona menor de edad o incapaz es suficiente para que la acción sea delictiva que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, sin duda porque la Ley

parte del supuesto de que el consentimiento prestado por el menor o incapaz a los meros requerimientos o facilidades de quienes pretenden su prostitución no puede ser considerado válido ni justificar jurídicamente la conducta de aquéllos. El atentado a su libertad sexual existe aunque no se le coaccione ni engañe, aunque no se abuse de su situación de necesidad y aunque el sujeto activo no se prevalga de su superioridad. Basta que se induzca, promueva, favorezca o facilite su prostitución, con independencia de que constituya un delito más grave, art. 188.4 CP, si se emplean los medios comisivos de violencia, intimidación o engaño o abusivos que se detallan en el art. 188.1 CP (1536/2004, de 20 de diciembre [LA LEY 10730/2005]).

Cualquier acto aislado de prostitución con menores, conociendo dicha condición, no resulta por sí mismo subsumible en la conducta delictiva, sino que debe examinarse en cada caso (atendiendo a la reiteración y circunstancias de los actos y a la edad más o menos temprana del menor) si la actuación del «cliente» induce o favorece el mantenimiento del menor en la situación de prostitución, aunque en los casos de prostitución infantil ordinariamente ha de considerarse que el ofrecimiento de dinero por un adulto puede ser suficientemente influyente sobre la voluntad del menor para determinarle a realizar el acto de prostitución solicitado, estimulando y arraigando su dedicación a esta actividad (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]). La reiteración de acciones de carácter sexual a cambio de dinero, realizadas por el sujeto activo sobre el mismo menor, constituye un supuesto en el que se favorece su prostitución o su corrupción (1154/1994, de 4 de junio [LA LEY 3430/1994]).

El delito se comete independientemente de cuál sea el acto de contenido sexual realizado con el menor o incapaz —masturbaciones, felaciones (1308/2001, de 2 de julio [LA LEY 1181/2002])—, sin que sea necesario que se llegue a la penetración vaginal, bastando tocamientos libidinosos y lascivos por todo el cuerpo a cambio de cantidades de dinero (543/1997, de 14 de abril [LA LEY 5630/1997], 691/2002, de 15 de abril [LA LEY 72394/2002] y 1075/2003, de 21 de julio [LA LEY 1460645/2003]; AP Barcelona, Sección 10.^a, 1105/2004, de 2 de diciembre), siempre que se favorezca la dedicación de los menores a la actividad de prostitución (992/2005, de 28 de julio [LA LEY 2036262/2005]).

Lo esencial es que haga participar a los menores o incapaces en comportamientos de naturaleza sexual, lo cual les perjudica en la evolución y desarrollo de su personalidad (1386/2003, de 24 de octubre). No se requiere el empleo de medios coactivos ni violentos (543/1997, de 14 de abril [LA LEY 5630/1997] y 947/1997, de 14 de mayo), ni que el sujeto activo se prevalga de su superioridad (647/1998, de 7 de mayo [LA LEY 7858/1998]), pues si así fuera, el hecho tendría encaje en la figura agravada del art. 188.3.º CP (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]), sino que se pone el acento en el abuso de la inexperiencia de la víctima, de modo que su voluntad resulta jurídicamente irrelevante para la ejecución de la conducta punible (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]).

En ocasiones se ha exigido el requisito de la «habitualidad y generalidad» (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]) porque el principio de legalidad no permite subsumir en el tipo cualquier acto sexual conseguido mediante precio con menor o incapaz, sino que es necesario, además, que ello suponga o determine un cambio cualitativo con respecto al anterior comportamiento sexual del inducido (1/1998, de 12 de enero [LA LEY 1111/1998]). Sin embargo, en otras ocasiones se ha suprimido dicho requisito para el caso de los menores (724/2000, de 17 de abril [LA LEY 7474/2000]).

La exhibición por parte del acusado de revistas pornográficas al menor y la posterior invitación para que le hiciera una felación, que finalmente no logró, constituye un delito de abuso sexual en grado de tentativa y no un delito de prostitución infantil (647/1998, de 7 de mayo [LA LEY 7858/1998]).

Es comportamiento típico no sólo el inicio en la actividad sexual, sino también el mantenimiento en la misma, pues la prostitución no puede ser considerada como una especie de «*estado irreversible*», así que el menor ya iniciado no pierde por ello la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que abusen de su limitada capacidad de conocimiento y voluntad contribuyendo a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]).

Elementos subjetivos

Requiere la presencia de dolo consistente en el conocimiento por parte del sujeto activo de que la persona que se prostituye es menor de edad o incapaz, conocimiento que, ante la negativa del autor, hay que deducir de los elementos externos que están presentes en la relación sexual como pueden ser el aspecto físico del menor, su previa relación con el explotador o el lugar donde la actividad se desarrolla (1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000]). Cabe dolo eventual respecto de la edad (1251/1997, de 3 de noviembre [LA LEY 11033/1997]).

El error en cuanto a la edad o condición de incapaz determina la impunidad al no existir la modalidad imprudente, pero debe probarse como cualquier otra causa de irresponsabilidad sin que sea bastante con la mera alegación, de tal forma que el desconocimiento de la edad del menor ha de ser acreditado por quien alega la exculpación sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado (947/1997, de 14 de mayo). Si el autor no era consciente de la minoría de edad de la persona prostituida aunque objetivamente lo fuera, no podrá ser castigado, máxime cuando la menor le presentó un pasaporte falsificado y aparentaba mayor edad de la que realmente tenía (AP Gerona, Sección 3.^a, 367/2004, de 10 de mayo [LA LEY 1584/2004]).

No es precisa la concurrencia de un ánimo especial directamente encaminado a conseguir la perversión sexual de los sujetos pasivos, su dedicación e inclinación a la prostitución (19/1997, de 22 de enero [LA LEY 1503/1997]), sino que basta con que de la conducta del sujeto activo se derive o pueda derivar, de forma natural, la corrupción del menor mediante la vida sexual prematura, envilecedora y degradante que con estos actos delictivos se producen, radicando la trascendencia del hecho en que al iniciar al menor anticipadamente en el sexo de manera evidentemente perversa, se impide quizá que cuando alcance la plenitud de su personalidad pueda optar libremente por lo que su instinto y su libertad le sugiera, de acuerdo también con el instinto y la libertad de la pareja por él pretendida (732/1997, de 19 de mayo [LA LEY 6089/1997]).

Consumación

Se trata de un delito de mera actividad, de tendencia o de resultado cortado (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003], 19/1997, de 22 de enero [LA LEY 1503/1997] y 732/1997, de 19 de mayo [LA LEY 6089/1997]), no siendo preciso para la comisión de estos delitos la producción de los nefastos efectos que los mismos pretenden evitar (724/2000, de 17 de abril [LA LEY 7474/2000], y 152/2008, de 8 de abril [LA LEY 20922/2008]).

Autoría y participación

Es autor del delito el dueño de un bar frecuentado por homosexuales que, al margen de prestar los servicios propios de un establecimiento de esta naturaleza, les concertaba citas con jóvenes menores de edad con objeto de que, a cambio de una cierta cantidad de dinero mantuvieran relaciones sexuales con ellos, llegando en alguna ocasión, incluso a proporcionar por una determinada cantidad una vivienda donde mantenerlas (2231/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 211988/2001]).

Lo es también quien lleva a una menor desvalida a un bar y allí le proporciona clientes para que le realicen tocamientos a cambio de dinero (AP Barcelona, Sección 10.ª, 1105/2004, de 2 de diciembre).

Son cómplices los camareros que en el local donde se realizaban las actividades de prostitución no se limitaban a servir las comidas o alimentos que consumían los clientes, sino que sus cometidos se extendían, porque así estaba convenido, a cobrar el uso de los reservados, entregar las sábanas y suministrar preservativos (1743/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 4868/2000]), pues prestaban un auxilio eficaz favorecedor del resultado, aunque accesorio y secundario sin el cual el hecho criminal también era posible.

Es autor el sujeto que trasladó a las menores en contra de su voluntad desde Castellón a Alicante con finalidad exclusiva de situarlas en el ejercicio de la prostitución y que, ya en esta ciudad y actuando bajo las órdenes de otras personas, coadyuvó en su mantenimiento en dicho ejercicio con una colaboración activa, llevándolas desde los apartamentos y chalé donde residían y los distintos lugares en los que ejercían la prostitución, con el consiguiente control de las mismas, independientemente de que no fuese él, sino un tercero, al parecer su jefe, quien recibía el dinero y efectuaba los actos coactivos sobre las menores (1536/2004, de 20 de diciembre [LA LEY 10730/2005]).

Concursos

No cabe considerar **delito continuado** cuando hay varias víctimas, sino que habrá tantos delitos como sujetos pasivos (992/2005, de 28 de julio [LA LEY 2036262/2005]). Si hay una reiteración de conductas respecto de una misma víctima, habrá sólo un delito (1308/2001, de 2 de julio [LA LEY 1181/2002]).

Se ha apreciado **concurso real** con abusos sexuales o agresión sexual (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003] y AP Barcelona, Sección 7.ª, 327/2004, de 17 de marzo), con detención ilegal (1536/2004, de 20 de diciembre [LA LEY 10730/2005]) y con utilización de menores en la elaboración de material pornográfico (SAP 2.ª Baleares 38/2005, de 11 de febrero [LA LEY 2060/2005]).

Artículo 188.

1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos o cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma.

2. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, a los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

3. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

4. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 25, 67, 129 y 318 bis.

CC: art. 315.

LECrím.: art. 282 bis.

LOPJ: art. 23.4.e).

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Su anterior versión era:

«1. El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Será castigado con las mismas penas el que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior, y además la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, a los que realicen las conductas descritas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

4. Si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz, para iniciarla o mantenerla en una situación de prostitución, se impondrá al responsable la pena superior en grado a la que corresponda según los apartados anteriores.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida».

Aspectos generales

Se tipifica en este precepto la *prostitución coactiva*, contemplándose un agravamiento de la pena si el sujeto pasivo es un menor o incapaz.

A partir de la reforma del año 2003, de 29 de septiembre, son también punibles las conductas lucrativas explotando la prostitución de otra persona aunque hubiere consentimiento de ésta. Con anterioridad a dicha reforma, el proxenetismo era una conducta penalmente atípica, siendo necesario un acto positivo del legislador en el año 2003 para introducir tal acción como delito (SAP 3.ª Gerona 367/2004, de 10 de mayo [LA LEY 1584/2004]).

Por último, el apartado 4 excluye expresamente el concurso ideal o medial de la prostitución coactiva con las agresiones y abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.

Tipos agravados

Subtipo párrafo 2.º

Se producirá la agravación de la pena si el sujeto activo ostenta la cualidad de autoridad, agente de la misma o funcionario público en los términos establecidos en el art. 67 CP, y se prevalece de tal condición para la realización del delito.

Aunque el cómplice sea autoridad, agente o funcionario público no es aplicación la agravación específica del párrafo 2, pues si el supuesto del núm. 1 vendría a ser constitutivo de un delito común, y el previsto en el núm. 2 de un delito especial impropio, en cuanto que el delito común estaría cualificado por la cualidad personal —autoridad o agente de la autoridad o funcionario público— del sujeto agente, y si, en rigor, conforme a la doctrina dominante, autor es quien realiza el aporte causal, llevando a cabo actos nucleares y ejecutivos del tipo, siendo meramente partícipe el que realiza otro tipo de aportación menos importante, rigiendo el principio de accesoriedad, los actos de complicidad realizados por el sujeto —Guardia Civil— lo serán respecto al supuesto típico del número primero del art. 188, puesto que la punibilidad del partícipe depende jurídicamente del hecho del autor principal, o mejor dicho, la ilicitud de la participación presupone la ilicitud del hecho en que se participa (438/2004, de 29 de marzo [LA LEY 1271/2004]).

Subtipo párrafo 3.º

Será de aplicación cuando el sujeto pasivo sea menor o incapaz.

Bien jurídico protegido

Es la libertad sexual (1145/2002, de 17 de junio [LA LEY 374/2003]) de adultos y la de menores de edad e incapaces y, con ella, la dignidad personal de quienes se encuentran en riesgo de ser compelidos, de cualquier forma, al ejercicio de la prostitución, y la de quienes ya la ejercen para el supuesto de que quieran dejar de traficar con su propio cuerpo (ATS 294/1999, de 19 de enero de 2000). No se protege la honestidad de la víctima, pues no se requiere que ésta sea «honesta» (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]), ni la moralidad en el ámbito de las relaciones sexuales (AP Segovia 18/1997, de 3 de marzo [LA LEY 12109/1997]), sino la voluntad libre de la persona mayor de edad para ejercer la prostitución, que ha de ser pura, sin vicio alguno que pueda invalidarla (AP Ciudad Real, 21/2002, de 27 de junio).

No existe antijuridicidad si no hay lesión para el bien jurídico protegido, pues el ejercicio de la prostitución podrá ser reprochable moralmente, pero no lesiona la libertad sexual de la pareja que ejerce libremente el acto carnal (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]). En los tipos que se estructuran sobre la violencia o el engaño o en los delitos que ponen el acento en el abuso de la inexperiencia de la víctima, se tutela la libertad directamente, de modo que lo exige-

ble es que la voluntad del sujeto pasivo quede anulada o resulte jurídicamente irrelevante para la ejecución de la conducta punible. Por ello, en los delitos relativos a la prostitución la libertad se tutela no sólo en sí misma contra coacciones violentas o intimidatorias, sino también en la libre formación de la voluntad, como en zonas periféricas de esa voluntad en cuanto se pretende proteger a la persona prostituta de cualquier género de explotación o aprovechamiento por terceros del producto de su tráfico sexual venal, posición ésta que se asienta en una experiencia criminológica que enseña cómo existe una actividad económica que trae su utilidad de la explotación o facilitación de los servicios de quien voluntariamente se ha prostituido (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es quien determina a la víctima al ejercicio de la prostitución mediante engaño y se lucra con dicha actividad (187/2003, de 14 de febrero [LA LEY 12073/2003]) o quien doblega su voluntad para conseguirlo (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001]) aprovechando su superioridad y consiguiente vulnerabilidad del sujeto pasivo (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]).

Sujeto activo puede ser cualquiera. Ordinariamente será un tercero ajeno a la relación el que, normalmente para lucrarse de la prostitución de otro —el ánimo de lucro no es elemento del tipo—, realiza la actividad de influencia en la voluntad del sujeto pasivo. Pero puede serlo también el propio sujeto que busca esa relación sexual para sí mismo, cuando es él quien incita con sus propios actos a iniciarse en la prostitución o a mantenerse en ella; así lo acordó el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en su reunión de 12 de febrero de 1999. Es decir, puede cometer el delito también el que paga por el servicio sexual, siempre que tal pago influya en la voluntad del prostituido para iniciarle o para reforzar su voluntad en orden a mantenerle en esa actividad (761/2008 de 13 noviembre [LA LEY 189438/2008]).

Lo es la empleada de la dueña del negocio ilícito que, a cambio de una retribución, y siendo consciente de la angustiosa coactividad a la que estaban sometidas las mujeres, realiza actos insustituibles como contestar a las llamadas telefónicas en relación con la actividad que se desarrollaba en el local, abrir la puerta a los clientes, cobrar los servicios, trasladarse a los aeropuertos a recoger a las mujeres, retenerlas y convencerlas de la conveniencia de acceder a las pretensiones de los clientes cuando éstos deseaban alguno de los servicios sexuales especiales y ellas rechazaban su realización (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]).

Y el dueño de un club de alterne que, habiendo contratado a varias mujeres en su país de origen para el ejercicio de la prostitución en España y aceptando las mismas voluntariamente, una vez en nuestro país les retira el pasaporte y somete a una estrecha vigilancia en sus desplazamientos, manteniéndolas en un lugar aislado obligándolas a seguir ejerciendo la prostitución para su propio lucro (187/2003, de 14 de febrero [LA LEY 12073/2003]).

Y también el dueño de club de alterne que obliga a prostituirse a súbditas extranjeras para el pago de una supuesta deuda, sin encierro físico pero haciendo sentir un clima de terror y coacción a las víctimas, a las que menospreciaba e incluso abusaba sexualmente (740/2005, de 13 de junio [LA LEY 13117/2005]).

No lo es quien se limita a ceder temporalmente habitaciones a una mujer mayor de edad para que ejerza la prostitución (1097/1998, de 1 de octubre [LA LEY 10373/1998]).

Sujeto pasivo

No se requiere que la víctima sea «honesta» (1807/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1700/1995]), sino que sea impelida o coaccionada al ejercicio de la prostitución.

Conducta típica

Es la **prostitución coactiva**, entendida como «determinar», en el sentido de «hacer tomar una resolución» (SAP Castellón 170/2002, de 8 de junio [LA LEY 108775/2002]), a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella utilizando para ello medios coactivos, violentos, intimidatorios, fraudulentos o de prevalimiento de una situación de necesidad de la víctima, todos ellos capaces de limitar seriamente o eliminar la libertad de elección (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001], y 174/2007, de 9 de marzo [LA LEY 8235/2007]), como son las amenazas de causar males físicos o la muerte a la víctima o a su familia, privarle del pasaporte o exigirle grandes cantidades de dinero por traerla a España habiéndolo hecho mediante el engaño (1484/2003, de 13 de noviembre y 1755/2003, de 19 de diciembre). Se trata de «doblegar la voluntad» u «obligar a alguien a hacer lo que no quiere» —ejercer la prostitución— a través de alguno de los medios que, de forma alternativa, describe la norma: violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad o vulnerabilidad de la víctima (AP Madrid, Sección 2.^a, 52/2005, de 11 de febrero [LA LEY 2105405/2005]).

No basta el tener una relación de contenido sexual con una persona prostituida, sino que es preciso que la conducta del sujeto activo mueva la voluntad del sujeto pasivo para que éste se inicie en esa actividad o se le refuerce esa voluntad para continuar en la que ya venía desempeñando (761/2008, de 13 noviembre [LA LEY 189438/2008]).

El delito del art. 188.1 CP no requiere que la persona determinada haya llegado a mantener relaciones sexuales por precio. Es suficiente con haberla colocado en la posición de tener que hacerlo en situaciones en las que su necesidad es clara (350/2008, de 17 de junio [LA LEY 86390/2008]).

Se comete el delito aunque no exista engaño inicial —el ejercicio de la prostitución fue asumido por las mujeres desde su país de origen— si se produce con posterioridad la coacción, el prevalimiento, la violencia o el engaño (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004], y 213/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1192/2005]).

Siendo los medios típicos de ejecución de este delito la violencia, la intimidación, el engaño y el abuso de superioridad sea por la situación del autor o por la vulnerabilidad de la víctima, ha de demostrarse la existencia de estos elementos, pudiendo ser las formas de comisión alternativas o concurrentes (438/2004, de 29 de marzo [LA LEY 1271/2004], y 15/2008, de 16 de enero [LA LEY 12938/2008]). No puede entenderse como coacción ejercida sobre las mujeres para que éstas se mantengan en la prostitución el mero control de la actividad a los efectos de la distribución de los beneficios (416/2004, de 2 de abril [LA LEY 1219/2004]).

En los tipos penales que describen los delitos relativos a la prostitución, se deben incluir aquellas conductas que utilizan medios captatorios y sugestivos y aprovechan una situación de pre-

valimiento y abuso frente a mujeres que no cuenten con recursos económicos y que proceden de estratos socioculturales degradados, careciendo de apoyo social disuasorio (1604/1993, de 21 de junio [LA LEY 3890-5/1993], 1816/2001, de 15 de octubre [LA LEY 8709/2001], y 187/2003, de 14 de febrero [LA LEY 12073/2003]).

Las conductas relativas a la prostitución de mayores que se tipifican penalmente son aquellas en las que fuerce de algún modo la voluntad de las personas adultas (1207/1998, de 7 de abril de 1999 [LA LEY 6859/1999]), utilizando medios coactivos o engañosos (1306/2003, de 6 de octubre), permitiendo la realización del tipo, en consecuencia, cualquier medio capaz de limitar seriamente la libertad de acción y decisión del sujeto pasivo sobre la realización de prácticas sexuales con terceros, empleando violencia, intimidación o engaño, pero sin que sea necesario que las coacciones se traduzcan en lesiones o malos tratos corporales (1428/2000, de 23 de septiembre [LA LEY 11781/2000], 135/2004, de 4 de febrero, 74/1998, de 26 de enero [LA LEY 3492/1998], y 15/2008, de 16 de enero [LA LEY 12938/2008]), bastando el abuso de la situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima (1367/2004, de 29 de noviembre). Las amenazas de males contra la víctima y contra su familia y el abuso de la situación de penuria del sujeto pasivo se estiman como medios idóneos para integrar el tipo siempre que tales coacciones sirvan para determinar que llegue a aceptar el ejercicio de la prostitución, bien para iniciarlo, bien para mantenerse en el mismo (1145/2002, de 17 de junio [LA LEY 374/2003] y 1465/2005, de 22 de noviembre [LA LEY 109/2006]; AP Madrid, Sección 3.ª, 546/2004, de 15 de diciembre).

Como señala la Sentencia 1047/2005, de 25 de noviembre, el ejercicio de la prostitución, profesión tan antigua como la humanidad, no merece ningún reproche cuando es decidido libremente por la persona que lo practica y así encuentra su medio de vida. El límite que marca el ámbito de lo penal es la existencia por parte de terceras personas de comportamientos engañosos, coactivos y amenazantes sobre quien ejerce la prostitución en beneficio de aquéllas. Es decir, lo definitivo es verificar la situación de la explotación de una persona por otra, ya sea en éste o en otro campo, porque no puede tener ningún apoyo o protección legal la dominación de una persona por otra.

El efecto de **impeler, dirigir o empujar** eficazmente a alguien hacia la prostitución o a mantenerla en ella, debe hacerse a través de alguno de los medios legalmente determinados: el **engaño**, en la medida en que por su contenido y alcance pueda restringir la libre autodeterminación sexual de la víctima; la **coacción**, que debe representar un constreñimiento físico o moral suficientemente grave como para ser incompatible con una verdadera decisión libre sobre la propia prostitución (86/2005, de 1 de febrero [LA LEY 1926262/2005]); o mediante el **abuso de la situación de necesidad** de la víctima o de la *superioridad* del sujeto activo (AP Segovia, 18/1997, de 3 de marzo [LA LEY 12109/1997]).

En el caso del «abuso de la necesidad», y por ser la libertad sexual lo que se protege, la apreciación de la «necesidad» no debe descansar en genéricos criterios socioeconómicos tan imprecisos y globales como la pertenencia a una clase o grupo socialmente desfavorecido, o como la nacionalidad de un país con escaso desarrollo político o económico. La «necesidad» penalmente relevante es la que ha de concurrir de modo personal e individualizable como situación concreta de carencia de algo determinado, no prescindible sin grave perjuicio físico o moral, y en términos tales que limite en verdad la objetiva capacidad de libre autodeterminación sexual en el necesitado (AP Segovia 18/1997, de 3 de marzo [LA LEY 12109/1997]).

Por lo que se refiere al requisito de la «habitualidad» como concepto integrado en la actividad prostitutiva, no puede identificarse con una dedicación permanente o definitiva a dicha ocupación ni se desvanece, como característica que tuvo una actividad temporalmente llevada a cabo, cuando quien la ejerció bajo determinados condicionamientos consigue liberarse de ellos y abandonarla (1905/2001, de 22 octubre [LA LEY 1238/2002]).

Para la aplicación de este tipo delictivo resulta irrelevante tanto el precio a cambio del cual se mantienen las relaciones sexuales como la edad de quien las presta, pues el desconocimiento o no constancia de la edad que tuviesen las mujeres al tiempo de ser prostituidas sólo sería impedimento para apreciar el tipo agravado previsto en el apartado 3, pero en modo alguno para condenar por el tipo básico del apartado 1 (1905/2001, de 22 octubre [LA LEY 1238/2002]).

Se han estimado como conductas integradoras del tipo las siguientes:

Explotación sexual de mujeres a las que se les retenía el pasaporte y amenazaba de muerte si se marchaban (438/2004, de 29 de marzo [LA LEY 1271/2004] y 1092/2004, de 1 de octubre [LA LEY 2572/2004]).

Mujeres sometidas en su país a serias dificultades económicas que son enviadas a España con la promesa de encontrar un trabajo, a las que se les entrega un pasaporte, una cierta cantidad de dinero y un billete de ida y vuelta, lo que les permitía confiar tanto en trabajar libremente en España como en regresar a su país si les convenía, las cuales, una vez en nuestro país, vieron cómo los procesados las despojaban de sus pasaportes, del dinero y de los pasajes de vuelta, quedando desde ese momento obligadas a ejercer la prostitución y sometidas a estrecha vigilancia (1905/2001, de 22 de octubre [LA LEY 1238/2002]).

Mujeres que son traídas a España con engaños y falsas promesas de estancia y trabajo legal que luego fueron obligadas a ejercer la prostitución con la finalidad de devolver las sumas adelantadas y reclamadas en Colombia, de las que los acusados se hacían aparecer como acreedores, generándose en las víctimas una situación de necesidad al quedarse los acusados con casi la totalidad de los ingresos derivados del ejercicio de la prostitución y dejar a las ejercientes casi en la indigencia hasta que cancelaran las «inventadas deudas» (1145/2002, de 17 de junio [LA LEY 374/2003]).

Jóvenes mujeres que venían a España desde países del este europeo sabedoras que iban a dedicarse a la prostitución, pero ignorando las condiciones económicas de tal dedicación, siendo obligadas a pagar una supuesta deuda —unos 3.000 euros— que exigía su permanencia en el club en tanto en cuanto no la satisficieran, permanencia que se garantizaba con la presión ejercida dada su estancia ilegal en España, el aislamiento derivado de su juventud y el desconocimiento del idioma en un país igualmente desconocido (191/2007, de 5 de marzo [LA LEY 8992/2007]).

Coacción ejercida por los acusados sobre la mujer que, aprovechando su desvalimiento como extranjera, la determinaron a mantenerse en la prostitución (2205/2002, de 30 enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]).

Mujer encerrada en un club de alterne sin posibilidad de salir, bajo férreo control y sometida a una situación de verdadero terror, anunciándole una supuesta deuda y amenaza con perjudicar a sus familiares si no se somete (896/2004, de 6 de julio [LA LEY 13850/2004]).

Mujer que en Nigeria es sometida al rito de vudú por la acusada antes de viajar a España para asegurarse de que accedería a todas sus pretensiones, produciendo en la víctima un sentimiento de terror, siendo estas creencias abusivamente utilizadas por los autores para procurarse la dominación sobre la víctima (1461/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2150684/2005]).

La prostitución de mayores de edad sin coacción ni engaño no es típica (734/1997, de 24 de mayo [LA LEY 7139/1997], 873/1997, de 16 de junio [LA LEY 7863/1997], 416/2004, de 2 de abril [LA LEY 1219/2004]). No lo es la cesión temporal de habitaciones para que una mujer mayor de edad ejerza la prostitución (1097/1998, de 1 de octubre [LA LEY 10373/1998]); ni la mera explotación de un local donde se ejerza la prostitución (SAP Castellón, 170/2002, de 8 de junio [LA LEY 108775/2002]). Tampoco lo es la imposición de multas por baja rentabilidad a las prostitutas de un club de alterne por parte de quien las emplea, tema que debe encuadrarse en el delito contra el derecho de los trabajadores pero no en el tipo penal de prostitución coactiva, al no constar que se hubieran empleado medios capaces de eliminar o limitar seriamente la libertad de acción de las mujeres (837/2003, de 30 de mayo [LA LEY 2472/2003]). Ni es posible sostener que mediante un mero control de la actividad a los efectos de la distribución de los beneficios se ejercía una coacción sobre las mujeres para que éstas se mantuvieran en la prostitución (416/2004, de 2 de abril [LA LEY 1219/2004]).

Están incluidas también en el tipo las conductas lucrativas **explotando la prostitución de otra persona** aun contando con el consentimiento de la misma, acción antes despenalizada, pero que resulta típica tras la reforma operada en 2003. La jurisprudencia ha determinado recientemente el ámbito típico de esta modalidad delictiva por exigencias del principio de proporcionalidad, especialmente cuando se están identificando aquellas conductas violentas o intimidatorias con la acción de lucrarse o vivir a costa de la prostitución ajena. Y así, se ha señalado que no toda ganancia proveniente de la prostitución, por sí sola, convierte a quien la percibe en autor de este delito, castigado con penas de dos a cuatro años de prisión. Para que así acontezca es indispensable que concurren, con carácter general, las siguientes circunstancias: **a)** Que los rendimientos económicos se deriven de la explotación sexual de una persona que se halle mantenida en ese ejercicio mediante el empleo de violencia, intimidación, engaño o como víctima del abuso de superioridad o de su situación de necesidad o vulnerabilidad. Así se desprende de una elemental consideración de carácter sistemático. Ese inciso cierra un precepto en el que se castiga, no toda forma de prostitución, sino aquella que degrada la libertad y la dignidad de la persona prostituida, en atención a las circunstancias que precisa el art. 188.1. Esta idea es también coherente con el criterio de política criminal que late en el compromiso de los países de la Unión Europea, expresado en la Acción Común 97/154/JAI, de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños y, sobre todo, en la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19 de julio de 2002, que ha sustituido a la citada Acción Común, en lo que afecta a la trata de personas. En la primera de ellas, los Estados se comprometen a revisar la legislación nacional con el fin de incluir, entre otras, la siguiente conducta: «(...) *explotación sexual de una persona que no sea un niño, con fines lucrativos en la que: se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño, o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto*». En la Decisión marco —art. 1.d)—, los Estados asumen el compromiso de garantizar la punibilidad, entre otros casos, de aquellos supuestos en los que «(...) *se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de*

una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona (...) o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía». **b)** Quien obtiene el rendimiento económico a costa de la explotación sexual ajena ha de ser conocedor de las circunstancias que determinan a la persona prostituida a mantenerse en el ejercicio de la prostitución. En aquellos otros casos —estadísticamente más frecuentes— en los que la persona que se lucra explotando abusivamente la prostitución sea la misma que ha determinado coactivamente al sujeto pasivo a mantenerse en el tráfico sexual, el primer inciso del art. 188.1 excluiría la aplicación del inciso final, por imponerlo así una elemental regla de consunción —art. 8.3 CP—. **c)** La ganancia económica puede ser fija, variable o a comisión, pero es preciso, en cualquier caso, que se trate de un beneficio económico directo. Sólo la explotación lucrativa que está íntimamente ligada a la fuente de la prostitución ajena queda abarcada en el tipo. **d)** La percepción de esa ganancia ha de ser el fruto de algo más que un acto aislado o episódico. No basta con un mero gesto de liberalidad. Esa reiteración es exigible, tanto en la persona que ejerce la prostitución como en aquella otra que se lucra con su ejercicio (445/2008, de 3 de julio [LA LEY 96517/2008], y 450/2009, de 22 de abril [LA LEY 67226/2009]).

Consumación

Cuando se trata de prostitución coactiva de menores, se considera un **delito de resultado cortado** porque el elemento subjetivo —para satisfacer los deseos sexuales de un tercero— rebasa el elemento objetivo —emplear engaño o modos coactivos o violentos—, así que no es necesario para la consumación del delito que el tercero llegue a ver satisfechos sus deseos sexuales (1016/2003, de 2 de julio [LA LEY 2869/2003], 19/1997, de 22 de enero [LA LEY 1503/1997] y 732/1997, de 19 de mayo [LA LEY 6089/1997]).

Sin embargo, cuando se trata de mayores de edad es un **delito de resultado** que exige que los actos del sujeto, dirigidos a doblegar la voluntad de la víctima, tengan como efecto externo y posterior, el que ésta venga a satisfacer los deseos sexuales de otra, y si no se alcanza ese fin estaremos ante una forma imperfecta de ejecución del delito —tentativa—: empleados por el autor medios engañosos, coactivos, amenazadores o violentos directamente encaminados a doblegar la resistencia de su víctima a mantener relaciones sexuales con terceros mediante precio, no llegan finalmente a producirse los actos sexuales pretendidos por causas distintas del propio desistimiento del sujeto activo (487/1997, de 7 de abril [LA LEY 5431/1997], 904/1999, de 2 de junio [LA LEY 9201/1999], 487/1997, de 7 de abril [LA LEY 5431/1997], y 152/2008 de 8 de abril [LA LEY 20922/2008]).

Autoría y participación

Es autor quien colabora y se aprovecha de la prostitución inconsciente de mujeres extranjeras poniendo al servicio de quien las explota su establecimiento de hostelería y los locales adecuados para el desarrollo de la actividad prostitutiva, propiciando medios tan estimulantes como un trabajo con participación en consumiciones, aprovechando una situación de prevalimiento y de abuso sobre unas mujeres que no cuentan con recursos económicos y carecen de asistencia o apoyo social disuasorio (1428/2000, de 23 de septiembre [LA LEY 11781/2000]).

Se considera cómplice al camarero que vigila y colabora con el dueño del local para lograr que las mujeres se mantengan en el ejercicio de la prostitución (263/1998, de 5 de octubre [LA LEY 601/1999], 1663/1999, de 26 de noviembre [LA LEY 2531/2000], y 96/2008, de 29 de enero [LA

LEY 12956/2008]) y aquel que sustituye al jefe del club y realiza otras funciones de colaboración en la determinación de persona para que ejerza la prostitución (438/2004, de 29 de marzo [LA LEY 1271/2004]).

Es autor el que realiza labores de vigilancia hasta el punto de acompañar a las víctimas incluso cuando utilizaban los teléfonos del club para hablar con sus familias, controlando de esta forma el contenido de sus conversaciones (5/2005, de 21 de enero [LA LEY 11184/2005]).

Y también es autor, y no cómplice, quien, en concierto con otro acusado para explotar sexualmente a una mujer, la conmina permanentemente con sufrir males su familia en Lituania, por tener dominio funcional del hecho (86/2005, de 1 de febrero [LA LEY 1926262/2005]).

Se consideró autora a la dueña del establecimiento donde se practicaba la prostitución coactiva, pues los beneficios obtenidos se controlaban por ella y su compañero sentimental, al resultar patente su activa, relevante y principal participación, que queda muy lejos de la simple actuación accesoria y secundaria propia de la complicidad (1145/2002, de 17 de junio [LA LEY 374/2003]).

Actividades de contacto o recluta, de recogida y traslado, de proposición de estancia u hospedaje, de instrucción sobre los servicios con los clientes, etc., se consideran como de coautoría (152/2008, de 8 de abril [LA LEY 20922/2008]).

Concursos

Continuidad delictiva

No es apreciable en los delitos de prostitución coactiva cuando existe más de una víctima, debiendo entender cometidos tantos delitos como mujeres coactivamente dedicadas a la prostitución existan (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001], 1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004], 1289/2004, de 9 de noviembre [LA LEY 10386/2005], 191/2007, de 5 de marzo, 152/2008 de 8 de abril [LA LEY 8992/2007], y 802/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 189436/2008]), pues el tipo penal tutela el derecho a la libertad sexual de todas las personas, identificando al sujeto pasivo del delito con la «persona mayor de edad» en singular, de suerte que cada actividad típica de la que resulte una víctima, integra un delito independiente y no un solo delito con varias víctimas cuando éstas sean varias. Y siendo el bien jurídico protegido por la norma y lesionado por la conducta típica un valor eminentemente personal —pues no de otro modo puede entenderse un derecho de características y naturaleza tan íntima como el del ejercicio de la libertad sexual— se integra en la excepción a la continuidad delictiva que establece el art. 74.3 CP cuando son diversos los sujetos pasivos del delito, porque en cada una de las víctimas se lesiona la libertad individual representativa de un derecho fundamental y personalísimo, dando lugar a una pluralidad de delitos (1145/2002, de 17 de junio [LA LEY 374/2003]).

Concurso real

Con **delito de inmigración clandestina**, con **delitos contra los derechos de los trabajadores** (1045/2003, de 18 de julio, 135/2004, de 4 de febrero y 1465/2005, de 22 de noviembre [LA LEY 109/2006]) y con **delitos de lesiones** (1428/2000, de 23 de septiembre [LA LEY 11781/2000]).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en sus reuniones de 24 de abril de 2007 y 26 de febrero de 2008 [LA LEY 23078/2007] [LA LEY 12903/2008], ha acogido la compatibilidad entre los arts. 318 bis y 188.1 y, por consiguiente, la relación de concurso real en los supuestos de tráfico ilegal o inmigración clandestina —art. 318 bis— a la que sigue, ya en territorio español, la determinación coactiva al ejercicio de la prostitución —art. 188.1—, eso sí, descartando en esos casos la aplicación del apartado 2 del art. 318 bis —propósito de explotación sexual— al tratarse de un supuesto de realización progresiva del tipo (1465/05, de 22 de noviembre [LA LEY 109/2006], 1080/2006, de 2 de noviembre [LA LEY 145050/2006], 380/2007, de 10 de mayo [LA LEY 23128/2007], 484/2007, de 29 de mayo [LA LEY 27982/2007], y 152/2008 de 8 de abril [LA LEY 8992/2007]).

Con **delito de detención ilegal** cuando se encierra a la víctima quedando impedida de libertad ambulatoria (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001], 1092/2004, de 1 de octubre [LA LEY 2572/2004], 1289/2004, de 8 noviembre [LA LEY 10386/2005] y 1461/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2150684/2005]), entendido que existe tal privación de la libertad si, aunque no se produzca el encierro de la víctima, concurren circunstancias que le impiden ir libremente donde quiera, como retirada del pasaporte, desconocimiento absoluto del idioma, carencia de dinero, sin persona conocida en nuestro país y si vive en un ambiente de temor, cuando no de terror, provocado por los acusados que enmarca toda su actuación, yendo siempre acompañada a todo lugar, lo cual no le permite escapar de dicha situación y le convierte en un verdadero ser despersonalizado, a merced de quienes se comportan brutalmente dedicándole a la prostitución (1663/1999, de 26 de noviembre [LA LEY 2531/2000], 2194/2001, de 19 de noviembre [LA LEY 208474/2001], 338/2006, de 20 de marzo [LA LEY 23453/2006], y 1059/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 216872/2007]). La detención ilegal es compatible con pequeñas salidas de las inmigrantes ilegales a las que se obliga a prostituirse, dada la situación de vigilancia y control en que se encontraban sometidas y su absoluto desvalimiento y temor (1461/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2150684/2005]).

El delito de determinación coactiva al mantenimiento en la prostitución, consume, por el contrario, las manifestaciones menores de restricción deambulatoria ínsitas en el comportamiento sancionado en el tipo porque, de otro modo, la conducta tipificada determinaría necesariamente la condena adicional, prácticamente en todo caso, por el delito de detención ilegal, que sólo deberá sancionarse acumuladamente cuando se produzca una situación de encierro o privación física de libertad de la víctima, es decir, un internamiento forzado en un lugar del que no puede salir por sí misma (1397/2001, de 11 de julio [LA LEY 140380/2001] y 2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]). En suma, mediante la determinación coactiva se doblega simplemente la voluntad de la víctima para obligarla mediante *vis compulsiva* a la realización de ciertos actos contra su libre albedrío, sin que ello suponga una privación total de movimientos, mientras que en la detención ilegal no se doblega, sino que se impone u obliga imperativamente, sin posibilidad alguna de defensa, la voluntad de la víctima, que queda impedida de libertad ambulatoria, porque se la detiene o se la encierra con privación total de movimientos (1588/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 162491/2001] y 1536/2004, de 20 de diciembre [LA LEY 10730/2005]).

Absorbe la detención ilegal cuando se trata de manifestaciones menores de la restricción ambulatoria directamente relacionadas con el comportamiento de la prostitución (1397/2001, de 11 de julio, 2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003], 823/2007, de 15 octubre [LA LEY 170579/2007], y 1059/2007, de 20 de diciembre [LA LEY 216872/2007]), pero no cuando las formas y métodos empleados para limitar la libertad deambulatoria de las personas y su ca-

pacidad de decidir, tengan una autonomía que vaya más allá de las propias exigencias del tipo agravado (5/2005, de 21 de enero [LA LEY 11184/2005]), existiendo en estos casos un plus de control sobre la víctima que, por exceder el necesario para su actividad como prostituta, no puede quedar absorbido por el tipo penal de prostitución coactiva (1461/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2150684/2005]).

El apartado 4 excluye expresamente el concurso ideal o medial de la prostitución coactiva con las **agresiones y abusos sexuales** cometidos sobre la persona prostituida.

Es compatible con el **delito contra la integridad moral** del art. 173, párrafo primero, CP (213/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1192/2005]).

Artículo 189.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

a) El que utilizare a menores de edad o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

2. El que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

3. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilicen a niños menores de 13 años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico.

d) Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual.

e) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

f) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz.

4. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

5. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o incapaz y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

6. El ministerio fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

7. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años el que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

8. En los casos previstos en los apartados anteriores, se podrán imponer las medidas previstas en el art. 129 de este Código cuando el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

CONCORDANCIAS

CE: art. 39.4.

CP: arts. 25 y 129.

CC: arts. 154, 170, 172 y ss., 175 y ss., 243, 247, 303 y ss., 315 y 656.1.º.

LECrIm.: art. 282 bis.

LOPJM.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003. La versión derogada decía así:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

a) El que utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, o financiare cualquiera de estas actividades.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad o incapaces, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A quien poseyera dicho material para la realización de cualquiera de estas conductas se le impondrá la pena en su mitad inferior:

2. Se impondrá la pena superior en grado cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

3. El que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses.

4. El que tuviera bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento, a un menor de edad o incapaz, y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o incapaz, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

5. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior».

Aspectos generales

Se tipifican en este artículo diversos comportamientos referidos a la corrupción de menores: a) utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, incluso cuando sólo se utilice su voz o su imagen aparezca alterada o modificada —aunque en el segundo caso la pena prevista es sensiblemente inferior—; y b) producción, venta, distribución, exhibición y tenencia —bien sea para el propio uso del sujeto activo, bien para su distribución, venta o exhibición— de material pornográfico en el que se haya utilizado a menores de edad o a incapaces.

Tales conductas son objeto de una agravación punitiva cuando concurre alguna de las circunstancias que se relacionan en el apartado 3, de las cuales una se refiere a la edad del sujeto pasivo —menor de trece años—, otras al contenido del material pornográfico (carácter particularmente degradante y vejatorio o representación de menores o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual), otra atiende al superior valor económico del material pornográfico, y las dos restantes ponen el acento en la cualidad del sujeto activo —bien por su pertenencia a una organización o asociación dedicada a tales actividades, aunque sea de carácter transitorio, bien porque esté vinculado con el menor por relación familiar biológica o jurídica, de hecho o de derecho—.

Otras conductas tipificadas son: a) hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual —no pornográfico— que perjudique su evolución o desarrollo; y b) incumplimiento de deberes asistenciales respecto de menores o incapaces ya prostituidos.

Por último, contiene un mandato específico al Ministerio Fiscal consistente para que promueva las acciones pertinentes al objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento del menor o incapaz a las personas que resulten responsables de algunos de los comportamientos previstos en el tipo, y además se contempla la posibilidad de imponer alguna de las medidas previstas en el art. 129 CP cuando el sujeto activo pertenezca a una asociación, organización o sociedad, aunque tenga carácter transitorio, que se dedique a tales actividades —clausura de la

empresa, local o establecimiento con carácter temporal o definitivo, disolución de la sociedad, suspensión de las actividades o prohibición de realizarlas en el futuro—.

Subtipos agravados

a) Pertenencia a una asociación u organización, incluso de carácter transitorio

Debe apreciarse el subtipo penal agravado de organización —que no puede confundirse con la mera autoría o coparticipación— en aquellos casos en que los acusados se hayan aprovechado, para la realización del concreto delito enjuiciado, de redes estructuradas, más o menos formalmente, en las que estuviesen integrados y en las que debe concurrir de ordinario una determinada jerarquía, un reparto de papeles y cierta vocación de continuidad (1095/2001, de 16 de julio [LA LEY 7420/2001]). Cumpliéndose con estos requisitos, es posible la existencia de una organización para la ejecución de una operación específica. También debe tenerse en cuenta que la agravación consiste en pertenecer a una organización, lo que excluye los supuestos de una mera colaboración accidental u ocasional, no debiendo confundirse esta posibilidad con la integración en una organización al tiempo de la ejecución, beneficiándose de la estructura organizativa (2102/2002, de 13 de diciembre y 759/2003, de 23 de mayo [LA LEY 92387/2003]).

Lo decisivo para aplicar la agravación de organización, es verificar que el proyecto delictivo tenga una consistencia propia y hasta cierto punto independiente de las personas individuales, precisamente por descansar en una estructura lo suficientemente sólida, con independencia de que tenga o no una vocación de permanencia en el tiempo, pues sólo desde esta perspectiva puede hablarse de empresa criminal, situación cualitativamente diferente de la codelincuencia (280/2004, de 8 de marzo [LA LEY 222/2003]).

La mera codelincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión (759/2003, de 23 de mayo [LA LEY 92387/2003] y 1719/2003, de 17 de diciembre [LA LEY 11996/2004]).

Sobre la base del respeto a la literalidad del término «organización» empleado por el legislador que, según el DRAE, significa en nuestra lengua: «asociación de personas regulada por un conjunto de normas en función de determinados fines», se exigen una serie de requisitos para su aplicación como circunstancia específica de agravación; a saber (1444/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 440/2005]): a) que nos hallemos ante la actuación conjunta de una pluralidad de personas, relacionadas entre sí, con reparto de funciones y una base estructurada y jerarquizada, de manera más o menos formal, a la que el sujeto «pertenecer», es decir, en la que participa continuamente y no con una mera colaboración ocasional; b) que ese aprovechamiento de una red estructurada tenga asimismo cierta vocación de continuidad, a pesar de no exigir el precepto una

duración ni estabilidad determinada, bastando la simple asociación temporal, pero siempre que se trate de algo más que la mera ejecución de una concreta operación delictiva; c) que, a su vez, la comisión de los ilícitos pueda subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los integrantes del grupo, de modo que llegue a afirmarse la presencia de una verdadera «empresa criminal»; d) que se cuente con el empleo de medios materiales idóneos, relevantes y extraordinarios, como, por ejemplo, los destinados a la comunicación entre los miembros del grupo, a efectos de la coordinación de sus respectivas actuaciones; y e) que todo ello tienda a propiciar una mayor facilidad de comisión del delito y capacidad de lesión del bien jurídico protegido, ofreciendo, además, especiales dificultades tanto para la prevención como para la persecución del ilícito.

Ahora bien, la utilización de nuevas tecnologías en la práctica criminal altera el criterio aplicable al significado del concepto «organización», tal y como ocurre en el delito de difusión de pornografía a través de Internet. No es lo mismo ni merece igual consideración punitiva la conducta del infractor aislado que capta, elabora y distribuye por sí solo material pornográfico, que una pluralidad de usuarios que coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes prohibidas. Lo esencial en estos nuevos fenómenos delictivos está, precisamente, en que la simple utilización de la red de comunicaciones informáticas supone ya el aporte del elemento de coordinación y el empleo de medio excepcional que se proyecta hacia una mayor lesividad, imprescindibles, aunque no del todo suficientes, para la existencia de una organización criminal. A partir de ello, sólo se precisa la puesta en relación de los sujetos intervinientes con el propósito de difusión de las imágenes, alcanzándose la distribución de «papeles» y la coordinación potenciadora de la incrementada agresividad lesiva de las conductas, a través del acatamiento, por cada uno de los partícipes, de las reglas de los grupos constituidos en torno a los «lugares de encuentro» que constituyen las direcciones y páginas web de la propia red. La agravación prevista en el núm. 2 del art. 189 resulta de aplicación porque el sujeto no sólo actuó en colaboración con otros integrantes del «grupo» de proveedores y consumidores del material pornográfico infantil, con una específica atribución de funciones —elaboración y aporte de álbumes de fotografías a un «depósito» centralizado en una específica página web—, sino que, además, con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta, ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas que es, en definitiva, la razón de ser y el fundamento de la previsión legal agravadora de la conducta (1444/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 440/2005]).

b) Utilizar a niños menores de 13 años

El apartado 3.a) agrava el reproche penal de los actos sancionados en el apartado 1 del artículo que analizamos cuando se utilice a niños menores de 13 años. Mientras el legislador civil sitúa la edad de madurez para prestar consentimiento para contraer matrimonio, mediando autorización del Juez de Primera Instancia, en la edad de 14 años, el legislador penal anticipa tal momento en un año, considerando que no existe consentimiento para determinadas prácticas sexuales cuando el sujeto no ha alcanzado la edad de 13 años. El CP establece una presunción *ius et de iure* sobre la ausencia de consentimiento cuando se trata de menores de 13 años por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y libre voluntad de la acción exigibles (1200/2004, de 22 de octubre [LA LEY 10027/2005]), lo que implica que dicho menor es incapaz para autodeterminarse respecto del ejercicio de su libertad sexual, negándole toda la posibilidad de decidir acerca de su incipiente dimensión sexual y recobrando toda su fuerza el argumento de la intangibilidad o indemnidad como bien jurídico protegido. Este límite de edad ha de referirse a

la edad física resultando censurable la equiparación de tal edad de la edad mental, lo que quebraría el principio de seguridad jurídica (411/2006, de 18 de abril [LA LEY 39837/2006]).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo en su S 978/2004, de 28 de julio [LA LEY 2564/2004], consideró que el menor de 14 años de edad estaba en condiciones de prestar consentimiento libremente para mantener relaciones sexuales con una persona de mayor edad.

El tipo delictivo no exige que se identifique a los menores que aparecen en las imágenes; basta con llegar al convencimiento de que no alcanzan los 13 años, circunstancia que puede ser comprobada de visu por el órgano enjuiciante conforme a su criterio valorativo racional y de experiencia (785/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 226020/2008]).

Bien jurídico protegido

La libertad sexual exige voluntad consciente y responsable en el sujeto pasivo del agravio, y en los menores o los privados de razón o sentido tal condición es inexistente o deficiente; sin embargo, no puede negárseles el derecho a estar protegidos en su intangibilidad e indemnidad sexual y a exigir seguridad para su futura libertad sexual, derecho que reclama una exquisita salvaguardia porque estos sujetos están más expuestos a la captación y a la influencia por no ser capaces de generar inhibiciones para prevenir y defenderse frente a los ataques abiertos o insidiosos a su facultad de autodeterminación sexual. La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 noviembre 1989 obliga a los Estados a adoptar todas las medidas legislativas para proteger a los niños contra toda forma de abuso físico o mental, incluso el abuso sexual, y a protegerlos contra todas las formas de explotación y de abusos sexuales (arts. 19.1 y 34). La tipificación de las conductas incluidas en el artículo que examinamos forma parte del elenco de las medidas protectoras y es configurado por la jurisprudencia como una infracción tendencial que se consuma desde el inicio de los actos que tienen potencialidad corruptora, sin necesidad de una pluralidad de acciones, de la oposición o consentimiento del menor, o de que se trate de satisfacer los propios deseos lascivos o los de un tercero; y la potencia corruptora de tales actos se mide por su aptitud para incidir o influenciar en la formación de la personalidad del menor, comprometiendo de futuro su normal desenvolvimiento sexual con enseñanzas procaces y desajustadas a su edad y aptitud mental o con prácticas desviadas o perversas (144/1995, de 8 de febrero [LA LEY 14318/1995]).

El bien jurídico protegido por este delito no es otro que el de la indemnidad sexual de los menores, es decir, su bienestar psíquico, en cuanto constituye una condición necesaria para su adecuado y normal proceso de formación sexual, que en estas personas es prevalente, sobre el de la libertad sexual, dado que por su edad o incapacidad estas personas necesitan una adecuada protección por carecer de la madurez necesaria para decidir con responsabilidad sobre este tipo de comportamientos que pueden llegar a condicionar gravemente el resto de su vida, por lo cual es indiferente, a efectos jurídicos penales, que el menor o incapaz consientan en ser utilizados para este tipo de conductas (796/2007, de 1 de octubre [LA LEY 165810/2007]).

Además, la represión criminal de conductas relacionadas con la prostitución y la pornografía infantil se revela muy necesaria debido a que, gracias a los avances tecnológicos, son hoy día de más fácil realización, pues posibilitan no sólo una mayor y mejor producción, sino también su distribución a través de los nuevos canales de información, como es Internet, que permite la introducción de las imágenes en la red de forma anónima y, asimismo, su recepción y contemplación en tiempo real por millones de usuarios (AP Barcelona, de 16 de mayo de 2001 [LA LEY 98273/2001]).

Elementos objetivos

Conducta típica

a) Utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos

Es una forma de corrupción de menores que guarda afinidad con el delito de prostitución infantil del art. 187 CP (195/1998, de 16 de febrero [LA LEY 4887/1998]). Aunque en la redacción del número primero del art. 189 no se exige como elemento del tipo la existencia de precio por la utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, la ubicación de la figura que se crea en el capítulo de los delitos relativos a la prostitución implica que tal actividad se ha de considerar como una forma específica de promoción, facilitación o favorecimiento de la prostitución, constituyendo un peligro para los menores utilizados de caer posteriormente en conductas de entrega carnal retribuida por lo cual la acusación de realizar actos de facilitación de la prostitución de menores como son los de retribuirles por contactos físicos con ellos de significación sexual, cuando tales actos no tengan su encaje en la figura del 187.1.º, si han consistido en ser objeto o materia para fines o para un espectáculo de carácter exhibicionista o pornográfico, puede ser sancionado por la figura penal específica, que incluye en sus elementos tipificadores algunos de la figura general del art. 187.1.º, cual es la facilitación de la prostitución de los menores utilizados, aunque no el de la retribución de sus utilizaciones, resultando irrelevante que los menores o incapaces actúen voluntariamente (195/1998, de 16 de febrero [LA LEY 4887/1998]).

No precisa la Ley qué debe entenderse por fines exhibicionistas o pornográficos. Por otro lado, tampoco resulta fácil distinguir en muchos casos entre lo simplemente erótico y lo pornográfico. Según el DRAE, exhibicionismo es la perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales; pornografía, obra literaria o artística de carácter obsceno —es decir, impúdico, torpe, ofensivo al pudor—; y erotismo, carácter de lo que excita el amor sensual. La doctrina y la jurisprudencia suelen cifrar la condición pornográfica de una conducta o de un material en los siguientes requisitos: a) que el mismo consista o represente obscenidades cuya única finalidad sea excitar el instinto sexual; b) que dicha obscenidad exceda claramente el erotismo que tengan por admisible las convenciones sociales de cada lugar y momento; y c) que, si se trata de una obra, carezca de justificación científica, literaria o artística (796/2007, de 1 de octubre [LA LEY 165810/2007]).

Es indiferente que el espectáculo exhibicionista o pornográfico en el que se utiliza al menor o incapaz se desarrolle en un ámbito público o privado y también el número de personas destinatarias del mismo (1632/2000, de 24 de octubre [LA LEY 128/2001]), resultando irrelevante para la realización del tipo que el sujeto activo participe como actor en las filmaciones donde los menores aparecían desnudos participando en actos de inequívoco carácter sexual como felaciones y representaciones de penetraciones anales, siendo también indiferente la utilización posterior de los vídeos realizados, pues no se contemplan como elementos del tipo la utilización posterior de las filmaciones para la propia satisfacción del sujeto activo mediante su visionado ni la obtención de ganancias económicas con los mismos, sino que se limita a exigir un acto de utilización de personas menores de dieciocho años (o incapaces), ya sea con fines o en espectáculos de carácter exhibicionista o pornográfico (195/1998, de 16 de febrero [LA LEY 4887/1998]).

La acción consistente en bañar y fotografiar desnuda a una menor de cinco años de edad, sola unas veces y otras en compañía de una mujer adulta, también desnuda, y mostrar a la menor, en

estas ocasiones, revistas con desnudos femeninos son unos comportamientos en que concurre la «aptitud genérica» corruptora (144/1995, de 8 de febrero [LA LEY 14318/1995]).

La modalidad de utilización de los menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos constituye un delito de resultado (1632/2000, de 24 de octubre [LA LEY 128/2001]), produciéndose tantos delitos como menores sean los afectados por la acción corruptora por tratarse de un bien jurídico de carácter personalísimo al afectar tanto a la dignidad como a la libertad de cada persona (1840/1993, de 15 de julio [LA LEY 4085-5/1993]).

b) Utilización de menores o incapaces para elaborar cualquier clase de material pornográfico

Con respecto al concepto de **pornografía infantil**, la distinción entre pornografía y lo meramente erótico es, a veces, un problema complejo por cuanto depende de múltiples factores de tipo cultural, estructuras morales, pautas de comportamiento, etc. (1058/2006, de 2 de noviembre [LA LEY 135301/2006], y 105/2009, de 30 de enero [LA LEY 1924/2009]). La imagen de un desnudo —sea menor o adulto, varón o mujer— no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse (1342/2003, de 20 de octubre [LA LEY 237/2004] y 373/2006, de 8 de marzo [LA LEY 23440/2006]), si las mismas no reflejan posturas o actos de contenido específicamente sexual o de carácter obsceno (492/2000, de 21 de marzo [LA LEY 5104/2000]), o si no consta que fueron realizadas para satisfacer deseos libidinosos de quien las realiza o para exhibirlas a otros aunque se deduzca de las fotografías un significado erótico o sexual (1632/2000, de 24 de octubre [LA LEY 128/2001]). Al igual que las fotografías, cuando las grabaciones en vídeo estén desprovistas de contenido obsceno, tampoco podrán considerarse material pornográfico, puesto que el hecho de que la imagen sea en movimiento, no implica por sí solo la existencia de elemento pornográfico (376/2006, de 8 de marzo [LA LEY 23440/2006]).

La Decisión Marco de 22 de diciembre de 2003 del Consejo de la Unión Europea relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, define en su art. 1 como **pornografía infantil** cualquier material que describa o represente de una manera visual a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, o a una persona real que parezca un niño practicando o participando en la conducta mencionada, o imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en tal conducta, si bien en el art. 3.2 se establece que cualquier Estado miembro podrá excluir de responsabilidad penal las conductas referidas en los dos primeros incisos de la letra b) del art. 1, cuando en los supuestos de producción y posesión de pornografía infantil, se posean y produzcan imágenes de niños que hayan alcanzado la edad del consentimiento sexual, con el consentimiento de los mismos y exclusivamente para su uso privado (739/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 189429/2008]).

En la modalidad de realización de reportajes para su ulterior difusión se requiere un ánimo tendencial dirigido, precisamente, a la realización de esa difusión; y en el caso de que la exhibición sea para el propio sujeto activo, la consumación es simultánea (1632/2000, de 24 de octubre [LA LEY 128/2001]).

c) Producir, vender, distribuir o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores de edad. Poseer dicho material para esos fines.

La estructura de este tipo penal tiene dos apartados. Uno, relativo a actos directos de creación o propia exhibición, y un segundo apartado, de puesta en circulación del material de pornogra-

fía infantil. Así, por el primero se incrimina la producción —acto de creación—, venta —acto de intermediación—, distribución —acto de divulgación— o exhibición —acto de ofrecimiento visual directo—; por el segundo, los verbos que utiliza el legislador son los mismos, pero bajo una actividad de facilitación, de modo que se incrimina a quien «*facilita la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio*». De ello se deduce que para el legislador es lo mismo «distribuir» que «difundir», ambos conceptos son sinónimos de «divulgar», pues en el primer apartado utiliza la locución «distribución» y en el segundo, el sustantivo «difusión». Aunque es cierto que facilitar es hacer posible una cosa, en Derecho penal tal facilitación no puede ser una actividad automatizada sin control del autor, sino posibilitando la misma con intención de distribución o difusión. Es decir, llevando a cabo actos de difusión a terceros con la finalidad de atentar contra el bien jurídico protegido por la norma penal. La distribución es un concepto aun más restringido, pues supone tanto como dividir algo entre varios o dar a cada uno lo que le corresponde (105/2009, de 30 de enero [LA LEY 1924/2009]).

Nuestra jurisprudencia recoge ya varios casos de condena por este delito a personas que en su ordenador personal tenían grabados archivos de vídeo y/o imagen de pornografía infantil que se descargaban de Internet a través de programas como eMule o eDonkey, que permiten el acceso a las redes de intercambio de archivos P2P. Ello permite calificar la conducta no sólo como «posesión» de material pornográfico infantil, sino también como «distribución» de dicho material, pues a través de esos programas informáticos se permite el acceso de esos archivos a terceros para su descarga (921/2007, de 6 de noviembre [LA LEY 185190/2007], 292/2008, de 28 de mayo [LA LEY 86395/2008], 696/2008, de 29 de octubre [LA LEY 175940/2008], 739/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 189429/2008], 797/2008, de 27 de noviembre [LA LEY 193666/2008], y 829/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 235225/2008]). La reciente Sentencia 105/2009, de 30 de enero [LA LEY 1924/2009], ha matizado no obstante que el problema de la distribución —o, en otros términos, facilitar su difusión— en estos supuestos debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros —por ejemplo, acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión—, o el dato de que el material ya se encontrara «difundido» en Internet, distribución de la que se habría servido el autor para «ver» y no para facilitar su difusión, pues tales archivos se encontraban a disposición de cualquier usuario que quisiera conectarlas, mediante la «bajada» de la red. Y es que los actos de divulgación requieren inexcusablemente el dolo de actuar con tal finalidad, deducido de cualquier circunstancia, pero especialmente de la intervención del autor en la confección de tales materiales o en la elaboración de actividades para ser «colgados en la red» —difundidos—, o del concierto de actos de intermediación o pública exhibición. Y cuando se trata de una acción de compartir archivos recibidos, tal dolo se ha de inducir del número de elementos que son puestos en la red a disposición de terceros, para lo que se tendrá en cuenta la estructura hallada en la terminal —archivos alojados en el disco o discos duros, u otros dispositivos de almacenamiento—, el número de veces que son compartidos —pues este parámetro deja huella o rastro en el sistema informático—, la recepción por otros usuarios de tales imágenes o vídeos como procedentes del terminal del autor del delito, y cuantas circunstancias externas sean determinadas para llegar a la convicción de que tal autor es consciente de su actividad de facilitar la difusión de pornografía infantil, entre las que se tomará el grado de conocimiento de la utilización de sistemas informáticos que tenga el autor del delito.

d) Poseer para uso propio material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad.

El injusto típico se concreta a la posesión para uso propio de material pornográfico referente a menores e incapaces, independientemente del tiempo en que se creara y quien lo creara. El legislador estableció una figura típica de peligro, en cuanto anticipa las barreras protectoras del Derecho penal a situaciones que a su juicio pueden provocar o favorecer su exhibición, venta, distribución, facilitación u otro tipo de conductas a que se refiere el apartado b) del número 1.º del art. 189 CP (84/2008, de 12 de febrero [LA LEY 17684/2008]).

e) Hacer participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de su personalidad

No toda conducta de naturaleza sexual conforma la conducta típica del delito de corrupción de menores, sino sólo aquella que sea apta para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor, resultando atípica la relación sexual consentida entre un profesor de treinta años y su alumna de catorce, que sólo ha de considerarse una iniciación temprana pero no excepcional, al no constar que se tratase de una relación pervertida o extravagante. El bien jurídico protegido, que es la indemnidad y libertad sexual de los menores, determina que en una relación consentida con mayores de 13 años la conducta del sujeto activo sea atípica, mientras que si son menores de esa edad, siempre será delictiva por la vía del abuso (422/2005, de 4 de abril [LA LEY 1166/2005]).

A partir del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2005, sólo podrá ser considerado sujeto activo del delito quien realice una actividad de tercería respecto a la conducta típica prevista en el mismo.

El delito no queda absorbido por el de agresión sexual cuando, además de estas agresiones, hizo participar al sujeto activo a los menores en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudicó su normal evolución y personalidad (637/2005, de 17 de mayo [LA LEY 2024157/2005]).

f) Incumplimiento de deberes asistenciales respecto de menores o incapaces ya prostituidos

Se trata de un **delito de omisión propia** bien del deber de impedir que continúe en el ejercicio de la prostitución o corrupción el menor o incapaz, bien de la obligación de poner en conocimiento de la autoridad dicha situación, estando configurado como **delito especial**, en tanto que sólo admite como sujeto activo a quien lo tenga bajo su potestad, guarda, tutela o acogimiento. Se sanciona el incumplimiento de un deber jurídico de actuar, es decir, de la obligación de tomar determinadas medidas que eviten la realización del resultado.

La Sentencia 1538/2000, de 9 de octubre [LA LEY 10884/2000], consideró que la compañera sentimental del condenado ostentaba la guarda de hecho de la menor, hija únicamente de él, mientras la niña convivía con ambos con ocasión de ejercer el padre el derecho de visitas, y la condenó como cómplice (por omisión) con la siguiente argumentación que se reproduce por su interés:

«El hecho de que el Juez pueda, de conformidad con lo establecido en el Código Civil, requerir al guardador de hecho a que le informe de su actuación y la facultad que se concede al primero de establecer medidas de control y vigilancia, indican claramente la existencia de obligaciones en el guardador de hecho con respecto al menor o incapaz encomendado a su guarda. La decidida voluntad del legislador de que un menor o incapaz no quede jamás absolutamente desprotegido le ha

llevado a deducir obligaciones, que no pueden ser sino de protección y cuidado y que son rigurosamente legales, de las situaciones de guarda de hecho, sin que lógicamente las mismas requieran, para nacer y producir sus efectos, formalidad ni mandato expreso alguno. En el caso enjuiciado, la patria potestad de la menor ofendida era ejercida por su madre por haberle sido atribuida judicialmente su guarda y custodia al separarse de su esposo el procesado ya sentenciado. Como a éste se le reconoció el derecho de tener a su hija durante los fines de semana alternos, adquiriría su guarda de derecho mientras la tenía en su compañía y, como esta discontinua convivencia se producía en el hogar que había formado con su nueva compañera, ello significaba que la niña ingresaba temporalmente en un núcleo familiar de hecho integrado por dos personas, la que de ellas no tenía la guarda de derecho, esto es, la recurrida compañera sentimental del sentenciado, debía asumir inevitablemente la guarda de hecho en los casos en que su titular no ejerciera la que le incumbía. Nadie hubiese puesto en duda que a la recurrida correspondía momentáneamente la guarda de hecho de la ofendida —teniendo en cuenta que se trataba de una niña de seis años— si el padre se hubiese ausentado por cualquier motivo de la casa durante uno de los fines de semana en que la tenía consigo. Aún menos dudas pueden haber sobre la asunción de la guarda de hecho por la recurrida en una situación en que el guardador de derecho, con el que convivía, no sólo descuidaba sus deberes de protección sino que se constituía en principal amenaza y agresor de un bien jurídico de la ofendida tan preciado y vulnerable como su libertad sexual. Hay que afirmar, pues, enérgicamente que, como consecuencia de una guarda de hecho sobre la menor, a la que la recurrida no podía en modo alguno sustraerse, tenía la obligación legal de actuar para impedir que su compañero hiciese víctima a su propia hija de los criminales abusos por los que ha sido condenado y que, habiendo infringido dicha obligación de actuar, su omisión debe ser equiparada a la complicidad en tanto facilitó la producción del ilícito resultado y la perpetración del delito».

En similar sentido, la S 1029/1996, de 18 de diciembre [LA LEY 2201/1997], condenó a los tíos de un menor, de quince años de edad, que fue obligado a masturbarse en presencia de varias personas encontrándose los padres ausentes, por entender que eran garantes de la no realización del tipo penal por la confianza fundada en los lazos de familia que los padres del menor depositaban en ellos, lo cual implicaba que asumían el papel que dentro de la institución familiar correspondía a los padres ausentes en ese momento, fundamentando la condena como cómplices en la conducta omisiva consistente en impedir los actos que tuvieron lugar.

Artículo 190.

La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

CAPÍTULO VI

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 191.

1. Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal,

que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal.

2. En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esa clase.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 25 y 130.4.

LECrin.: arts. 104 a 107 y 259 a 270.

El apartado 1 establece como requisito de procedibilidad para la persecución de los delitos de agresión, acoso o abuso sexuales, la denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querrela o denuncia del Ministerio Fiscal cuando de menores o incapaces se trate.

Por ello, sostiene el ATS de 21 de julio de 2000, no significa que el delito de agresión sexual sea sólo perseguible a instancia de parte, pues la denuncia no implica el ejercicio de la acción penal en ningún caso, y expresamente se excluye la eficacia del perdón del ofendido en estos casos (apartado 2). Afirmar por ello que el delito del art. 178 CP es sólo perseguible a instancia de parte es incorrecto, concluye dicha resolución. De ahí que la Sentencia 240/2002, de 15 de febrero [LA LEY 3518/2002], aclare que, si bien la víctima tiene la llave con su denuncia para iniciar el proceso, no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido no extingue la acción penal.

La Sentencia 709/2000, de 19 de abril [LA LEY 8297/2000], considera que el requisito de perseguibilidad se cumple con la personación del órgano administrativo encargado de la tutela de un menor y la iniciación del procedimiento por su guardador. La 223/2001, de 2 de febrero [LA LEY 3393/2001], también da por cumplido dicho requisito constando la denuncia de la víctima y ejerciendo las acciones el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, la falta de denuncia previa es un vicio procesal de simple anulabilidad, que puede ser convalidado mediante la posterior actuación de la parte o las partes perjudicadas, que aunque no presenten denuncia inicial, posteriormente colaboran al esclarecimiento de los hechos y no muestran reparo alguno a la prosecución del proceso (**1893/1994, de 25 de octubre**, 709/2000, de 19 de abril [LA LEY 8297/2000], y 96/2009, de 10 de marzo [LA LEY 30375/2009]).

La Sentencia 1882/2002, de 12 de noviembre [LA LEY 2085/2003] considera que no se ha cumplido el requisito de procedibilidad cuando la víctima de 82 años con demencia en grado moderado pero no declarada incapaz no fue informada de los arts. 109 y 110 LECrin. y no denuncia las presuntas agresiones sexuales y lo hace su hija que posteriormente se personó en las actuaciones, en calidad de parte acusadora, siendo tenida por tal por el Instructor. Sin embargo, el art. 191.1.º del Código Penal establece como requisito de procedibilidad en este tipo de delitos la denuncia del agraviado, de su representante legal o del Ministerio Fiscal, y la madre de la denunciante, pese a su padecimiento, no ha sido declarada incapaz ni ha formulado personalmente la denuncia, ello motiva que dicha Sentencia aprecie la ausencia de tal requisito, esto es, la falta de legitimación activa de la hija denunciante y, en consecuencia, ordena retrotraer el procedimiento hasta el trámite procesal en que debió hacerse el preceptivo ofrecimiento de acciones a la presunta víctima de los hechos denunciados en esta causa, de modo que puedan instarse, en su caso, las medidas legalmente procedentes en atención a su estado conforme a las exigencias del art. 191.1.º CP.

CONCORDANCIAS

CE: art. 20.4.
CP: art. 22.8.
LOPJ: art. 23.4.e).

Artículo 192.

1. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponde, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda, empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 39.4.
CP: arts. 25, 46, 57 y 67.
CC: arts. 111.1.º, 154, 170, 173, 173 bis, 174, 179, 243, 247 y 269.
LOPJM.

Contempla una cualificación común a todos los delitos del título VIII, libro II CP, siendo el fundamento de la agravación el mayor desvalor de la acción y, en algunos casos, el incremento en el desvalor del resultado de aquellas personas que ejercen funciones tuitivas sobre el menor o incapaz con deberes de custodia y cuidado sobre los mismos.

Es preciso razonar en Sentencia la imposición de la pena cualificada, no pudiendo acordarse la privación de la patria potestad respecto a otro menor distinto de la propia víctima, pues de una interpretación tanto literal como lógica o finalista de este precepto se infiere que su párrafo segundo, a que se contrae tal pena inhabilitadora, está íntimamente correlacionado con su apartado primero que se refiere exclusivamente al «menor o incapacitado» objeto del «agravio» y no a cualquier otro, ya que no en balde ese párrafo segundo emplea el adverbio «además» con clara indicación de que, a la mayor pena privativa de libertad que habrá de imponerse a esos ascendientes, tutores, etc., «puede» añadirse «razonadamente» la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad (568/2001, de 6 de julio [LA LEY 6965/2001]).

Dice el art. 192.2 que el Juez o Tribunal «podrá imponer razonadamente» esa pena de inhabilitación especial, es decir, en principio aparece como de facultativa imposición. Pero ello es así porque no en todos los casos cabe su aplicación, sino sólo en aquellos en que la persona a quien se condena tenga esa relación particular con el hecho delictivo —patria potestad, tutela, empleo,

profesión, etc.—, de modo que puede afirmarse que se prevaleció o utilizó esa condición en su conducta punible. Cuando existe ese prevalimiento, el hecho delictivo es más grave y será difícil que «razonadamente» pueda excluirse la aplicación de esta otra pena. Es decir, el término «podrá» ha de interpretarse no como una facultad a ejercitar de modo caprichoso o arbitrario, de forma que no haya de aplicarse cuando tal relación particular existiera. Si hay tal relación, debe aplicarse razonando cómo se sirvió de ella para delinquir. Si tal relación existió y hubo el prevalimiento referido, ya no es facultativo para el órgano sentenciador la sanción de inhabilitación especial: debe imponerla. Se dice «podrá», en este art. 192.2, porque no es una pena que haya de aplicarse siempre en todos esos delitos del título VIII del libro II del CP, sino sólo cuando haya existido ese concreto prevalimiento respecto de la infracción cometida (142/2005, de 11 de febrero [LA LEY 12372/2005]).

Por la vía del art. 192.2 CP no puede imponerse al acusado como pena accesoria del delito de acoso sexual por el que resultó condenado, la inhabilitación especial para su función de Policía por dos años, pues esta pena accesoria es de distinta naturaleza. Se establece la agravación de las penas previstas y la inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, curatela, guarda, etc., a los sujetos enunciados —ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz—, sin que pueda confundir o llevar a engaño la referencia en el núm. 2 a la inhabilitación de empleo o cargo público o ejercicio de profesión u oficio, pues indudablemente estaría haciendo referencia a cargos o profesiones que comporten específicamente deberes tuitivos sobre el menor o incapaz, cual sería el caso de los maestros o responsables de centros públicos de acogida de menores, por poner un ejemplo (767/2004, de 16 de junio [LA LEY 1953742/2004]).

Se ha aplicado el tipo agravado al Profesor de música condenado por agresión sexual intentada sobre su alumna menor de edad (AP Alicante, Sección 2.ª, 242/2005, de 27 de abril [LA LEY 2026079/2005]).

Los Jueces y Tribunales han impuesto como pena accesoria la privación de la patria potestad (AP Cádiz, Sección 1.ª, 86/2005, de 26 de abril [LA LEY 2084387/2005]), la inhabilitación para la profesión de Profesor (AP Alicante, Sección 2.ª, 242/2005, de 27 de abril [LA LEY 2026079/2005]), o la inhabilitación para el ejercicio de la actividad como Conserje en la biblioteca municipal (AP Barcelona, Sección 7.ª, 327/2004, de 17 de marzo).

Artículo 193.

En las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la filiación y fijación de alimentos.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 111 y 120 a 126.

Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958, modificado por D 1138/1969, de 22 de mayo.

RD 762/1993, de 21 de mayo, por el que se modifican los arts. 170, 191 y la Disposición Transitoria Sexta del Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto del 14 nov. 1958, sobre inscripciones de nacimiento y de filiación: arts. 189 y 190.

La Sentencia 223/2001, de 12 de febrero [LA LEY 3393/2001], no admite que responda civilmente la compañía aseguradora que tiene concertada póliza con Consejería de Sanidad de Comunidad Autónoma por delito de agresión sexual cometido por Médico al no ser una acción u omisión profesional y estar al margen del ejercicio de su actividad.

La Sentencia 822/2005, de 22 de junio [LA LEY 2025035/2005], considera que en atención a que el acusado prestaba sus servicios como camarero para la empresa que regentaba el Hotel se encontraba en el lugar en el momento de los hechos, pues asistía a una fiesta organizada por la dirección para los empleados. Por lo tanto, su presencia en el lugar de los hechos se debía a su relación de dependencia con la empresa cuya responsabilidad civil se pretende, pues de no tratarse de un empleado no habría tenido acceso a la zona donde ocurren los hechos. Dependencia que, en esas condiciones, subsistía durante todo el tiempo en que permaneció en el lugar. De otro lado, es cierto que no se encontraba en el ejercicio de sus funciones en sentido estricto, pero su presencia en el lugar de los hechos, y las facilidades para acceder a ese lugar se derivan en todo caso de su relación de dependencia con la empresa y se producen en su propio ámbito de actuación, en cuanto había accedido a la zona en ese momento como consecuencia de una invitación de la empresa en atención a su condición de empleado de la misma. Dados los hechos probados, no es posible desvincular las actividades y servicios prestados por el acusado para la empresa, de su posibilidad de acceso y su presencia en el lugar de los hechos en el momento en que éstos ocurren, pues ambos vienen determinados por la actuación de la propia empresa con sus empleados. La responsabilidad civil subsidiaria no procedería sólo en el caso de que los actos delictivos estén desconectados del ámbito de las citadas actividades y servicios (Sentencia 1957/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 1379/2003]), lo cual aquí no ocurre.

En relación a la indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima de agresión sexual la Sentencia 993/2004, de 22 de septiembre [LA LEY 64/2005], recuerda que no son de aplicación los baremos previstos para la circulación de vehículos a moto, pues los daños ocasionados por un delito doloso, que nada tienen que ver con la circulación rodada. Declara que hay que atender a la petición objetiva e imparcial del Ministerio Fiscal y al dictamen del Médico Forense que precisó el alcance de los efectos psíquicos producidos. Y la Sentencia 655/2005, de 20 de mayo [LA LEY 2017479/2005] rechaza la revisión de la cuantía de la indemnización a la víctima por daños morales puesto que el Tribunal en una consideración omnicomprendiva de la causa —oídas las partes— ha estimado que con 12.000 euros queda compensado el daño moral de la víctima, es imposible sostener que esas mismas razones puedan dar base a una apreciación, en más o en menos, dispar a la efectuada. Añade dicha resolución que, por otro lado, el establecimiento de las bases de las responsabilidades civiles dimanantes del delito, no tienen las mismas connotaciones o exigencias en aquellos daños y perjuicios indemnizables que poseen una naturaleza o soporte, fácilmente cuantificable, de aquellas otras, como los daños morales, más evanescentes en su concreción dineraria. Fundamentalmente, éstos dependerán de criterios de prudencia y proporcionalidad y hallarán como único soporte la naturaleza, gravedad del hecho y efectos psicológicos producidos o racionalmente esperables en la persona de la víctima o víctimas, sin excluir que, en ocasiones, se puedan computar perjuicios económicos indirectos, que no es el caso.

Artículo 194.

En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia su clausura, temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar.

CONCORDANCIAS

CP: art. 129.

Esta medida ha sido aplicada en Sentencia 2231/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 211988/2001], en un caso de prostitución de menores en un local, pagándose a su propietario una cantidad por el alquiler de habitaciones; en 1397/2001, de 11 de julio [LA LEY 140380/2001], cuando se facilita el billete de avión y el dinero necesarios para venir a España a ejercer la prostitución en un local en el que se las obliga a permanecer; y en 76/2007, de 30 de enero [LA LEY 3288/2007], que recoge el supuesto del dueño de un local de alterne que permite a una menor de edad ejercer la prostitución en su establecimiento, cobrándole un tanto por ciento de cada uno de sus servicios por la utilización del local, sin que nunca le reclamara documentación alguna para demostrar su edad a pesar de su aspecto añado.

TÍTULO IX**DE LA OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO****Artículo 195.**

1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

3. Si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis a 18 meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 11, 142, 152, 189.4, 412, 450, 492, 618 y 619.

LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (§ 2.5): art. 1.

CPM: arts. 77.1.º y 5.º y 149 a 154.

Texto articulado de la Ley sobre Tráfico y Circulación de Vehículos de Motor y Seguridad Vial: art. 65.4.º.

RD 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores.

Redacción dada por la LO 15/2003, que modifica el apartado 3. La redacción anterior de dicho apartado decía:

«3. Si la víctima lo fuera por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio, la pena será de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y si el accidente se debiere a imprudencia, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses».

Bien jurídico protegido

La omisión del deber de socorro constituye un reproche desligado de cualquier relación con bienes jurídicos en peligro. Sus dos artículos, 195 y 196, constituyen el único contenido del título X del Código Penal, lo que indica que no tiene encaje en la tutela de otros bienes jurídicos como puede ser la vida o la seguridad personal. Se sanciona genéricamente una conducta insolidaria pero el legislador no le da una extensión indefinida, sino que la concreta a los supuestos de peligro manifiesto y grave para la vida o la integridad física. Sólo puede ser omitido cuando la prestación del auxilio suponga un riesgo propio o para terceros (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

Conducta típica

La Sentencia 42/2000, de 19 de enero [LA LEY 17955/2000], recoge los elementos del tipo del delito de omisión del deber de socorro, y, así, éste requiere: 1.º una conducta omisiva sobre el deber de socorro a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como puede ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita; 2.º una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente; y 3.º una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar.

El reproche se eleva a la categoría de delito cuando se falta a los deberes de solidaridad frente a una situación determinada, concreta y restringida, es decir, ante un peligro inminente y grave para una persona desamparada, que se ve afectada por una situación que pueda poner en riesgo su vida. La omisión del deber de actuar es reprochable precisamente por la insensibilidad ante esta situación que tiene que ser lógicamente conocida por el autor y no obstante ello abstenerse de intervenir pudiendo hacerlo (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

La Sentencia 671/2004, de 19 de mayo [LA LEY 13078/2004], considera que cumple con las exigencias del tipo el no prestar ayuda ni requerirla de terceros para asistir a la compañera de su padre a la que éste propinó una brutal paliza. También el omite prestar ayuda al sujeto pasivo del apuñalamiento, es decir, posterior a la consumación de la agresión con arma blanca que finalmente le ocasionó la muerte. En suma, una vez que se produce el apuñalamiento el recurrente debió haber intervenido para auxiliar a quien se encontraba en peligro manifiesto y grave, que conocía por haber presenciado la agresión con arma blanca (169/2008, de 8 de abril [LA LEY 74069/2008]).

Según la Sentencia 860/2002, de 16 de mayo [LA LEY 7321/2002], la obligación que impone el tipo no desaparece porque breve tiempo después acudieran ambulancias a socorrer el vehículo, ni porque uno de sus pasajeros resultara ileso. Asimismo, la Sentencia 1304/2004, de 11 de noviembre [LA LEY 169/2005], considera que existe el delito cuando el que ocasiona el accidente

se fuga y es perseguido por otro conductor, lo que no puede utilizarse de excusa posterior para no detenerse. Añade que del relato de hechos probados se deduce que concurrieron los elementos requeridos para la figura de delito de omisión del deber de socorro. Hubo un accidente ocasionado por la persona que luego omitió el auxilio debido. La redacción típica del delito de omisión del deber de socorro expresa este requisito de forma suficiente y amplia, abarcando todos los supuestos en que la conducta del luego denegador del auxilio ocasionó la situación en que se colocó a la víctima, incluso aunque se tratara de un suceso fortuito o de culpa del propio perjudicado o de otra persona diferente, pero, con más razón aún, cuando, como aquí ocurrió, hubo una acción imprudente al respecto por parte del que se marchó del lugar sin prestar auxilio alguno. La víctima de dicho accidente se encontraba en peligro grave, como lo ponen de manifiesto las lesiones que ocasionaron su posterior fallecimiento. Necesitaba, desde luego, un urgente traslado a un centro sanitario para que se le prestaran los debidos cuidados médicos. Tal peligro grave era manifiesto pues así lo revelaba la intensidad del golpe recibido por el ciclista. Por último, la víctima se encontraba desamparada, pues ella no tenía posibilidad de valerse por sí misma por las lesiones que padecía, y nadie la estaba asistiendo cuando el acusado la vio caída y se marchó del lugar (véase Sentencia de 10 de mayo de 1985 [LA LEY 6018-NS/0000]). El que existieran allí otras personas, que al menos en los momentos iniciales en que el ahora recurrente se marchó del lugar con su vehículo no prestaban asistencia alguna, no excusa el insolidario proceder del condenado. Todos tenían obligación de acudir en auxilio de quien así lo necesitaba por encontrarse herida en el suelo después del atropello, todos los allí presentes que se percataron de tal situación, sin que la mera presencia de unos pudiera excusar a los otros de su deber de socorrer; pero más que ningún otro estaba obligado a auxiliar quien había sido causa del accidente (y en grado superior aun por haberlo sido como consecuencia de su comportamiento imprudente, incluso temerario).

Elementos subjetivos

Dolo

La existencia de dolo, concluye dicha Sentencia, se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva (Sentencia 42/2000, de 19 de enero [LA LEY 17955/2000]).

Iter criminis

Por su parte, la Sentencia 2013/2002, de 28 de noviembre [LA LEY 670/2003], precisa que en el delito de omisión del deber de socorro se sanciona el incumplimiento de un deber de intervención para salvar el bien jurídico protegido en peligro, por lo que se hace preciso expresar en la tipicidad las condiciones en las que puede y debe actuarse para tratar de salvar el bien jurídico en peligro. Desde luego, continúa, es precisa la presencia en el momento del ataque y que éste no haya sido consumado, entendido como el momento en el que se perciba la inminencia del ataque. Es preciso, además, una posibilidad de impedir el ataque mediante una actuación concreta dirigida a la no realización de la agresión, lo que supone un estudio de la situación concreta y las posibilidades, también concretas, de actuación inmediata. Es la denominada ausencia de riesgo. Por eso, en la Sentencia 860/2002, de 16 de mayo [LA LEY 7321/2002], en relación con un accidente de tráfico, se expresa que la obligación de auxilio no se excluye por el hecho de que en breve tiempo después acudieran ambulancias a socorrer al vehículo accidentado, ni porque uno

de sus pasajeros resultara ileso. En consecuencia, la consumación del delito se produce desde el momento en que deja de prestarse el socorro.

Estaremos ante un supuesto de tentativa imposible en casos como el recogido en la Sentencia de 20 de diciembre de 1991 [LA LEY 1000340/1991] que considera que deduciéndose de los hechos probados el fallecimiento inmediato de la víctima no existe la persona desamparada que exige la construcción penal de la omisión tipificada por la Ley; sin embargo, en el relato no aparece reflejado, pero sí en el fundamento tercero de la Sentencia, que el acusado no adquirió certeza sobre el fallecimiento de la víctima, pues adoptó la decisión de desentenderse de su suerte y huir, al descender del vehículo y acercarse a ella con patentes muestras de nerviosismo. No existe la situación de desamparo que exige el precepto legal cuando la muerte inmediata de la víctima priva al acto de socorro de su potencial aptitud para modificar o influir en el curso del acontecimiento. Pero la omisión de todo intento de auxilio sin cerciorarse de si estaba ante un cadáver o un moribundo define en sus caracteres la tentativa imposible que aprecia la Sentencia recurrida, cuya punición —prevista en el art. 52 del CP 1973— es respuesta penal ajustada a la peligrosidad del sujeto, quien se ha mostrado como capaz de omitir el auxilio de haber sido necesario u oportuno, y a la impresión o conmoción que estas conductas producen en el medio. En la misma línea, la **Sentencia AP Asturias 234/2001, de 22 de octubre**, cuando precisa que el recurrente pudo darse cuenta de que había atropellado a una persona y que la había golpeado de forma violenta arrastrándola durante unos treinta o cuarenta metros, lo que le obligaba a detenerse e interesarse por su estado y prestar los primeros auxilios si fuere necesario. Ciertamente que se ha dicho que en los supuestos en que se ha causado la muerte ya no es posible prestar auxilio alguno, por lo que desaparecería uno de los requisitos del tipo, pero no debe olvidarse que esta situación sólo se dará en aquellos casos en que el causante del atropello tiene la certeza de la inutilidad del auxilio, certeza o seguridad que es difícil, por no decir imposible, obtener en los casos en que se continúa la marcha sin detenerse a comprobar los efectos de su acción. Y aun en los supuestos de que detenga la marcha, una persona sin conocimientos médicos no está normalmente en condiciones de asegurar que la víctima que yace inconsciente está muerta o necesita auxilio inmediato. Por tanto, concluye dicha Sentencia, no concurren todos los elementos definidores del tipo de omisión del deber de socorro, pero ello sólo quiere decir que el delito no se ha perfeccionado en su integridad, pero no por ello la conducta desarrollada por el recurrente debe dejar de merecer reproche penal. Ha realizado un hecho socialmente nefasto y reprochable en cuanto que no ha cumplido con el deber de solidaridad, y su conducta se puede incardinar en los supuestos del art. 52, párrafo segundo, del CP 1973, que castiga como tentativa los supuestos de imposibilidad de producción del delito.

La imposibilidad de producción deviene no por la actitud decidida del sujeto activo, sino por una circunstancia independiente de su voluntad, ya que la muerte no pudo conocerla de manera cierta al huir del lugar de los hechos, y en esos momentos era consciente de que estaba abandonando a una persona que necesitaba auxilio por encontrarse en peligro manifiesto y grave. El deber de solidaridad antes aludido le obligaba a interesarse por el resultado y consecuencias de su acción, y a prestar si era necesario su cooperación en los primeros auxilios.

Practica realmente todos los actos de ejecución, pero la situación de desamparo y peligro manifiesto y grave no se produce porque el fallecimiento instantáneo de la víctima hacía imposible cualquier género de ayuda, lo que nos sitúa ante un supuesto de delito imposible cuya punición está prevista en el art. 52.2 del CP 1973 equiparándola a la de los autores de una tentativa de delito.

Artículo 196.

El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 43.

CP: arts. 11, 12, 20.5.^a, 77, 347, 350, 371, 379 a 385.

Conducta típica

Según la Sentencia 2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002], la conducta típica del novedoso subtipo agravado del art. 196 del Código Penal vigente de 1995 se desdobra en dos, pues consiste, según la clara dicción del precepto, en denegar auxilio o abandonar los servicios sanitarios. En la figura del art. 196 CP en la que se contempla la denegación de asistencia sanitaria cuando de la misma se derive un riesgo grave para la salud de las personas. La omisión coincide en su desarrollo y exteriorización con el tipo general, pero, en el caso específico del profesional sanitario se conecta su conducta con el riesgo grave para la salud de las personas (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

Faltan los elementos del tipo de este delito en la auxiliar de clínica que confunde un bote de enema con otro de alcohol de apariencia similar, sin perjuicio de ser constitutivo de una falta de imprudencia (1701/2002, de 15 de octubre [LA LEY 86/2003]).

En el caso presente, se trata de una denegación de auxilio para asistir externamente a una persona que se encontraba en situación de riesgo para su salud a unos 50 metros del centro médico donde el acusado desempeñaba sus funciones. La única justificación que podría alegar, derivada de la no exigibilidad de otra conducta, sería la de encontrarse, en el momento de ser requeridos sus servicios, realizando un acto médico cuyo abandono pudiera, a su vez, suponer un riesgo para el paciente que estaba atendiendo. Este supuesto no se da en el caso presente, ya que, según los datos, cuando el celador le avisó informándole de la situación que se vivía a escasos metros del centro, el acusado no estaba realizando ninguna actividad médica (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

Elementos subjetivos*Dolo*

Su conducta es evidentemente antijurídica y culpable no pudiendo escudarse en la existencia de un delito imposible porque precisamente por su condición de técnico en medicina sabía que, por lo menos, era exigible la prestación de auxilio, sin perjuicio de que sus esfuerzos pudieran resultar inútiles debido al fallecimiento objetivo e irreversible de la persona que necesitaba la asistencia. Conoció perfectamente lo que sucedía y en ningún momento tuvo la certeza de que su auxilio era inútil. Dispuso de la percepción detallada de los elementos que configuraban la situación crítica y no obstante, teniendo conciencia de la necesidad y exigibilidad de su aportación médica no hizo nada, permaneciendo inactivo e indiferente a lo que estaba sucediendo (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

Error de tipo

El recurrente centra su alegación en el hecho de que desconocía, en el momento de ser requerido, que la persona estaba ya fallecida y que era inútil cualquier actuación médica. Para que esta circunstancia fáctica pueda excluir la existencia del delito es necesario que esté plenamente constatada, por datos indubitados que disipen cualquier duda sobre la insolidaridad de la conducta o la dejación del cumplimiento de sus funciones médicas (56/2008, de 28 de enero [LA LEY 12965/2008]).

Consumación y tentativa

Se consuma al realizarse, respectivamente, sus verbos rectores, denegar o abandonar y concurrir otros dos requisitos, ambos de naturaleza normativa, el primero es que la conducta comporte un riesgo grave para la salud y el segundo que el sujeto activo sea un profesional, obligado por normas extrapenales. El dolo debe abarcar el conocimiento de ese riesgo (2252/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 2228/2002]).

TÍTULO X

**DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD, EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN
Y LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO**

CAPÍTULO I

Del descubrimiento y revelación de secretos**Artículo 197.**

1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior.

4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 18.

CP: arts. 413 a 418.

CPM: arts. 52 a 56.

L 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, y RD 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrolla.

LOPJM.

L 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN

L 56/2007, de medidas de impulso de la sociedad de la información.

Instrucción de FGE 2/2006, de 15 de marzo, sobre el Fiscal y la protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de los menores.

Aspectos generales

Es evidente que este tipo entronca en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el art. 18.1 CE y como establecen la STC núm. 134/1999, de 15 de julio [LA LEY 10041/1999] y la Sentencia del Tribunal Supremo 358/2007, de 30 de abril [LA LEY 51946/2007], lo que tal precepto constitucional garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio y pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o pro-

hibir su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Indican las SSTC núm. 186/2000, de 10 de julio [LA LEY 9715/2000] y núm. 119/2001, de 24 de mayo [LA LEY 3644/2001] que el derecho a la intimidad garantiza la existencia de un ámbito propio y necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida. Este derecho fundamental, como dicen las SSTC núm. 156/2001, de 2 de julio [LA LEY 4591/2001] y la núm. 121/2002, de 20 de mayo [LA LEY 5741/2002], se halla estrechamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce, de tal suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar dicho ámbito frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida.

Elementos objetivos

Conducta típica (apartado 1)

La Sentencia 694/2003, de 20 de junio [LA LEY 2776/2003], hace un completo análisis del tipo contemplado en el núm. 1 del art. 197 recogiendo la doctrina de la Sala Segunda al respecto. Así, afirma que en ese precepto se contempla el tipo básico de descubrimiento y revelación de secretos, que tutela el derecho fundamental a la intimidad personal —que es el bien jurídico protegido—, garantizado por el art. 18.1 CE —derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen—, superando la idea tradicional del concepto de libertad negativa, materializado en el concepto de secreto que imperaba en el Código Penal derogado, art. 497.

La misma Sentencia describe la conducta típica del art. 197, en la que se pueden distinguir dos modalidades:

a) apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, y

b) la interceptación de telecomunicaciones o la utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o cualquier otra señal de comunicación. Esta última cláusula general trata de subsanar las posibles lagunas de punibilidad que se pueden derivar de los avances de la tecnología moderna.

Sujeto activo

Sujeto activo del tipo básico podrá ser cualquiera: *«el que»*, dice el texto legal; y sujeto pasivo ha de ser el titular del bien jurídico protegido y se corresponderá con el objeto material del delito, pues el concepto que examina utiliza el posesivo «sus» referido a papeles y también al otro supuesto, intercepta «sus telecomunicaciones». La precitada Sentencia rechaza que el sujeto pasivo no pueda serlo el cónyuge respecto a sus secretos o intimidad «repeliendo rotundamente» que exista una intimidad familiar o de dimensión familiar que pudiera autorizar a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia. Por eso, porque las relaciones familiares o conyugales no excusan ni justifican la conducta, la Sentencia 1641/2000, de 23 de octubre [LA LEY 10878/2000], confirma la condena de la acusada como autora de este delito tras declarar probado que aquélla, que se hallaba separada de su marido por Sentencia judicial, con quien mantenía malas relaciones, recogió y abrió una carta remitida a éste por el

Instituto Nacional de la Seguridad Social, y tras comprobar que en la misma constaba una notificación de revalorización de la pensión del marido, procedió la acusada a quedársela y a aportarla como documental en la demanda de alimentos presentada contra el esposo. Lo relevante, concluye dicha resolución, no es la apertura de la correspondencia, sino el apoderamiento de su contenido sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador (Tribunal Supremo 358/2007, de 30 de abril [LA LEY 51946/2007]).

Invade también la privacidad el trabajador que accede al ordenador de un compañero, hurga en su agenda personal y aprovechándose de ello envía *e-mails* de contenido que llevan un gran componente erótico. Existe en consecuencia un plus de antijuridicidad que la perjudicada no tiene la carga de soportar, máxime cuando obedece a una línea de conducta repetitiva, dado que no sólo envía mensajes molestos y perjudiciales para ella, que se insiste no tiene la carga de soportarlos de manera además casi continuada en el tiempo. Si a eso añadimos que no se limitó ahí la extensión de un hurgar en la agenda personal de la perjudicada, sino que se extendió igualmente según reza el propio hecho probado de la Sentencia apelada a otras personas compañeros del acusado averiguando datos de carácter personal sin su consentimiento, concluiremos que la conducta antijurídica debe ser digna de reproche penal (STC 34/2009, de 9 de febrero [LA LEY 3096/2009]).

Elementos subjetivos

Dolo

El elemento subjetivo de este delito está constituido por la conducta típica que ha de ser dolosa, pues no se recoge expresamente la incriminación imprudente, exigida conforme al art. 12 del texto legal, que ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar la intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para».

La Sentencia 694/2008, de 8 de octubre [LA LEY 175939/2008], determina que la parte subjetiva o interna del tipo contenido en el art. 197 CP, no sólo abarca el dolo, la voluntad de apoderamiento de los secretos transmitidos a través del correo, sino también un especial elemento subjetivo del injusto: la intención de descubrir aquéllos.

La SAP de Madrid, Sección 17.ª, de 7 de diciembre de 2005 [LA LEY 236673/2005], recuerda que la conducta típica debe ser dolosa, pues el tipo no recoge expresamente la conducta imprudente, y ha de llevarse a cabo con la finalidad de descubrir secretos o vulnerar su intimidad, ya que la dicción literal del precepto emplea la preposición «para». La acción del agente ha de estar encaminada a conocer secretos de la persona espiada sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, entendiendo por éstos lo desconocido u oculto, es decir, todo conocimiento reservado que el sujeto activo no conozca o no esté seguro de conocer y que el sujeto pasivo no desea que se conozca.

Error

Error de prohibición

Ya en Sentencia 2684/1992, de 2 de diciembre [LA LEY 12869/1992], se dice que es un delito que sólo admite la forma dolosa, aunque cabe el error de prohibición, vencible o invencible.

Iter criminis

Respecto al *iter criminis*, siempre siguiendo la Sentencia 694/2003 [LA LEY 2776/2003], es una figura que se integra en la categoría de delitos de intención, y en la modalidad de delito mutilado de dos actos, uno de apoderamiento, interceptación o utilización de artificios técnicos, unido a otro elemento subjetivo adicional: el dolo, consistente en el ánimo de realizar un acto posterior (descubrir el secreto o vulnerar la intimidad de otro), sin necesidad de que éste llegue a producirse. Por ello, la conducta típica del art. 197.1 se consuma con el apoderamiento, interceptación, etc., sin necesidad de que se produzca el efectivo descubrimiento de los secretos o vulneración de la intimidad, siendo posibles las formas imperfectas de ejecución: tentativa acabada o inacabada. Tesis que mantiene la Sentencia 224/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1037/2004], confirmando en este aspecto la Sentencia de instancia de la Audiencia Provincial de Vitoria, que establece que acreditándose que la instalación del sistema de escuchas llegó a ser completa, el delito quedó consumado, sin necesidad, por tanto, de que se lleguen a descubrir los secretos buscados o vulnerar la intimidad del otro, por lo que se cierra el círculo del dolo propio de este tipo delictivo.

Apartado 2

La Sentencia 1461/2001, de 11 de julio [LA LEY 6768/2001], considera que existe el delito previsto en este apartado 2 del art. 197, en el acusado, funcionario que, prevaliéndose de su cargo, obtiene usando las claves de otros compañeros, hojas del padrón correspondientes a diversas personas con destino que se ignora. La misma Sentencia razona que el acusado no ha acreditado que tuviese autorización del titular de los datos, o fuera de las personas que, tratándose de los casos previstos en la normativa vigente en el momento de la comisión de los hechos (LO 5 de regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal de 29 de octubre de 1992), tuvieran competencia para recabarlos y obtenerlos, ni lo hizo en la forma reglamentariamente establecida. Además, añade, en cuanto a la conciencia de la ilicitud, sabía que tales datos no se suministraban a cualquier persona que deseara conseguirlos. Si hubiera sido así, no se hubiera valido para su obtención de procedimientos de acceso subrepticios. También la Sentencia de 11 de junio de 2004 considera encajable en este precepto la conducta del funcionario que revela el lugar de trabajo de una persona contenido en los archivos de la SS, pues es un dato de carácter personal en el sentido que prevé el tipo, al referirse a uno de los ámbitos en los que la persona desarrolla y realiza su personalidad. No son datos a disposición de cualquiera y, como es obvio, no es un elemento con el que los funcionarios puedan comercializar libremente.

En esta misma línea, la anterior Sentencia 234/1999, de 18 de febrero [LA LEY 2231/1999], también considera típica la conducta del periodista que publica en el periódico que dos internos de un Centro Penitenciario padecen sida y que trabajan en la cocina de la prisión, obteniendo esta información del archivo informático al que el periodista tuvo acceso.

No existe, en cambio, este delito en la tramitación de una solicitud de licencia ante el Ayuntamiento que conlleva la exigencia de información pública, según la Sentencia 1287/1999, de 20 de septiembre [LA LEY 303/2000].

La Sentencia 1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005], recoge, referido al supuesto concreto de la grabación y difusión de un vídeo de contenido sexual que afecta a un conocido director de periódico, la doctrina de la Sala Segunda sobre el tipo del art. 197. Así,

recuerda que dicho delito no precisa para su consumación el efectivo descubrimiento del secreto o de la intimidad del sujeto pasivo, pues basta la utilización del sistema de grabación o reproducción del sonido o de la imagen —elemento objetivo— junto con la finalidad de descubrir los secretos o vulnerar la intimidad —elemento subjetivo—. El tipo básico se consume por el solo hecho de la captación de las imágenes del denunciante con la finalidad de vulnerar su intimidad, por ello se ha calificado como delito intencional de resultado cortado cuyo agotamiento tendría lugar si dichas imágenes se difunden, revelan o ceden a terceros, dando lugar entonces a un tipo compuesto. La misma Sentencia se ocupa del problema del error de prohibición en este delito. Respecto al error sobre la ilicitud del hecho, la Sala Segunda mantiene que no basta con alegar la existencia del error, sino que éste ha de quedar suficientemente acreditado, empleando criterios que se refieren básicamente a la posibilidad del autor de informarse sobre el derecho, de forma que cuando dicha información se presenta como de fácil acceso no se trata de que el error sea vencible o invencible, sino de cuestionar su propia existencia. Y, como en el caso concreto de la Sentencia, al tratarse de una actuación subrepticia que forma parte de un plan para llevar a cabo un negocio ilícito, la aceptación del mismo es incompatible con la concurrencia de un error sobre la ilicitud del hecho, es decir, que no esté prohibido por la norma vulnerar la intimidad de una persona.

La Sentencia 725/2004, de 11 de junio [LA LEY 1787/2004], perfila el concepto de privacidad a propósito de los datos que de los administrados manejan o disponen los funcionarios. Y, confirmando la Sentencia de instancia, admite que la Audiencia ha estimado que las mesas de los funcionarios no son lugares donde éstos desarrollen su privacidad, sobre todo cuando no se ha acreditado qué elementos personales guardaban en los cajones de sus mesas, ni tampoco cuál era el contenido del sobre que se fotocopió.

La cuestión del alcance del derecho de privacidad de los funcionarios se debe considerar en relación a los derechos de privacidad de otras personas que pueden resultar afectadas por su función pública. En efecto: el derecho al **respeto de la privacidad** asegura al ciudadano una esfera en la que éste pueda desarrollar y realizar su personalidad. Este derecho puede ser limitado, y lo está allí donde el individuo entra en contacto con legítimos intereses de terceros, legalmente protegidos, desde una función pública que lo convierte en garante de derechos de terceros. En tales supuestos, su actuación funcional no está cubierta por el derecho a la intimidad, pues ello sería tanto como excluir todo control eficaz sobre su actividad de garante. Este límite del derecho a la privacidad, por lo tanto, se deriva directamente del contenido del derecho fundamental y de la naturaleza específica de la competencia del funcionario. Dicho de otra manera: el lugar de trabajo de funcionarios que tienen el deber de custodiar la privacidad de los administrados no constituye un ámbito de privacidad del funcionario, dado que tal función requiere la existencia de rigurosos controles internos, si no se quiere poner en peligro de manera intolerable la privacidad de todos los titulares de datos personales protegidos de un archivo público. Es claro que este riesgo de la generalidad no es necesario para el desarrollo y la realización de la personalidad del funcionario.

Consecuentemente, los funcionarios públicos que tienen a su disposición la posibilidad de entrar en conocimiento de datos protegidos de terceros no pueden alegar que el manejo de tales datos se produce dentro del ámbito de la esfera reservada al desarrollo y realización de su personalidad, pues este límite de su privacidad surge directamente del derecho de múltiples ciudadanos que pueden verse afectados por una extensión del derecho de los funcionarios que impida todo control de una tarea que afecta de manera muy sensible a derechos de terceros.

Apartados 3, 4 y 5

3.º A la revelación de los secretos en relación a las conductas previstas en los números 1 y 2.

La citada Sentencia de 10 de diciembre de 2004 [LA LEY 252/2005] describe el delito autónomo del apartado 3.º como el que consiste en difundir, revelar o ceder a terceros imágenes captadas, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su captación. Se califica como autónomo porque el sujeto activo del mismo no ha intervenido en el tipo básico contra la intimidad y responde a razones de política criminal, cuales son evitar la impunidad de ciertas conductas ajenas a la vulneración directa del derecho fundamental, pero que igualmente atentan contra el mismo.

4.º A la cualificación del autor.

5.º Y a la revelación o descubrimiento de datos sensibles referidos a la ideología, religión, vida sexual, etc., o pertenecientes a menores o incapaces.

Respecto a este apartado, las Sentencias 1461/2001, de 11 de julio [LA LEY 6768/2001] y 1444/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 440/2005], destacan que este subtipo tiene como fundamento la especial protección de lo que se denomina el núcleo duro del derecho a la intimidad.

La SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 17 de octubre de 2005 [LA LEY 128/2006], considera típica la divulgación pública de los datos de filiación de una menor de edad, víctima de un delito contra la libertad sexual, que constaban en un informe forense.

Sin embargo, el Auto de la AP de Álava, Sección 2.ª, de 28 de noviembre de 2005 [LA LEY 48/2006], considera atípica la conducta del Médico que informa de la enfermedad que padece un candidato a policía municipal, lo que motivó la exclusión del afectado del proceso selectivo por padecer una diabetes prevista como causa excluyente. La resolución considera que la atipicidad de tal proceder porque se realizó en cumplimiento de la obligación deontológica de informar, con la finalidad de evitar un peligro al enfermo y terceras personas.

Apartado 6

6.º Y en cuanto al supuesto agravatorio del apartado 6, la Sentencia 1532/2000, de 9 de octubre [LA LEY 2665/2001], indica que supone el apoderamiento de secretos de otro con el fin de utilizar éstos en el propio beneficio del agente, cuya finalidad lucrativa constituye un incremento del injusto.

Finalmente, sobre las diferencias y similitudes entre el delito de revelación de secretos —art. 197— y el de violación de secretos —art. 417—, ver la Sentencia de 11 de junio de 2004 ya citada.

Artículo 198.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con las penas respectivamente previstas

en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 197, 534 y ss. y 584 y ss.

LECrIm.: art. 301.

LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y su Reglamento, aprobado por RD 596/1999, de 16 de abril.

LO 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (CNI).

Elementos objetivos

Conducta típica

Este precepto recoge una modalidad agravada del delito de descubrimiento o revelación de secretos del art. 197, atendiendo a la cualidad del autor como funcionario que se vale de su cargo para realizar la conducta típica descrita en aquel artículo. Así, comete este delito el funcionario de Policía que informa a un amigo de los antecedentes penales de diversas personas a cambio de precio, con el fin de valorar su contratación para la empresa de éste (713/2003, de 16 de mayo [LA LEY 10432/2004]). O también el funcionario que, utilizando las claves de acceso de otros compañeros, obtiene cerca de cuarenta hojas del Padrón correspondientes a diferentes personas, cuyo destino final se ignora (1461/2001, de 11 de julio [LA LEY 6768/2001]).

La Sentencia 725/2004, de 11 de junio [LA LEY 1787/2004], perfila el concepto de privacidad a propósito de los datos que de los administrados manejan o disponen los funcionarios. Y, confirmando la Sentencia de instancia, admite que la Audiencia ha estimado que las mesas de los funcionarios no son lugares donde éstos desarrollen su privacidad, sobre todo cuando no se ha acreditado qué elementos personales guardaban en los cajones de sus mesas, ni tampoco cuál era el contenido del sobre que se fotocopió. Esta conclusión es correcta.

La cuestión del alcance del derecho de privacidad de los funcionarios se debe considerar en relación a los derechos de privacidad de otras personas que pueden resultar afectadas por su función pública. En efecto: el derecho al **respeto de la privacidad** asegura al ciudadano una esfera en la que éste pueda desarrollar y realizar su personalidad. Este derecho puede ser limitado, y lo está allí donde el individuo entra en contacto con legítimos intereses de terceros, legalmente protegidos, desde una función pública que lo convierte en garante de derechos de terceros. En tales supuestos, su actuación funcional no está cubierta por el derecho a la intimidad, pues ello sería tanto como excluir todo control eficaz sobre su actividad de garante. Este límite del derecho a la privacidad, por lo tanto, se deriva directamente del contenido del derecho fundamental y de la naturaleza específica de la competencia del funcionario. Dicho de otra manera: el lugar de trabajo de funcionarios que tienen el deber de custodiar la privacidad de los administrados no constituye un ámbito de privacidad del funcionario, dado que tal función requiere la existencia de rigurosos controles internos, si no se quiere poner en peligro de manera intolerable la privacidad de todos los titulares de datos personales protegidos de un archivo público. Es claro que este

riesgo de la generalidad no es necesario para el desarrollo y la realización de la personalidad del funcionario.

Consecuentemente, los funcionarios públicos que tienen a su disposición la posibilidad de entrar en conocimiento de datos protegidos de terceros no pueden alegar que el manejo de tales datos se produce dentro del ámbito de la esfera reservada al desarrollo y realización de su personalidad, pues este límite de su privacidad surge directamente del derecho de múltiples ciudadanos que pueden verse afectados por una extensión del derecho de los funcionarios que impida todo control de una tarea que afecta de manera muy sensible a derechos de terceros.

Tipo subjetivo

Dolo

Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo 587/2007, de 28 de junio [LA LEY 95015/2007], resulta evidente que la funcionaria conocía el modo legal y regular de desempeño de su función, puesto que asiduamente lo practicaba; no cabe la menor duda de que era asimismo consciente de la calidad de los datos que obraban a su alcance; así como de que su obtención estaba sujeta a determinadas formalidades que, además, ella observaba en sus actuaciones dentro de la oficina.

Y siendo todo eso cierto, lo es también: que la entrega de los datos recabados por el funcionario del CESID se llevaba a cabo fuera del lugar de trabajo, más precisamente, en una cafetería; en régimen de absoluta informalidad, o mejor, de clandestinidad; evitando reflexivamente que de tal modo de operar pudiera desprenderse alguna constancia delatora; y, además, contra la recepción de un dinero opaco, entregado con el mismo sigilo. Este modo de proceder, desde luego, no sugiere falta de conocimiento de la calidad de las correspondientes acciones, sino más bien todo lo contrario. Por la gruesa obviedad del carácter penalmente antijurídico de las mismas y porque la forma de llevarlas a cabo se adecua con plena funcionalidad a la conciencia de la necesidad de ocultarlas.

Consumación y tentativa

De hacerse uso del verbo «inducir» en el sentido del diccionario, habría habido inducción o instigación a la realización de un delito, que no pasó de ese estadio por la rigurosa falta de disposición a delinquir del interpelado en tal sentido; que no dio comienzo en absoluto a la realización de la clase de acciones que se le reclamaba: es más, ni siquiera consideró la incitación de que había sido objeto a otro efecto que el de denunciarla. Así, todo lo más, podrá hablarse de una inducción intentada o una tentativa de inducción, y de Ricardo como frustrado inductor, dado que fracasó en su propósito de corromper. Pero, hay que insistir, sólo en el sentido del diccionario o en un plano jurídico-abstracto, que no es el del Código Penal. Porque en sentido legal, el art. 18, 2 *in fine* de éste condiciona la existencia de la inducción punible a la perpetración del delito inducido, sólo en el supuesto de que antes hubiera mediado provocación, además mediante el uso de ciertos medios (los del art. 18.1.º CP), que aquí no se dieron. De modo que no concurre ninguno de los presupuestos normativos de aquella.

La Audiencia descartó la hipótesis de la proposición por considerar que habría llegado a darse comienzo al delito, que es la razón de que se decantase por la tentativa. Pero el planteamiento no es aceptable, ya que, como se ha dicho, el funcionario concernido no dio comienzo a la clase de acciones que se le requería; y hacer tal cosa, dadas las circunstancias del caso, sin contar con

esa contribución, es algo que no estuvo al alcance de Ricardo, que, es claro, no llevó a cabo, ni siquiera pudo iniciar, acción alguna por sí misma apta para incidir en el ámbito de los «secretos» o de la «intimidad» que trataba de vulnerar. Con lo que, es obvio, ni éste ni aquél dieron comienzo a la realización de alguno de los actos nucleares del tipo de referencia (587/2007, de 28 de junio [LA LEY 95015/2007]).

Artículo 199.

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

ET: arts. 279, 466 y 467 y 5.º.a); 54.2.º.d) y 65.2.º
L 11/1986, de 20 de marzo, sobre Patentes.
L 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Bien jurídico protegido

Así, la Sentencia 574/2001, de 4 de abril [LA LEY 3385/2001], declara que este núm. 2 protege la intimidad y la privacidad como manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad de las personas. Se trata de un delito especial propio, con el elemento especial de autoría derivado de la exigencia de que el autor sea profesional, esto es, que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada. Añade dicha Sentencia que «la acción consiste en divulgar secretos de otra persona con incumplimiento de su obligación de sigilo». Por secreto, continúa, «ha de entenderse lo concerniente a la esfera de la intimidad, que sólo es conocido por su titular o por quien él determine». De ahí que la posterior Sentencia 417/2002, de 18 de febrero, considere que existe este delito cuando el acusado (Abogado) contaba con la autorización de uno de los firmantes del documento para su utilización donde estimase oportuno, porque entonces «*mal puede existir la acción típica exigida al no concurrir una infracción de los deberes profesionales de aquél*».

Elementos objetivos

Conducta típica

La conducta típica que contempla el núm. 1 de este precepto consiste en «revelar», esto es, en divulgar o poner en conocimiento de terceros, los secretos que se conozcan por razón del «oficio» o «relación laboral»; por eso, ya en la Sentencia de 24 de abril de 1989 [LA LEY 114746-JF/0000], en relación al precedente art. 499 del CP de 1973, considera que tal oficio o relación laboral debe existir en el momento de la comisión, es decir, que los actos precisos para la dinámica comisiva

tuvieron necesariamente que ser ejecutados vigente la relación laboral y que la consumación dada por la acción típica «revelar» también de manera forzosa se produjo durante tal vigencia. Si se trata de la prestación de servicios profesionales, habría que acudir al núm. 2 de este artículo.

La tipicidad radica no tanto en la especial condición de profesionales cuanto en la actividad típica del incumplimiento de su obligación profesional que le imponía abstenerse de utilizar los contenidos secretos que se le habían encomendado por razón de su actividad profesional. La más elemental dignidad ética les obligaba a disuadir a su cliente de la utilización de estos medios fraudulentos, no hacerlo así e integrarse voluntariamente en la cadena de transmisión de los secretos les convierte en autores del delito por el que han sido condenados (STS 302/2008, de 27 de mayo [LA LEY 61786/2008]).

Elementos subjetivos

Dolo

Existe un verdadero dolo de divulgar cuando, a la vista de los hechos probados resulta incuestionable que los Letrados, conociendo por su condición de profesionales que los datos no podían ser utilizados para chantajear a una persona, sin grave quebranto de sus deberes deontológicos, los recibieron, los conocieron, no rechazaron su utilización y además valiéndose de su condición profesional, elemento típico del art. 199.2.º, los utilizaron sin reparos, conscientes de la ilegalidad que estaban cometiendo para conseguir unos fines absolutamente ilícitos sobre la conminación de difundir los secretos conocidos exclusivamente por su actividad profesional (STS 302/2008, de 27 de mayo [LA LEY 61786/2008]).

Artículo 200.

Lo dispuesto en este capítulo será aplicable al que descubriere, revelare o cediere datos reservados de personas jurídicas sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otros preceptos de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 278, 279 y 285.

Aspectos generales

Como toda la doctrina pone de manifiesto, sólo impropriamente puede hablarse de intimidad de las personas jurídicas; la intimidad, como tal, sólo es predicable de las personas físicas, pues es una derecho de la personalidad cuyo ámbito propio de proyección es la vida personal y familiar.

Esa intimidad, o mejor, este derecho a la intimidad, es lo que protegen los arts. 197 y ss. del Código Penal, siquiera en ellos se trate de delimitar ese concepto vago y difuso, de complicada delimitación conceptual y práctica, mediante la alusión al «secreto» o los «datos reservados», a veces en abstracto, a veces a través de la protección de los objetos típicos en que la intimidad se manifiesta, como es el caso de la correspondencia, comunicaciones, etc., y, además, como corresponde al Derecho penal, la tutela no abarca todas las manifestaciones de la intimidad o todos

los ámbitos de ésta que podrían catalogarse, sino tan sólo su aspecto más esencial definido por la norma penal por el concepto de «secreto», pues existe una paralela protección civil del derecho fundamental de la intimidad bastante a otros muchos efectos.

Para mayor garantía de ese derecho a la intimidad de las personas físicas, el legislador de 1995 tipificó como delito la vulneración de la «intimidad» de las personas jurídicas, adelantando así la barrera de protección; no porque éstas en sí mismas puedan gozar de ese derecho, sino porque en la medida en que pueden guardar y manejar datos que aun refiriéndose a sí mismas afecten también a personas físicas, deben gozar de la protección penal en el uso «secreto» de esos datos; se trata, por tanto, de una protección de su «intimidad» instrumental, pero precisamente por su regulación legal ha de reconocerse la configuración de un ámbito de secreto también en las personas jurídicas.

Bien jurídico protegido

La extensión de ese ámbito de intimidad debe delimitarse en función del propio bien jurídico protegido por la norma, que es la intimidad de personas físicas; y así, a la hora de fijar sus límites debe atenderse en todo caso a la trascendencia de los datos respecto de personas físicas evitando, como exige la mejor doctrina, una interpretación extensiva. Por lo demás, la figura delictiva del art. 200 CP tiene también sus límites marcados por la existencia de otras figuras delictivas que protegen los secretos propiamente industriales, comerciales y mercantiles, los arts. 278 y 279 del Código Penal (AP Cantabria, Sec. 1.ª, Auto 9/2001, de 1 de febrero [LA LEY 27634/2001])

Conducta típica

Valorando a la luz de lo expuesto la información que el autor de los hechos, sea quien fuere, trasmitió a la Hacienda Pública, ha de negarse en criterio de este Tribunal su carácter típico. Se trata de datos relativos a cuestiones tales como la incorrección del porcentaje de retención del IRPF en la nómina del gerente de la empresa, la no declaración por la sociedad como ingreso del gerente, el uso de un vehículo adquirido por la empresa, la deducción como gasto de los consumos de ese vehículo y el no cómputo de esto como ingreso del gerente y el pago por la empresa de los viajes privados del gerente. Obviamente, esas conductas eran mantenidas «en secreto» por la sociedad, pero no por ello pueden considerarse sin más amparadas por la protección penal de la intimidad, so pena de admitir una concepción absolutamente subjetiva de ésta y proteger la impunidad de conductas ilícitas penal o administrativamente. Lo decisivo es que se trataba en todo caso de datos relativos a las relaciones, laborales o de servicios, de la sociedad con el gerente y a su tratamiento fiscal y en las cuentas sociales, y tal materia no puede considerarse que pertenezca a la intimidad de la persona física, pues no afecta al núcleo de su vida privada y familiar, aquel ámbito en que se da una exclusión absoluta del conocimiento de terceros y es dependiente únicamente de la voluntad del titular, y en esa medida tampoco puede considerarse que esos datos constituyan secretos de la sociedad cuya revelación deba considerarse delictiva; y, desde luego, la mera referencia al uso de un automóvil y al destino de unos viajes en avión tampoco. Ciertamente, la Audiencia Provincial de Alicante, en la Sentencia antes citada, consideró delictiva la revelación de un documento «informativo de riesgos» de una entidad bancaria, pero ni este Tribunal está obligado a compartir ese criterio, ni es asimilable el supuesto de hecho de esa Sentencia con el aquí enjuiciado (AP Cantabria, Sec. 1.ª, Auto 9/2001, de 1 de febrero [LA LEY 27634/2001]).

Artículo 201.

1. Para proceder por los delitos previstos en este capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del artículo 130.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 25, 86 y 130.4.º.

CAPÍTULO II**Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas
y establecimientos abiertos al público****Artículo 202.**

1. El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Si el hecho se ejecutare con violencia o intimidación la pena será de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 18.2, arts. 40 y 41 respecto al concepto de domicilio.

LECrím.: art. 553.

LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (§ 2.5): art. 1.

Bien jurídico protegido

En el delito de allanamiento de morada, con el que se pretende salvaguardar bienes personalísimos como la inviolabilidad del domicilio, que «constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido (...) para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública»,

exención o inmunidad que tienen su causa y razón de ser en que el domicilio es, como se dice en la citada Sentencia del TC «un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima». El valor constitucional de la intimidad personal y familiar que explica el mayor rigor punitivo con que se protege en el CP vigente la inviolabilidad del domicilio de las personas físicas, sugiere que debe ser el derecho de éstas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el art. 202 CP, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse «puesto» siempre que la privacidad resulte lesionada o gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entre en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito (STS 2/2008, de 16 de enero [LA LEY 17703/2008]).

Elementos objetivos

Conducta típica (apartado 1)

El **apartado 1** de este precepto recoge el tipo básico del delito de allanamiento de morada en el que destaca como concepto normativo el de «domicilio». Según constante jurisprudencia que recoge la Sentencia 1344/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 1083/1999], el «*domicilio*» que protege el tipo es un concepto más amplio que el que proporciona el Código Civil, y así se extiende a todo espacio cerrado en el que el individuo pernocte y tenga guardadas sus pertenencias, aunque la utilización del mismo sea temporal, accidental u ocasional (así, habitación de un hotel). De otro lado, tampoco la protección penal se limita al lugar donde el sujeto reside, pernocta y, en general, realiza la vida doméstica (art. 202 CP), sino también comprende el ámbito cerrado donde desarrolla privadamente su actividad laboral —oficinas—, comercial —tiendas— o profesional —despachos, bufetes— (art. 203 CP), siempre que se trate de lugares sobre los que los moradores sean competentes para excluir de ellos a terceras personas.

De tal manera que la entrada u ocupación de un inmueble que no reciba acomodo en el descrito amplio concepto de domicilio no sería constitutiva de un delito de allanamiento, sino, en su caso y dándose los elementos del tipo, de un delito de usurpación del art. 245.2 CP.

Lo decisivo es entrar o permanecer en el domicilio o morada sin la autorización o consentimiento expreso o tácito en contra de su titular. Así, la Sentencia 1499/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 10193/2003], declara que lo que realmente excluyó el delito es que la entrada en la vivienda se produjo con el consentimiento del único morador que en aquella ocasión pudo consentirlo. En ese caso, los acusados junto con el ofendido, que se hallaba retenido en el coche, decidieron dirigirse al domicilio del mismo con el fin de comprobar si en su interior se hallaban los efectos que aquéllos decían sustraídos. El ofendido accedió a que los acusados entrasen a su vivienda con el fin de buscar los citados efectos, sin que, de esta manera, prosperara la tesis del Ministerio Fiscal de que dicho consentimiento no tendría valor porque se trataba de una persona detenida contra su voluntad, ya que, insiste la Sentencia citada, desde el momento que el ofendido accedió a que entraran a su vivienda y el mismo le abrió la puerta a uno de ellos, el delito de allanamiento quedó excluido, por existir aquiescencia precisa de su morador, que elimina la antijuridicidad del hecho.

Por el contrario, la más reciente Sentencia 805/2003, de 18 de junio [LA LEY 12763/2003], admite la existencia de este delito cuando se penetra por una ventana rompiendo un cristal, lo que acredita que el acusado conocía perfectamente que ya no disponía de la vivienda para su uso. También cuando se entra en morada ajena aunque la llave se hubiera obtenido sin vulnerar norma

alguna e, incluso, cuando el titular le entregó su llave, pero se había sacado una copia sin su consentimiento (Sentencia 371/2001, de 12 marzo [LA LEY 4374/2001]). O cuando esta voluntad contraria del morador se deduce tácitamente de los empujones y daños que sufrió (Sentencia 1775/2000, de 17 de noviembre [LA LEY 1464/2001]).

También, según la Sentencia 1087/2003, de 21 de julio [LA LEY 128151/2003], se da el tipo cuando el acusado a pesar de haber entrado muchas veces en la morada de la víctima de la agresión sexual, nunca se hizo con su consentimiento.

La Sentencia 2011/2004, de 29 de septiembre [LA LEY 2370/2004], considera la existencia del delito de allanamiento de morada porque el acusado aprovechó la ausencia de la que fuera su «pareja de hecho», para presentarse en el domicilio de ésta y dado que había cambiado las cerraduras, avisó a los bomberos diciendo que vivía en la casa y que se había dejado las llaves dentro. Constatado este hecho por algún vecino, con ayuda de los bomberos consiguió introducirse en la vivienda, en que esperó hasta el regreso de aquélla sobre las 21,30 horas de ese día. Además, razona la Sentencia, se acreditó en el juicio que el acusado conocía que su novia, que había abandonado la vivienda tras la ruptura, había regresado a la misma y había cambiado la cerradura para mostrar su voluntad de que aquél no entrara, pese a lo cual éste penetró en el piso incluso con la ayuda de los bomberos a quienes engañó haciéndoles ver que allí vivía él, lo que algún vecino pudo corroborar (también engañado).

En el mismo sentido, la Sentencia 723/2004, de 4 de junio [LA LEY 13024/2004], que aprecia el delito en el ex compañero sentimental que, tras romper la relación, y mudarse a otra vivienda penetra en dos ocasiones en la de la denunciante. Y la anterior Sentencia 1682/2003, de 15 de diciembre [LA LEY 1598051/2003], declara la existencia de este delito para agredir a la víctima en tanto en cuanto supone la intromisión en vivienda ajena y contra la voluntad de su morador, cualquiera que fuere la intención o finalidad con la que se lleva a cabo.

Elementos subjetivos

Sujeto activo

El **sujeto activo** puede serlo cualquier particular que no habite en la morada en cuestión que, por tanto, ha de ser «ajena».

Sujeto pasivo

Es el morador que legítimamente utiliza la morada y tiene el derecho de admisión y exclusión.

Tipo agravado (apartado 2)

El **apartado 2** contempla el tipo agravado en consideración a ejecutar en la conducta descrita en el anterior apartado, «*con violencia o intimidación*». Así, la Sentencia 496/2003, de 1 de abril [LA LEY 12590/2003], declara la existencia de este delito en el supuesto de la fractura de la puerta de la vivienda de la compañera sentimental cuando no convivían ambos en ella. La más reciente 474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004], confirma la condena por este núm. 2 al acusado que blandiendo una navaja e introduciendo un pie para evitar que se cerrara la puerta empuja a la víctima para penetrar en la vivienda.

El subtipo agravado comprende aquellos supuestos en que la violencia o intimidación se hayan ejercitado para entrar o mantenerse en la morada ajena y comprende también los supuestos de *vis in re*, entendiendo la jurisprudencia equiparable la violencia o intimidación en las personas con la ejercitada *in rebus* siempre que la violencia material sobre las cosas sea el medio de ejecución de allanamiento, esto es, que se trate de fuerza material o real y no la prevista en los números 1 y 4 del antiguo art. 504 (actual art. 238).

En el caso que se analiza en el relato fáctico sólo se señala que los acusados «habían llegado hasta la casa chalet y se habían introducido en el jardín, donde, enfundadas las cabezas en una prenda que dejaba a la vista sólo los ojos y empuñando dos pistolas (...) y dos cuchillos abordaron al propietario que, de vuelta de cenar fuera, entró en aquella zona en primer lugar, y después a su esposa a la que sujetaron y taparon la boca para que no gritase», relatando a continuación todos los actos violentos ejecutados y actos depredatorios cometidos, así como la inmovilización de las dos personas con el cable de un aparato del jardín. Consecuentemente no se describe de que forma penetraron en el jardín y la violencia ejercitada fue única y exclusivamente encaminada, no a permanecer en la vivienda, sino a la realización del delito contra la propiedad. Estimar la misma, además, como cualificadora del subtipo agravado art. 202.2 supondría infracción del principio *non bis in idem* al valorarse doblemente la misma circunstancia (STS 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]).

Elementos subjetivos

Dolo

El art. 202 del CP no exige un específico ánimo subjetivo en la figura del allanamiento domiciliario, si bien alguna vez la doctrina jurisprudencial lo exigió, la doctrina mayoritaria se conformó con el dolo genérico (STS 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007]).

El tipo no exige un elemento subjetivo específico: es suficiente con que se «ponga» el tipo objetivo con conciencia de que se entra en un domicilio ajeno sin consentimiento de quienes pueden otorgarlo y sin motivo justificante que pueda subsanar la falta de autorización, pues dicha conciencia necesariamente comporta la de que se invade el espacio en que otras personas viven sin sujeción a los usos y convenciones sociales y ejerciendo su más íntima libertad. La conducta positiva —entrar o permanecer en morada ajena— ha de realizarse contra la voluntad del morador o del que tiene derecho a excluir, voluntad que puede ser expresa, tácita y hasta presunta: no es necesario que sea expresa y directa, bastando que lógica y racionalmente pueda deducirse de las circunstancias del hecho o de otras antecedentes (STS 2/2008, de 16 de enero [LA LEY 17703/2008]).

Concursos

La cuestión del **concurso** con el delito de robo con violencia o intimidación es resuelta por la Sentencia 479/2003, de 31 de marzo [LA LEY 61585/2003], que entiende que existen diversos bienes jurídicos tutelados por la norma en los delitos de robo violento y allanamiento de morada, en cuanto al primero protege el patrimonio y el otro la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, sin que el art. 202 del CP vigente exija un específico ánimo subjetivo en la figura del allanamiento domiciliario, pues si bien alguna vez la doctrina jurisprudencial lo exigió, la doctrina mayoritaria se conformó con un dolo genérico. Esta conclusión, continúa dicha Sentencia, viene además avalada por la inexistencia de agravación alguna que contemple y otorgue alguna relevancia a la circunstancia de que el delito de robo violento se ejecute en la

morada del ofendido, tal como ocurre con el delito de robo con fuerza en las cosas cuando se comete en casa habitada. En consecuencia, no cabe la absorción del delito de allanamiento de morada por el de robo y ambas figuras son compatibles. En el mismo sentido, las Sentencias 1634/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 1674/2002], 372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003] y 580/2003, de 21 de abril [LA LEY 73392/2003], que manifiesta que el robo con intimidación no absorbe el delito de allanamiento si la intención inicial del acusado no era el apoderamiento.

La STS 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], si apreció un concurso medial entre el delito de allanamiento de morada, delito de robo con violencia y uso de armas y un delito de detención ilegal, y otro concurso medial entre el delito de robo con violencia y uso de armas y el segundo delito de detención ilegal. Igualmente, las Sentencias TS 144/2008, de 27 de febrero [LA LEY 31964/2008], 66/2008, de 23 de enero, TS 114/2008, de 27 de febrero [LA LEY 31964/2008], TS 85/2009, de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009].

Por su parte, la STS 667/2008, de 5 de noviembre que los hechos sucedidos son constitutivos de un único delito de agresión sexual —arts. 178, 179, 180.1.5—, uso de armas u otros medios igualmente peligrosos susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los arts. 149 y 150 en concurso medial con un delito de allanamiento morada del art. 202.1 CP (STS 667/2008, de noviembre [LA LEY 175949/2008] y STS 581/2008, de 8 de octubre [LA LEY 152144/2008]).

Artículo 203.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a diez meses el que entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, el que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 202 y 635.

Elementos objetivos

Conducta típica

La Sentencia TS 1048/2000, de 14 de junio [LA LEY 121953/2000], señalaba la necesidad de no aplicar tal doctrina a casos distintos de aquellos para los que se había establecido, al señalar que «lo que se expresa en esta doctrina de la Sala es que, protegiéndose en el art. 203 ciertas formas de intimidación profesional o mercantil, aunque con una menor intensidad punitiva que la empleada para la protección de la intimidad personal y familiar» (S de 5

May. 1999) —y siendo esta privacidad de menor rango la que debe servir para interpretar correctamente los delitos previstos en el art. 203 CP— Sentencia de 13 Jun. 1998 [LA LEY 7938/1998] la entrada en uno de aquellos locales con ánimo depredatorio, fuera de las horas de apertura, no integrará el nuevo delito de allanamiento, sino cuando conscientemente se lesione o ponga en peligro la privacidad profesional, mercantil o de otra parecida índole que en dichos locales se encuentre reservada (SAP Pontevedra, Sec. 5.ª, 17/2008, de 22 de enero [LA LEY 8461/2008]).

El art. 203 CP se refiere a quien entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional, oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura. En nada afecta a esta resolución si las actividades que lleva a cabo la entidad denunciante se permiten o no por la administración, pues bastaría la existencia de diligencias penales abiertas en diversas sedes judiciales para legitimar la investigación de los agentes (AP La Coruña, Sec. 6.ª, Auto 298/2008, de 18 de diciembre [LA LEY 318577/2008]).

Concursos

Los principales problemas que han sido tratados por la jurisprudencia en torno al tipo del art. 203 se refieren al concurso con otros delitos y, particularmente, a la compatibilidad con los delitos contra el patrimonio cometidos en estos establecimientos o locales abiertos al público. Se acoge mayoritariamente la tesis de la absorción del delito de allanamiento por el ataque al patrimonio, pues el ánimo de sustraer absorbe y excluye el ánimo de allanar.

Concurso medial o instrumental

La Sentencia 757/1999, de 14 de mayo [LA LEY 5766/1999], admite que pese a que la acusada entró en un local abierto al público (una peluquería), durante las horas de apertura, contra la voluntad de su titular, empleando la intimidación en el momento de entrar y tanto la intimidación como la violencia durante su permanencia en el local, no puede ser apreciado el delito de allanamiento de local abierto al público junto con el de robo porque no nos encontramos ante un solo hecho que constituye dos infracciones, sino ante dos infracciones —el allanamiento del local y el robo—; la primera como medio necesario para cometer la segunda. Nos encontramos ante un concurso medial o instrumental cuyo presupuesto es que cada uno de los delitos se encuentre realizado en su integridad de forma autónoma, sin que quepa que alguno de sus elementos constitutivos sirva para integrar al mismo tiempo más de un tipo delictivo, so pena de incurrir en clara vulneración del principio *non bis in idem*. En el supuesto enjuiciado, la violencia e intimidación utilizada por la acusada en el acto depredatorio convirtió éste en delito de robo, pero no pudo tener simultáneamente la función de convertir en penalmente típicos la entrada y el mantenimiento en el local. El único delito realmente perpetrado, por haber sido el único tipo íntegramente realizado, fue el delito de robo con violencia e intimidación.

En esta misma línea, la Sentencia 119/2000, de 28 de enero [LA LEY 5790/2000], considera que la entrada en el establecimiento bancario se hizo con la exclusiva finalidad de obtener un lucro económico, apoderándose de dinero, sin que en modo alguno se hubiera proyectado sobre bienes jurídicos atinentes a la intimidad o privacidad del titular o usuario del establecimiento que no ha resultado más de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno.

Concurso material

Sin embargo, las más recientes Sentencias admiten la compatibilidad del delito de allanamiento con el delito de robo y con otros. Así, la Sentencia 372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003], citando otras Sentencias anteriores (Sentencias 1634/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 1674/2002]; 591/1997, de 16 de junio; 741/1998, de 28 de abril; 858/1999, de 26 de mayo [LA LEY 8823/1999]), considera compatible el delito de robo con violencia e intimidación y el allanamiento de morada atendiendo a los distintos bienes jurídicos que una y otra figura delictiva protegen —el patrimonio y la integridad física en el robo, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio en el allanamiento— y ponderando el «plus» de antijuridicidad y de peligrosidad que comporta la ejecución del robo violento en la morada del expoliado, y valorada también la desigualdad que supone que la agravante de casa habitada se ha previsto en el Código Penal de 1995, para el robo con fuerza en las cosas, en el art. 241, y no para el robo con violencia e intimidación. En definitiva, carece de sentido atribuir un plus de penalidad al robo con fuerza en casa habitada, y conceder un trato privilegiado al robo violento en morada ajena. Y la Sentencia 234/2003, de 19 de febrero [LA LEY 1271/2003], rechaza que el delito de allanamiento de una oficina se encuentre embebido en el delito de detención ilegal, pues no sólo no era imprescindible para la comisión de este delito, que podría haberse ejecutado en distinto lugar, sino que, además, vulnera un bien jurídico diferente del protegido por aquél.

En cambio, la Sentencia 776/2000, de 4 de mayo [LA LEY 7486/2000], rechaza la existencia de este tipo cuando la entrada en las dependencias a las que se refiere lo es con el ánimo de sustraer objetos del establecimiento, porque, explica, la diversidad de bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de los arts. 237 y 203 es manifiesta y son, respectivamente, el patrimonio y la privacidad. Únicamente cuando el culpable, al penetrar en el establecimiento mercantil o local abierto al público, pretenda no sólo el apoderamiento de las cosas muebles ajenas sino que persiga también otras finalidades —como, por ejemplo, examinar documentos u obtener información comercial— se lesionaría específicamente un ámbito de privacidad legalmente protegido distinto del patrimonio y se estaría en el escenario propio del concurso de delitos al vulnerarse claramente, en ese caso, dos bienes jurídicos diferentes, lo que es llano que en el presente caso no se produjo pues la introducción en el local la hizo el acusado con el exclusivo «ánimo de obtener un beneficio económico», apoderándose de efectos y dinero sin que, como en el caso contemplado en la Sentencia 44/1999, de 18 de enero se hubiera proyectado sobre bienes jurídicos atinentes a la intimidad o privacidad del titular o usuario del establecimiento, que no ha resultado afectada más allá de lo imprescindible para materializar el ataque al patrimonio ajeno.

Las Sentencias 194/2000, de 16 de febrero, 244/2000, de 15 de febrero, 375/2000, de 11 de marzo y la 400/2000, de 14 de marzo, todas ellas descartan la existencia de este tipo por absorción por un delito de robo con fuerza en las cosas.

Artículo 204.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena prevista respectivamente en los mismos, en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 534.1.

Conducta típica

La Sentencia 1744/2000, de 14 de noviembre [LA LEY 892/2001], declara inexistente este tipo en la conducta del Alcalde que ordena cumplimentar el desalojo de una vivienda cuando ya el morador se había trasladado de domicilio. Los funcionarios municipales, concluye, entraron en un inmueble destinado a vivienda, pero no en la vivienda que servía de domicilio al recurrente. No concurre, en consecuencia, un elemento esencial e indispensable para que se pueda entender integrado el tipo penal de allanamiento in consentido del domicilio.

TÍTULO XI

DELITOS CONTRA EL HONOR

CAPÍTULO I

De la calumnia

Artículo 205.

Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 10, 18 y 20.1.

CP: arts. 30, 57, 131.1, 456, 458 a 462, 490.3, 491 y 504.

LOPJDFP.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

LOPJM 1/1996.

Bien jurídico protegido

Tanto en el delito de calumnia como en el de injuria, es el **derecho al honor** (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001] y TC 185/2002, de 14 de octubre [LA LEY 7870/2002]), que garantiza el art. 18 CE junto a los derechos a la intimidad y a la propia imagen, derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados de la «dignidad de la persona» que reconoce el art. 10 CE (SSTC 107/1988, de 8 de junio [LA LEY 3675-JF/0000] y 231/1988, de 2 de diciembre [LA LEY 1166-TC/1989]), debiendo entenderse como «honor» la pretensión de respeto que corresponde a las personas como consecuencia del reconocimiento de su dignidad (AP Madrid, de 23 de septiembre de 2002 [LA LEY 154950/2002]), pero teniendo en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado y cambiante (TC 297/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 3901/2001]) que depende de las normas, ideas y valores vigentes en cada

momento (TC 46/2002, de 25 de febrero [LA LEY 4476/2002] y 127/2003, de 30 de junio [LA LEY 2544/2003]).

El honor es un derecho fundamental que protege frente al «desmerecimiento en la consideración ajena», pues lo perseguido por el art. 18.1 CE «es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás», confiriendo a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (TC 297/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 3901/2001], 204/2001, de 15 de octubre [LA LEY 8640/2001] y 127/2003, de 30 de junio [LA LEY 2544/2003]).

También lo es la **fama y la dignidad de las personas** (TC 148/2001, de 27 de junio [LA LEY 6805/2001]) que debe ser protegida de las expresiones y mensajes que puedan hacerla desmerecer de la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio (TC 9/2007, de 15 de enero [LA LEY 217/2007]; TC 49/2001, de 26 de febrero [LA LEY 3251/2001]), siendo límite del derecho a la información y libertad de expresión (TC 78/1995, de 22 de mayo [LA LEY 13079/1995]) consagrados en el art. 20 CE.

Incluye el **prestigio profesional** (SSTC 282/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 22/2001] y 180/1999, de 11 de octubre [LA LEY 11908/1999]) porque los calificativos formalmente injuriosos o innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, la crítica vejatoria, descalificadora y afrentosa de una persona que se dirige contra su comportamiento en el ámbito en el que desempeña su labor u ocupación, pueden hacerle desmerecer ante la opinión ajena con igual intensidad y daño que si la descalificación fuese directamente de su persona (TC 223/1992, de 14 de diciembre [LA LEY 2065-TC/1993]). Y ello es así porque la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga (TC 180/1999, de 11 de octubre [LA LEY 11908/1999]). Pero la simple crítica a la pericia profesional en el desempeño de una actividad no es, sin más, un atentado al honor (SSTC 180/1999, de 11 de octubre [LA LEY 11908/1999] y TC 40/1992, de 30 de marzo [LA LEY 1883-TC/1992]) sin perjuicio de que esa crítica, o la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo o ejercicio de una actividad profesional, pueda lesionar el derecho al honor cuando exceda de la libre evaluación y calificación de una labor profesional ajena, para encubrir, con arreglo a su naturaleza, características y forma, una descalificación de la persona misma (SSTC 223/1992, de 14 de diciembre [LA LEY 2065-TC/1993] y 46/1998, de 2 de marzo [LA LEY 2875/1998]), lo que en modo alguno debe confundirse con el daño patrimonial que pueda ocasionar la censura de la actividad profesional. El no ser en la consideración de un tercero un buen profesional o el idóneo para realizar determinada actividad, no siempre es un ataque contra el honor del así considerado (TC 180/1999, de 11 de octubre [LA LEY 11908/1999]).

Cuando con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información reconocidos en el art. 20.1 CE o del ejercicio del derecho de defensa resulte afectado el derecho al honor, el órgano jurisdiccional ha de realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está o no justificada por hallarse dentro del ámbito de las libertades de expresión e información (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]), debiendo resolver el conflicto latente entre

tales derechos (TC 204/1997, de 25 de noviembre [LA LEY 11571/1997]) siendo los criterios fundamentales que han de tomarse en consideración para la realización de dicha ponderación, los siguientes (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]):

a) El valor preponderante de las libertades garantizadas en el art. 20 CE sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces un máximo nivel de eficacia justificada frente a los derechos garantizados por el art. 18.1 CE en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática (SSTC 172/1990, de 12 de noviembre [LA LEY 1569-TC/1991], 3/1997, de 13 de enero [LA LEY 2023/1997] y 204/1997, de 25 de noviembre [LA LEY 11571/1997]). Prevalecerá el derecho a la información frente al derecho al honor cuando se trate de una **información de relevancia pública y social**, esto es, referida a asuntos públicos de interés general, siempre que las personas implicadas tengan el carácter de personajes públicos, entre los que se incluyen las autoridades y funcionarios públicos (STC 54/2004, de 15 de abril [LA LEY 1209/2004]). El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de la información incluye tanto la materia u objeto de aquélla, que debe referirse a asuntos públicos de interés general que contribuyan a la formación de la opinión pública, como las personas implicadas en los hechos relatados, que deben tener el carácter de personaje público o con notoriedad pública (SSTC 112/2000, de 5 de mayo [LA LEY 93734/2000] y 136/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 13895/2004]). Sin embargo, la relevancia pública de la información no puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena (TC 20/1992, de 14 de febrero [LA LEY 1895-TC/1992] y 134/1999, de 15 de julio [LA LEY 10041/1999]).

b) Es diferente la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 20 CE según se trate de libertad de expresión (en el sentido de la emisión de juicios y opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas (TC 3/1997, de 13 de enero [LA LEY 2023/1997]), así como de aquellas manifestaciones que contravengan otros valores constitucionales o derechos fundamentales, como la igualdad, la dignidad o el derecho a la intimidad.

c) Los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, a diferencia de lo que ocurre con los hechos, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que a quien ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, y, por tanto, respecto del ejercicio de la libertad de expresión no opera el límite interno de veracidad (SSTC 107/1988, de 8 de junio [LA LEY 3675-JF/0000] y 204/1997, de 25 de noviembre [LA LEY 11571/1997]).

d) Por lo que se refiere a los límites de la crítica, como manifestación de la libertad de expresión y opinión, el ejercicio de la libertad de expresión —también el derecho a la información— no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de personas con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (SSTC 42/1995, de 13 de febrero

[LA LEY 13042/1995], 78/1995, de 22 de mayo [LA LEY 13079/1995], 176/1995, de 11 de diciembre [LA LEY 720/1996], 204/1997, de 25 de noviembre [LA LEY 11571/1997] y 204/2001, de 15 de octubre [LA LEY 8640/2001]).

e) La información ha de ser **veraz**. Este requisito no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino que se dirige a negar protección constitucional a la que transmite como hechos verdaderos, rumores, simples invenciones o insinuaciones sin comprobar, entendiéndose cumplido el requisito cuando existe una previa labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación se ha efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información, debiéndose apreciar la diligencia exigible dependiendo de las circunstancias de cada caso, no siendo objeto de la prueba los hechos en sí objeto de narración, sino aquellos datos o fuentes de la información empleados de los que se pueda inferir la verosimilitud de los hechos narrados (SSTC 54/2004, de 15 de abril [LA LEY 1209/2004], 61/2004, de 19 de abril [LA LEY 1196/2004], 136/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 13895/2004] y 1/2005, de 17 de enero [LA LEY 249/2005]). No es canon de la veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver ya propiamente con el juicio de la veracidad de la información, por más que sí deba tenerse en cuenta para examinar si, no obstante ser veraz, su fondo y su forma pueden resultar lesivos del honor de un tercero (SSTC 61/2004, de 19 de abril [LA LEY 1196/2004], 1/2005, de 17 de enero [LA LEY 249/2005] y 69/2006, de 13 de marzo [LA LEY 480/2006]). Así, tratándose de una información relevante públicamente y que no infringe el límite absoluto de la prohibición constitucional de insultos, la legitimidad del ejercicio de la libertad de información viene determinada por la diligencia mostrada por el periodista en la comprobación, mediante fuentes solventes, de la conducta atribuida al protagonista de la noticia. En este sentido hay que concluir que en esta ocasión «la información publicada se elaboró a partir de los datos procedentes de fuentes informativas serias y solventes y no con la endeble base de simples rumores o más o menos fundadas sospechas impregnadas de subjetivismo (STC 29/2009, de 26 de enero [LA LEY 1738/2009]).

Para comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible también debe valorarse cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo «la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia» que «la transmisión neutra de manifestaciones de otro». No hay que descartar, además, la utilización de otros criterios que pueden ser de utilidad a estos efectos, como son «el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.» (SSTC 21/2000, de 31 de enero [LA LEY 215535/2000] y 69/2006, de 13 de marzo [LA LEY 480/2006]).

Por lo que se refiere al concepto de **reportaje neutral**, excluye el ataque del derecho al honor, con prevalencia del derecho a la información. Estaremos ante un reportaje neutral cuando el medio de comunicación se haya limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que la información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde (STC 136/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 13895/2004]).

El Tribunal Constitucional ha ido desarrollando el concepto de «reportaje neutral» en los siguientes términos (SSTC 76/2002, 8 de abril [LA LEY 4164/2002], 136/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 13895/2004], 171/2004, de 18 de octubre [LA LEY 14259/2004] y 1/2005, de 17 de enero [LA LEY 249/2005]):

1) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas, de modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre [LA LEY 211/1997]).

2) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero [LA LEY 2483-TC/1994]), de modo que si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral (STC 144/1998, de 30 de junio [LA LEY 1579/1998]), y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996, de 16 de enero [LA LEY 2102/1996]), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

3) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993, de 12 de julio [LA LEY 2259-TC/1993]). Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre [LA LEY 2101-TC/1992] y 144/1998, de 30 de junio [LA LEY 1579/1998]).

Se excluyen del reportaje neutral (STC 6/1996, de 16 de enero [LA LEY 2102/1996]) aquellos supuestos en los que el medio de comunicación, al transmitir la información, haga suya una versión de los hechos. En la STC 52/1996, de 26 de marzo [LA LEY 3936/1996], se distinguen aquellos casos en los que el periodista se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero —reportaje neutral— de aquellos en los que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, en los que claramente no nos encontramos ante esta figura. Y en la STC 136/1999, de 20 de julio [LA LEY 9614/1999], se afirma que no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión. Por fin, en la STC 134/1999, de 15 de julio [LA LEY 10041/1999], se recuerda que «estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público».

La libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de la actividad de defensa es una manifestación cualificada del derecho reconocido en el art. 20.1.a) CE, porque se encuentra vinculada con carácter inescindible a los derechos de defensa de la parte (art. 24 CE) y al adecuado

funcionamiento de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento del propio y fundamental papel que la Constitución les atribuye (art. 117 CE), razón por la cual se trata de una manifestación de la libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar (SSTC 38/1988, de 9 de marzo [LA LEY 964-TC/1988], 205/1994, de 11 de julio [LA LEY 13676/1994], 157/1996, de 15 de octubre [LA LEY 10186/1996], 113/2000, de 5 de mayo [LA LEY 9169/2000] y 184/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 7412/2001]).

No obstante, **este reforzamiento de la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de defensa de su patrocinado, es decir, la especial cualidad de la libertad ejercitada en tales casos, ha de valorarse en el marco en el que se ejerce y atendiendo a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen**, sin que ampare el desconocimiento del respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial, que el art. 10.2 CEDH erige en límite explícito a la libertad de expresión (SSTC 205/1994, de 11 julio [LA LEY 13676/1994], 157/1996, de 15 de octubre [LA LEY 10186/1996] y 184/2001, de 17 de septiembre [LA LEY 7412/2001]; STEDH, de 22 de febrero de 1989, caso Barford [LA LEY 789406/1989]).

El reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial que asiste a todos los ciudadanos (art. 24.1 CE) y el carácter esencial que para el funcionamiento de la Justicia reviste la figura del Abogado, impone que en su actuación ante los Jueces y Tribunales los Abogados sean libres e independientes, gozando de los derechos inherentes a la dignidad de su función, por lo que deberán ser amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa (SSTC 205/1994, de 11 de julio [LA LEY 13676/1994] y 113/2000, de 5 de mayo [LA LEY 9169/2000]).

Tipo básico

La imputación a otro de un delito preciso (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]), perseguible de oficio, lo que equivale a atribuir, achacar o cargar en cuenta de otro una infracción criminal de tal rango, estando excluida la imputación de faltas (856/1997, de 14 de junio [LA LEY 90811-JF/0000]). El ataque debe estar dirigido contra una persona concreta e inconfundible, de indudable identificación, aunque no se cite expresamente el nombre del ofendido. No bastan atribuciones genéricas, vagas o análogas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente. La aseveración ha de ser radical, lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debiendo contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, según su descripción típica, aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor (90/1995, de 1 de febrero [LA LEY 14313/1995]). La imputación ha de ser falsa, subjetivamente inveraz, con manifiesto desprecio de toda confrontación con la realidad, o a sabiendas de su inexactitud (856/1997, de 14 de junio [LA LEY 90811-JF/0000]; AP Madrid, Sección 4.ª, 577/2008 [LA LEY 211457/2008], **AP Teruel, Sec. 1.ª, 8/2008, de 27 de marzo**; 10 de junio; AP Madrid, Sección 4.ª, 339/2003, de 9 de octubre [LA LEY 158559/2003], AP Madrid, Sección 17.ª, 179/2004, de 2 de marzo [LA LEY 53316/2004]).

Sujeto activo

Es quien efectúa directa y materialmente las imputaciones o manifestaciones (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]), siendo mayor el derecho a la crítica en los periodistas cuando actúan por los cauces formales de formación de la opinión pública (TC 165/1997, de 27 de octubre [LA LEY 10761/1997]).

Sujeto pasivo

Es el titular del derecho al honor, valor referible a la persona individual, tanto en vida como tras su muerte (SSTC 176/1995, de 11 de diciembre [LA LEY 720/1996] y 190/1996, de 25 de noviembre [LA LEY 211/1997]), incluyendo niños y enajenados (AP Valladolid, 426/2001, de 12 de junio [LA LEY 118435/2001]), pero que no excluye a la persona jurídica (SSTC 183/1995, de 11 de diciembre [LA LEY 777/1996] y 139/1995, de 26 de septiembre [LA LEY 2596-TC/1995]), ni a los grupos con identidad histórica, sociológica, étnica o religiosa (TC 176/1995, de 11 de diciembre [LA LEY 720/1996]), ni a las colectividades en que el honor trasciende de sus miembros (TC 214/1991, de 11 de noviembre [LA LEY 1830-TC/1992]).

Las personas que ejercen funciones públicas, o los personajes que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública, pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos, y deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas (SSTC 136/1994, de 9 de mayo [LA LEY 13200/1994], 132/1995, de 11 de septiembre [LA LEY 13121/1995] y 99/2002, de 6 de mayo [LA LEY 5500/2002]) por hallarse sometidas a la crítica propia de un Estado democrático, aunque ello no significa que queden privadas de ser titulares del derecho al honor constitucionalmente garantizado (TC 190/1992, de 16 de noviembre [LA LEY 2041-TC/1992]).

Conducta típica

Se trata de un delito de mera actividad (1172/1995, de 17 de noviembre [LA LEY 261/1996]), estando excluida la comisión por omisión.

Elementos subjetivos

Se precisa el ánimo de infamar o intención específica de difamar, vituperar o agraviar al destinatario; voluntad de perjudicar el honor de una persona, *animus infamandi* revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, con finalidad de descrédito o pérdida de estimación pública, sin que sea exigible tal ánimo como única meta del ofensor, bastando con que aflore, trascienda u ostente papel preponderante en su actuación sin perjuicio de que puedan hacer acto de presencia cualesquiera otros móviles inspiradores, criticar, informar, divertir, etc., con tal de que el autor conozca el carácter ofensivo de su impugnación, aceptando la lesión del honor resultante de su actuar (856/1997, de 14 de junio [LA LEY 90811-JF/0000]). No es apreciable ese dolo específico de difamar en el sujeto que pone en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial unos hechos sobre la actuación profesional de un Magistrado para que investigue si existen irregularidades, pues no afirmó en su escrito que el Magistrado había cometido delito de prevaricación (AP Alicante, Sección 1.ª, 214/2005, de 18 de marzo [LA LEY 1995319/2005]).

Es necesario que se aprecie en la actuación del sujeto activo el propósito de calumniar como fin directo de su acción, es decir, un ánimo tendencial difamatorio que se ponga de relieve en toda su conducta, y que resulta susceptible de ser contradicho por circunstancias manifiestas que la eliminen (529/1994, de 18 de marzo [LA LEY 2945/1994]). Por ello han de valorarse y ponderarse las circunstancias coexistentes a fin de determinar si el ejercicio de un derecho fundamental ha podido actuar como causa excluyente de la voluntad criminal y,

en consecuencia, de la antijuridicidad (1172/1995, de 17 de noviembre [LA LEY 261/1996]). La decisión de utilizar la agresión como método de defensa mediante la pública imputación a través de los medios de comunicación de los delitos de «encubrimiento de asesinato» o «estafa procesal» al Magistrado-Juez Instructor, al Inspector-Jefe de la Policía Judicial encargado de la investigación y a la totalidad de los agentes policiales intervinientes en el caso, no solamente constituye una manifestación desaforada y absolutamente extralimitada del ejercicio de defensa, sino que al adoptarse sin fundamento racional alguno que permitiese sustentar mínimamente esta gravísima y fantasiosa confabulación universal, es claro que se efectuó como medio deliberado de descrédito personal y profesional de las Autoridades actuantes y, definitiva, de forma deliberadamente inveraz (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]).

Dolo

Requiere el conocimiento de la falsedad (dolo directo) de la imputación o el temerario desprecio a la verdad (dolo eventual), elementos amparados por la presunción de inocencia sin necesidad de acreditar la verdad de las imputaciones (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]) ni de invocar la *exceptio veritatis* (TC 2/2001, de 15 de enero [LA LEY 313/2001]). La creencia fundada en la veracidad de lo imputado es suficiente para afirmar la atipicidad de la conducta al faltar el elemento subjetivo del injusto (AP Madrid, de 27 diciembre de 2001).

Error

Error de hecho

Aunque se exige el requisito de la veracidad, el error en la información excluye la apreciación del delito (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]) porque las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio. En relación con el requisito de veracidad de la información, el Tribunal Constitucional rechaza tanto su identificación con la objetividad como su equiparación con la «realidad incontrovertible», que constreñiría el cauce comunicativo al acogimiento de aquellos hechos que hayan sido plena y exactamente demostrados. Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio—, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible (SSTC 41/1994, de 15 de febrero [LA LEY 2483-TC/1994] y 28/1996, de 26 de febrero [LA LEY 3530/1996]).

Que la información pudiera ser ilegítima por haber sido obtenida con quebranto del secreto de sumario (reportaje periodístico que da cuenta de unas declaraciones obrantes en un sumario abierto por un Juzgado de Instrucción) es cuestión distinta al concepto de información veraz, pues el hecho de que pudiera ser ilegítima no la convierte en inveraz (STC 54/2004, de 15 de abril [LA LEY 1209/2004]).

Autoría y participación

En la transmisión neutral de manifestaciones ajenas no asumidas como propias, sólo es responsable el autor material de la declaración transmitida y por ello debe estar identificado (TC 76/2002, de 8 de abril [LA LEY 4164/2002]). No es autor del delito el periodista cuando actúa como mero transmisor de la noticia (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]), limitándose a reproducir la información facilitada por un tercero («reportaje neutral»), sin variarla ni asumirla (SSTC 240/1992, de 21 de diciembre [LA LEY 2101-TC/1992], 232/1993, de 12 de julio [LA LEY 2259-TC/1993] y 41/1994, de 15 de febrero [LA LEY 2483-TC/1994]). Sí lo es, por el contrario, cuando no se limita a ser un mero transmisor de la noticia (STC 1/2005, de 17 de enero [LA LEY 249/2005]).

No se aprecia participación delictiva del delegado del periódico en el que se publicó la noticia no conlleva por sí su participación culpable a título doloso como exige el tipo aplicado. Tales funciones únicamente constituyen el presupuesto base de carácter objetivo para entrar en la relación de los posibles responsables en cascada del art. 30, es decir, definen su cometido dentro del medio periodístico, pero ese cometido en sí mismo considerado no conforma la concreta culpabilidad exigible y que haya tenido en este caso, salvo que éste elemento subjetivo se objetivice en la función, lo que como venimos diciendo proscribire nuestro sistema penal (AP Pontevedra, Sec. 2.^a, Sentencia 148/2008, de 24 de julio [LA LEY 162211/2008]).

Concursos

De Leyes

Muy relacionadas con la acusación y denuncia falsas (154/1993, de 22 de mayo), de las que se diferencia por el órgano oficial receptor de la imputación (417/1992, de 26 de febrero [LA LEY 1520/1992]) y porque en ésta también se lesiona el buen hacer de la Administración de Justicia (753/1997, de 21 de mayo [LA LEY 8006/1997]).

El concurso con otros preceptos que recogen las calumnias a personas determinadas, se resuelve aplicando el criterio de especialidad a favor de estos últimos (490.3, 491, 504 CP), porque este tipo penal en vez de los comunes, porque el art. 490.3 es ley especial, no un delito especial, con relación a los tipos comunes de los arts. 205 y siguientes (AN Sentencia de 5 de diciembre de 2008 [LA LEY 175898/2008]).

Continuidad delictiva

Procede su apreciación (856/1997, de 14 de junio [LA LEY 90811-JF/0000], 192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]) cuando el delito imputado es el mismo y se realizó la imputación contra la misma persona y en las mismas circunstancias. Si a la calumnia se añaden expresiones injuriosas, éstas quedan absorbidas por aquélla si guardan relación entre ellas. Si no guardan esta relación, se penan por separado.

Prescripción

El delito de calumnias, como el de injurias, prescribe en el plazo de un año de conformidad con el art. 131.1 CP, que se interrumpe cuando se dirige el procedimiento contra el culpable y, tratándose de un supuesto de paralización del mismo, cuando el órgano judicial dicte alguna resolución que ofrezca un contenido sustancial propio de una puesta en marcha o prosecución del procedimiento, que revelen que la investigación avanza. Paralizado el procedimiento por dos

años, el delito contra el honor, ya sea calumnia o injuria, ha prescrito (AP Madrid, Sección 16.ª, 136/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1448197/2003]).

Al ser obligatorio el acto de conciliación de acuerdo con el art. 804 LECrim., éste forma parte del proceso y su promoción debe interrumpir la prescripción (AP Castellón, Sec. 2.ª, Auto núm. 1/2007, de 4 de enero [LA LEY 73465/2007]).

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo 748/1998, de 11 de junio, la realización de actuaciones civiles no interrumpe la prescripción penal.

Artículo 206.

Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.

CONCORDANCIAS

CP: art. 211.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003, siendo la versión derogada la siguiente:

«Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de cuatro a diez meses».

Tipo agravado

El fundamento de la agravación cuando interviene la publicidad está en el mayor contenido del injusto que lleva consigo la mayor potencialidad difusora de estos medios, que agrava el daño al honor. El concepto de «publicidad» se asocia al de «eficacia en la difusión». En el caso de publicaciones escritas, el delito se consuma en el momento de la distribución, siendo el lugar donde ésta se produce el que sirve para fijar la competencia de los Tribunales. La agravación de los delitos de calumnia e injurias viene determinada por su propagación mediante el escrito y la publicidad, y tal propagación no existe mientras no se halle distribuido el correspondiente periódico, revista, etc. (1596/1994, de 19 de septiembre [LA LEY 5338-JF/0000]).

No es necesaria la propagación por escrito para la apreciación del tipo agravado. Basta con que sean difundidas a través de cualquiera de los medios de comunicación (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]).

Remisión

Ver comentario al art. 211 CP.

Artículo 207.

El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 210 y 504.

Ratio legis

La *exceptio veritatis* opera como una causa de justificación, excluyendo la pena cuando el hecho imputado sea cierto, recayendo el *onus probandi* sobre quien imputa a otro el delito. Constituye una manifestación de la aplicación del principio de presunción de inocencia a la víctima de la calumnia, trasladando al conflicto entre la víctima y quien le acusa, las reglas generales de dicho principio que establecen que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y que la carga de la prueba de dicha demostración no pesa sobre quien resulta acusado, sino sobre quien efectúa la acusación. Esta regulación no vulnera el derecho a la presunción de inocencia del supuesto calumniador porque éste no necesita acudir a la *exceptio veritatis* para sostener su inocencia, pues aunque carezca de pruebas para acreditar el hecho delictivo que hubiese imputado le basta afirmar que desconocía la falsedad de la imputación y que no actuó «con temerario desprecio a la verdad», para que automáticamente le ampare su propia presunción de inocencia y la carga de la prueba de la concurrencia de dichos elementos típicos subjetivos recaiga sobre la acusación. En definitiva, cuando se ha acreditado —por la acusación— la concurrencia del elemento objetivo del tipo de calumnia —la imputación a otro de un delito— el acusado puede acudir a dos medios de defensa, que son compatibles. Si se acude a la *exceptio veritatis*, sólo la demostración de la veracidad de la imputación permitirá el amparo de esta causa de justificación, pues de otro modo entra en juego la presunción de inocencia de los calumniados, que determina la falsedad de una imputación delictiva no acreditada. Pero en todo caso queda a salvo la vía de la negativa de la concurrencia del otro elemento que integra el tipo delictivo (el elemento subjetivo) que determina necesariamente la carga para la acusación de probar —a través de los medios adecuados para la acreditación de los elementos subjetivos— el conocimiento de la falsedad o la actuación con temerario desprecio a la verdad (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]).

No puede considerarse que el art. 207 CP signifique una inversión radical de la carga de la prueba, con la consecuencia de que cualquier elemento no probado por el acusado conlleve necesariamente a su condena. El principio *in dubio pro reo* no puede, del mismo modo, operar a favor del ofendido de forma que los supuestos en que no se haya logrado probar con fehaciencia la ausencia de temeridad del acusado en relación con la verdad, o la actuación conociendo la falsedad, supongan automáticamente un fallo condenatorio para el acusado (AP Barcelona, de 20 de noviembre de 2002 [LA LEY 194275/2002]).

CAPÍTULO II**De la injuria****Artículo 208.**

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 10, 18 y 20.1.

CP: arts. 30, 57, 131.1, 456, 490.3, 491, 496, 504, 505 y 620.2.º.

LOPJDFP.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

LOPJM.

Bien jurídico protegido

Ver delito de calumnia.

Tipo básico

Consiste en ofender o vejar gravemente (183/2000, de 15 de febrero [LA LEY 37477/2000]), en un concepto amplio que incluye tanto imputaciones de hechos (que no constituyan delito porque en este caso estaríamos en presencia de un delito de calumnia) como acciones o expresiones, que pueden ser imprecativas (insultos o juicios despectivos de valor) o iliativas (cuando incluyen cálculo y meditación), pero con clara finalidad difamatoria.

Sujeto activo

Ver delito de calumnia.

Sujeto pasivo

Ver delito de calumnia.

Conducta típica

La acción típica puede realizarse por medio de la palabra (384/2002, de 27 de febrero [LA LEY 4201/2002] y 1281/1997, de 20 de octubre [LA LEY 10670/1997]; AP Alicante, Sección 3.ª, 122/2005, de 10 de marzo, AP Alicante, Sección 1.ª, 460/2005, de 14 de junio) o de cualquier otro tipo de actos de los que resulte posible deducir un contenido significativo lesivo para el honor: el escrito (1775/2002, de 28 de octubre [LA LEY 10690/2003], AP Alicante, Sección 2.ª, 481/2005, de 19 de julio), las caricaturas (TC 176/1995, de 11 de diciembre [LA LEY 720/1996]), el gesto, los mensajes a móvil (AP Albacete, Sección 1.ª, 48/2005, de 28 de mayo), siempre que tales actos o expresiones tengan en sí la suficiente potencia ofensiva para lesionar la dignidad de la persona.

Elementos objetivos

Deben haberse inferido contra otro actos o expresiones que tengan en sí suficiente potencia ofensiva para lesionar su dignidad, menoscabando su fama o atentando contra su propia estima-

ción, debiendo tener un significado objetivamente ofensivo según los parámetros sociales en los que se efectúe (AP Madrid, 23 de septiembre de 2002 [LA LEY 154950/2002]).

Puede consistir en la *imputación de hechos* que no sean constitutivos de delito (2130/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1836/1994]), pero no se considerarán *graves*, salvo cuando se hayan proferido con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad (60/2001, de 27 de enero [LA LEY 3230/2001]). Y también en la formulación de juicios de valor despectivos, insultos (2278/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 231138/2001]) o expresiones con capacidad para lesionar el honor, la fama, crédito o prestigio (841/1999, de 28 de mayo [LA LEY 6986/1999] y AP Madrid, Sección 16), 650/2004, de 27 de julio).

El término «mercenario» con el que se definió al Médico en un programa de televisión, constituye, en su acepción más vulgar, una imputación objetivamente afrentosa por cuanto conlleva la atribución de un comportamiento profesional censurable y desmerecedor en el concepto público que afecta la reputación y buen nombre profesional del ofendido (AP Madrid, Sección 1.ª, 364/2004, de 3 de septiembre [LA LEY 235/2005]).

Elementos subjetivos

Como delito tendencial, se exige el *animus iniuriandi*, desplazable por otros ánimos como el *iocandi*, *criticandi* (STS de 29 de febrero de 1989; AP Barcelona, auto 458/2006, de 24 de abril [LA LEY 122963/2006]; AP Madrid, 12 de abril 2002 [LA LEY 71447/2002]), *narrandi*, *defendendi* (AP Madrid, Sección 23.ª, 898/2002, de 21 de enero [LA LEY 1172700/2002]) o *retorquendi* (TC Auto 69/2007, de 27 de febrero; 387/1994, de 21 de febrero [LA LEY 2775/1994] y 278/1995, de 28 de febrero [LA LEY 2209/1995]), de forma que sólo se configura cuando se haya acreditado su realización de manera intencionada con un específico ánimo de injuriar u ofender (841/1999, de 28 de mayo [LA LEY 6986/1999]), con una intención de causar un ataque a la dignidad ajena, con un propósito de ofender la dignidad personal, de menoscabar la fama de las personas o atentar contra su propia estima (AP Madrid, de 23 de septiembre de 2002 [LA LEY 154950/2002], AP Burgos, 14/2005, de 28 de enero [LA LEY 1995760/2005] y AP Cádiz, Sección 2.ª, 17/2005, de 8 de febrero), ánimo que se diluye y desaparece cuando el sujeto activo actúa impulsado por móviles diferentes (1321/1995, de 29 de diciembre [LA LEY 1931/1996] y 318/1996, de 20 de abril [LA LEY 5848/1996]). Perteneciendo la intención de injuriar al ámbito del psiquismo humano, hay que deducirlo del hecho y circunstancias que puedan orientar en la búsqueda del sentido que hay que atribuir a las expresiones o acciones, habiendo de inferirlo a partir de las manifestaciones externas de la conducta debidamente acreditadas y, por tanto, atendiendo a la serie de hechos que integran el núcleo del tipo penal y sirven para investigar el ánimo de injuriar, como la gravedad de la injuria (AP Madrid, de 23 de septiembre de 2002 [LA LEY 154950/2002]).

El reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos que ahora, con arreglo a la doctrina del TC, no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de injurias (SSTC 19/1996, de 12 de febrero [LA LEY 3144/1996], 232/1998, de 30 de diciembre [LA LEY 49/1999], 297/2000, de 11 de diciembre [LA

LEY 3901/2001], 2/2001, de 15 de enero [LA LEY 313/2001], 127/2004, de 19 de julio [LA LEY 13455/2004] y 39/2005, de 28 de febrero [LA LEY 808/2005]). No existe intención calumniosa cuando el querellado hace expresa protesta de la obligación de respetar la presunción de inocencia del querellante (**Auto del TC 100/2009, de 23 de marzo**).

Las imputaciones o expresiones que pudieran objetivamente ser consideradas como injuriosas por afectar, en abstracto, a la fama, crédito o interés del agraviado, deben ponerse necesariamente en relación con el momento, ocasión o circunstancias temporo-espaciales o personales en que son proferidas (807/1995, de 24 de junio [LA LEY 14592/1995] y 1282/1997, de 20 de octubre [LA LEY 10670/1997], y STC 39/2005, de 28 de febrero [LA LEY 808/2005]), si bien en ocasiones las expresiones y palabras utilizadas llevan tal carga ofensiva que excluyen cualquier otro ánimo que no sea el propósito de deshonrar, desacreditar y menospreciar (1674/1994, de 27 de septiembre [LA LEY 1507/1995]), debiendo ser consideradas *graves* cuando se realizan de tal forma que denotan la búsqueda de enfrentamiento público en una actitud provocadora (465/1995, de 28 de marzo [LA LEY 14431/1995]).

La apreciación del delito de injurias no puede limitarse a valorar aislada y objetivamente las expresiones que hayan podido proferirse (AP Madrid, Sección 23.ª, 898/2002, de 21 de enero [LA LEY 1172700/2002]).

El carácter molesto o hiriente de una información no constituye de suyo una ilegítima intromisión en el derecho al honor, siempre que lo divulgado no sean expresiones insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen el descrédito de la persona: el reportaje periodístico se limitó a señalar que el despacho de Abogados será investigado en un sumario en curso, sin incorporar ningún juicio de valor ni utilizar expresiones insultantes (STC 158/2003, de 15 de septiembre [LA LEY 2826/2003]).

Cuando las expresiones controvertidas surgen en el curso de una discusión pública que versa sobre asuntos de interés público y que atañen a personas con relevancia pública, se amplían los límites de la crítica permisible, ya que, en estos casos, quedan amparadas por las libertades de expresión e información no sólo las críticas inofensivas o indiferentes, sino otras que puedan molestar, inquietar o disgustar (STC 127/2004, de 19 de julio [LA LEY 13455/2004]). Sin embargo, la extensión de forma injustificada, innecesaria y equívoca de la crítica a un funcionario municipal por parte de quienes, como Concejales, formaban parte de la corporación municipal, imputándole la comisión de unos hechos que resultaron ser inciertos, no queda amparado por el ejercicio de la libertad de expresión e información, pues la veracidad de tales hechos (que podían constituir, de ser ciertos, una infracción administrativa) era fácilmente comprobable por quienes los difundieron (STC 266/2005, de 24 de octubre [LA LEY 14285/2005]).

Se excluye otro ánimo distinto del difamatorio cuando existe *exceso verbal*, pues para el ejercicio de la crítica no es necesaria la utilización de expresiones o conceptos vejatorios o menospreciantes (2130/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1836/1994] y 1135/1992, de 21 de mayo [LA LEY 2162/1992]; SSTC 165/1987, de 27 de octubre [LA LEY 896-TC/1988], 105/1990, de 6 de junio [LA LEY 55897-JF/0000], 172/1990, de 12 de noviembre [LA LEY 1569-TC/1991], 85/1992, de 8 de junio [LA LEY 1915-TC/1992] y 112/2000, de 5 de mayo [LA LEY 93734/2000]; AP Madrid, Sección 2.ª, 44/2004, de 30 de enero [LA LEY 1764592/2004]).

Son constitucionalmente ilícitos los llamados «*excesos informativos*», los apelativos formalmente injuriosos o las frases de descalificación personal en supuestos en que resultan innecesarios

para la labor informativa, esto es, en casos en los que no resultan meras repeticiones abreviadas de los hechos declarados veraces, sino que añaden un plus lesivo del honor (SSTC 192/1999, de 25 de octubre [LA LEY 964/2000] y 297/2000, de 11 de diciembre [LA LEY 3901/2001]).

Cuando de opiniones se trata, el Tribunal Constitucional (SSTC 115/2005, de 12 de julio y 127/2004, de 19 de julio [LA LEY 13455/2004]) insiste en la necesidad de que el Juez penal examine, en los casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1.a) y d) CE, si los hechos probados han de encuadrarse dentro de su ejercicio, lo que impone comprobar la ausencia de expresiones manifiestamente injuriosas e innecesarias para lo que se desea manifestar y, al tratarse de información, que sea veraz, ya que la jurisdicción penal debe tener en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, ni desproporcionada (STC 266/2005, de 24 de octubre [LA LEY 14285/2005]).

Si lo que se imputan son hechos, además han de proferirse con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio a la verdad. En el delito de injuria, la falsedad de la imputación de hechos ha pasado a ser un elemento del tipo de la injuria punible, dado que sin la falsedad (o el temerario desprecio de la verdad) el hecho no constituye delito, debiendo proporcionar el ofendido la prueba de este elemento (causa especial TS 2690/2000, de 10 de enero de 2001, y AP Toledo, Sección 1.ª, 17/2005, de 21 de marzo).

Autoría y participación

Ver delito de calumnia.

Concursos

De Leyes

Guarda cierta similitud con la conducta descrita en el art. 173 CP (infligir un trato degradante que menoscabe la integridad moral de la víctima), pues cabe sostener que «dar un trato degradante» es «humillar, deshonrar, despreciar o envilecer, afectando la dignidad de la persona» existiendo una superposición de la «integridad moral» con el «honor», estribando la diferencia en que la degradación de la víctima en el delito de injuria no tiene que ser notoria y persistente (2101/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2685/2002]).

Absorbe la amenaza cuando es parte del exceso verbal para lesionar la dignidad del contrario (841/1999, de 28 de mayo [LA LEY 6986/1999]).

El concurso con otros preceptos que recogen las injurias a personas determinadas se resuelve aplicando el criterio de especialidad a favor de estos últimos (490.3, 491, 496, 504.2 y 505 CP). Así por ejemplo, la diferencia entre las injurias comunes y el tipo del art. 490.3 conformará, entre otras cosas, distintos límites en el ejercicio de derechos fundamentales concurrentes. El tipo objetivo definido en el art. 490.3 CP —delito contra la Corona como especie de los delitos contra la Constitución—, nos revela que este delito exige que aquellas se produzca en un contexto determinado: «en el ejercicio de sus funciones [la de los sujetos pasivos del delito] o con motivo o con ocasión de éstas». Por lo tanto, el tipo objetivo del art. 490.3 CP es más restrictivo que el de el art. 208 CP, pues exige una expresión o acción que atente contra la dignidad, fama o estimación de las personas que menciona con menoscabo de la Institución, de modo que a través

de la protección de la persona se protege la Corona como institución del Estado. Como la injuria contra el Rey no protege bienes jurídicos individuales sino colectivos no es un delito privado, que exige la petición de restitución del honor del ofendido a través del ejercicio de la acción penal —querrela— por éste, sino que es un delito público, perseguible incluso contra la voluntad expresa del Rey. Al tutelarse intereses públicos, el perdón del ofendido es irrelevante y no extingue ni la acción, ni la pena impuesta ni la que se esté ejecutando. La protección del interés público institucional y la intensidad de ésta acarrea la ineficacia de la *exceptio veritatis* en los delitos del art. 490.3 CP, a diferencia de lo que ocurre, no sólo en los tipos comunes, sino con las calumnias o injurias contra otras instituciones del Estado (AN Sentencia de 5 de diciembre de 2008 [LA LEY 175898/2008]).

El delito de calumnias y el de injurias son homogéneos (AP Álava, Sección 2.ª, 1/2005, de 5 de enero [LA LEY 1940328/2005]).

Diferencias estructurales entre los tipos de injurias y calumnia

El automatismo con el que es posible sostener el atentado al derecho al honor del afectado si se prueban los presupuestos fácticos del delito de calumnias, no se puede apreciar respecto al delito de injurias, modalidad delictiva de reputada circunstancialidad en la que unas mismas expresiones pueden o no considerarse típicas según a quien se dirijan, según el contexto en que se profieran y según sean los usos y costumbres imperantes en el marco social de referencia. Incluso la gravedad de las injurias, imprescindible para que puedan ser calificadas de delito, exige una referencia a esos condicionantes sociológicos que en modo alguno requiere el delito de calumnia. El propio derecho fundamental a la libertad de expresión no tiene el mismo margen de actuación en la calumnia que en las injurias, ya que, como es lógico, una vez confirmada la presencia de todos los elementos componentes de la parte objetiva y subjetiva del primero de dichos tipos penales, esto es, de la falsa imputación de un delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, no podrá afirmarse que dicha conducta falsaria está amparada por el legítimo derecho al ejercicio de la libertad de expresión. En cambio, cuando se imputan hechos no constitutivos de delito, el conocimiento por parte del autor de la falsedad de dicha imputación, o la realización de la misma con temerario desprecio hacia la verdad, no siempre determinará la existencia de una responsabilidad por delito de injurias, dado que este tipo penal exige previamente que tales hechos sean objetivamente dañinos para la fama o autoestima del afectado y que, en todo caso, de ser esas manifestaciones objetivamente injuriosas, puedan ser tenidas en el «concepto público» por graves en atención a su «naturaleza, efectos y circunstancias». Finalmente, ni siquiera el bien jurídico protegido lo está con la misma amplitud en el delito de injurias que en el de calumnia, ya que, a diferencia de aquél, este último no ofrece ningún resquicio para la protección del «honor aparente», dada la relevancia exoneratoria que en él adquiere la *exceptio veritatis*, cuyo alcance, por otra parte, también es distinto y más amplio que el que tiene en relación con las injurias, ya que, en tal caso, únicamente surte ese efecto de exención de la responsabilidad criminal cuando las imputaciones de hechos no constitutivos de delito hayan sido dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas (STC 35/2004, de 8 de marzo [LA LEY 987/2004]).

Diferencia entre delito y falta de injurias

Ver comentario al art. 620.2.º CP.

La diferenciación con la falta (injurias livianas) es eminentemente circunstancial (481/1996, de 21 mayo [LA LEY 7410/1996] y AP Burgos, 14/2005, de 28 de enero [LA LEY 1995760/2005]), considerando la cultura del autor y el medio en que se produce, así como la sensibilidad, formación y relaciones de la víctima y la naturaleza de las expresiones o acciones, sus efectos y alcance y atendiendo al contenido de las expresiones (2278/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 231138/2001]) y a las circunstancias de personas, de tiempos, de lugar, de ocasión, etc., correspondiendo al ponderado criterio judicial trazar la línea delimitadora. La diferencia entre la falta y el delito estriba en la mayor o menor entidad de la ofensa o atentado al honor y a la dignidad de la persona a la que se dirigen las palabras o expresiones injuriosas, siendo idéntico el bien jurídico protegido en ambos tipos de infracción penal (AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia 99/2007, de 14 de mayo [LA LEY 125293/2007]).

Aunque los insultos proferidos en una carta dirigida a un Abogado fueron numerosos y graves, la mayor parte de las expresiones utilizadas, objetivamente injuriosas, obedecen a una clara y única intención de criticar un determinado comportamiento profesional, ánimo que atenúa la gravedad del hecho, por lo que los hechos son constitutivos de falta de injurias y no de delito (AP Barcelona, Sección 10.ª, de 22 de mayo de 2002 [LA LEY 1236390/2002]).

La distribución de pasquines insultando al rival político en el marco de unas elecciones municipales es una «burda y nada elegante protesta política», pero la circunstancia de que los hechos tuvieran lugar en el contexto de una contienda política obliga a aminorar la gravedad de las injurias y reputarlas como falta (AP Madrid, Sección 23.ª, 716/2004, de 3 de septiembre).

Artículo 209.

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 30 y 211.
LOPJDFP.

Aunque estén hechas con publicidad, si no son graves constituyen una falta y no un delito (AP Baleares, 68/2000, de 4 de abril [LA LEY 74715/2000]).

Remisión

Ver comentario al art. 211 CP.

Artículo 210.

El acusado de injuria quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando éstas se dirijan contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de faltas penales o de infracciones administrativas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 207 y 504.

Si no concurre uno de los elementos del tipo, es irrelevante la apreciación de la *exceptio veritatis*, pues si no se ha cometido delito, no precisa justificarse su conducta en la verdad (AP Toledo, Sección 1.ª, 17/2005, de 21 de marzo).

Remisión

Ver comentario al art. 207.

CAPÍTULO III

Disposiciones generales

Artículo 211.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

CONCORDANCIAS

CP: art. 30.

LECrin.: arts. 816 a 823.

LOPJDFP.

Se entienden hechas con publicidad y, por tanto, merecen un mayor reproche penal, cuando se produce una difusión amplia y generalizada utilizando medios de comunicación, como prensa, radio (AP Madrid, Sección 2.ª, 44/2004, de 30 de enero [LA LEY 1764592/2004]) o televisión (1910/1993, de 21 de julio [LA LEY 32307-JF/0000] y AP Madrid, Sección 1.ª, 364/2004, de 3 de septiembre [LA LEY 235/2005]), considerándose también que así es cuando se utilizan «medios de semejante eficacia», como la distribución de una carta privada entre los socios de una sociedad a la que remitente y destinatario de la misma pertenecían (2161/1994, de 14 de diciembre [LA LEY 1965/1995]), la propagación mediante folletos en un vecindario (AP Salamanca 80/2000, de 15 de septiembre) o cuando se realiza una campaña de desprestigio con escritos ante diferentes órganos judiciales y facilitándolo a medios de comunicación (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]).

Lo fundamental no es tanto —o sólo— el medio de difusión utilizado como la amplitud que ésta pueda llegar a tener en el sentido de comunicación a un número potencialmente muy numeroso de destinatarios (AP Madrid, de 28 de octubre de 2002 [LA LEY 178293/2002]).

No se entienden hechas con publicidad las efectuadas en una querrela (957/1995, de 3 de octubre [LA LEY 17083-R/1995]), ni en un recurso (AP Almería, 394/2000, de 9 de noviembre [LA LEY 419581/2000]), ni en un informe de detective privado (1636/1992, de 1 de julio [LA LEY 14873-R/1992]).

No existe publicidad cuando no hay divulgación del agravio entre terceras personas, al no constar que la ofensa se propagara más allá de la propia agraviada y de sus familiares más cercanos (AP Madrid, Sección 6.ª, 165/2004, de 18 de marzo).

Artículo 212.

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 30, 109, 110.3 y 120.2.

L 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta: art. 65.2.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: art. 9.3.

La responsabilidad civil solidaria, que procede de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, constituye una excepción al régimen general de responsabilidad civil subsidiaria establecido en el art. 120.2 CP y, en consecuencia, el perjudicado tendrá acción para exigir la responsabilidad civil derivada de delitos de calumnia o injuria contra el autor del delito o contra el titular del medio, indistintamente (AP Barcelona, de 13 de noviembre de 2000 [LA LEY 205498/2000], AP Madrid, de 12 de junio de 2001 [LA LEY 117943/2001] y AP Madrid, de 14 de diciembre de 2002 [LA LEY 210161/2002]).

La responsabilidad civil solidaria, entre otros, del Director del medio periodístico y de la propia empresa editora o de la cadena de televisión donde se emite el programa se justifica en la *culpa in eligendo* o *in vigilando* del Editor o del Director, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde (TC 172/1990, de 12 de noviembre [LA LEY 1569-TC/1991]; AP Madrid, Sección 4.ª, 339/2003, de 9 de octubre).

En la valoración del *daño moral* importan la publicidad, difusión y circunstancias periféricas, el agravio producido y el medio a través del cual se cometió. El daño moral tiene un amplio espectro para acoger también el sentimiento de dignidad lastimada o vejada, el deshonor, el desprestigio, la deshonra o el descrédito consecutivo a la injuria, siendo una consecuencia que ha de inferirse de la naturaleza, trascendencia y ámbito dentro del cual se propició la figura delictiva (1695/1992, de 7 de julio [LA LEY 1560-5/1993]). Los perjuicios morales son evidentes por el tono violento utilizado, profiriéndose los insultos a plena luz del día, a grandes voces y en el propio negocio de los denunciantes (AP Cádiz, Sección 8.ª, de 13 de marzo de 2002 [LA LEY 1129971/2002]).

Ciertamente el insulto, la afrenta, la amenaza, producen un sufrimiento que es susceptible de valoración pecuniaria y, por ello, el daño moral acoge también el sentimiento de dignidad lastimada o vejada, el deshonor, la deshonra o el descrédito sucesivo a la injuria, pero el daño moral sólo puede ser establecido mediante un juicio moral basado en el sentimiento social de reparación del daño producido por la ofensa delictiva, por lo que deberá atender especialmente a la gravedad del hecho teniendo en cuenta los valores afectados en el supuesto concreto (AP Castellón, Sección 1.ª, 362/2005, de 29 de julio).

El art. 9.3 de la LO 1/1982 establece que la existencia de perjuicios se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, previniendo que la indemnización se extenderá al daño moral, el cual se valorará atendiendo las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente

producida, teniéndose en cuenta, para ello, la difusión del medio en que se haya producido y el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión (1154/1993, de 22 de mayo). Siendo los perjuicios morales de difícil valoración económica, hay que ponderarlos tomando en cuenta tanto el no dejar sin una satisfacción razonable a los ofendidos públicamente cuanto evitar que tal incidencia desagradable se convierta en ocasión de un enriquecimiento desproporcionado, pues es bien sabido que el honor no tiene precio, sino en el terreno comparativo atendiendo de un lado el valor ambiental del dinero en su época y con referencia a las indemnizaciones usuales por lesiones físicas no invalidantes, por ejemplo (2130/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1836/1994]).

La indemnización debe declararse en favor de los directamente ofendidos, sin que haya que extenderla en vida a causahabientes suyos por muy legítima que sea su indignación por la ofensa a sus progenitores (2130/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1836/1994]).

El medio informativo no es responsable civil en un reportaje neutral (TC 41/1994, de 15 de febrero [LA LEY 2483-TC/1994]).

Ejercicio de la acción penal y la acción civil

El art. 24.1 CE comprende el derecho a elegir la vía judicial que se estime más conveniente para la defensa de derechos e intereses legítimos, lo que es de aplicación a casos como el determinado por los arts. 1.1 y 1.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que posibilitan una doble vía procesal (civil y penal) de protección al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Por ser de persecución privada la infracción penal relativa a esta materia de delitos contra el honor, el perjudicado tiene opción para acudir a la vía civil o a la penal y, si elige la primera, como es renunciable la segunda (art. 106, párrafo segundo, LECR), el ejercicio exclusivo de la acción civil supone la extinción de aquélla, tal y como preceptúa el art. 112, párrafo segundo, de la misma Ley Procesal.

Así lo viene entendiendo la Sala civil del Tribunal Supremo desde su Sentencia 862/1998, de 28 de septiembre:

El ejercicio de la acción penal lleva consigo el efecto de la extinción de la civil y ello por los siguientes argumentos: a) como se trata del ejercicio de un derecho de opción, no tendría sentido que, realizada ésta, cupiera instar posteriormente la acción no elegida; b) la concesión de una petición de esta clase por la vía civil, después de agotado el curso de la exteriorizada por el otro cauce, equivaldría a mantener indefinidamente la posibilidad reclamatoria, y esto «es contrario al espíritu de la propia Ley 1/1982, que, por cierto, emplea el rígido instituto de la caducidad y no de la prescripción para regular el plazo de ejercicio de las acciones» que cobija; c) la práctica forense acredita que la postulación indemnizatoria se une de ordinario a la reclamación penal en supuestos del honor, la intimidad y la propia imagen, y, en todo caso, siempre permanecería abierta la factibilidad de esa conjunción, con lo que no se perturba el principio de la tutela judicial efectiva y no existe indefensión; y d) igualmente, la seguridad jurídica aboga a favor de esta posición, toda vez que, ante una eventualidad de esta naturaleza, el ciudadano tiene derecho a conocer la actitud de ataque procesal que puede sobrevenirle cuando ésta se encuadra en una dualidad a resolver mediante la voluntaria elección (Sala de lo Civil TS 862/1998, de 28 de septiembre).

Si se ejercitó la acción civil juntamente con la penal mediante la interposición de querrela, fracasado el procedimiento penal no cabe el ejercicio de la acción civil, pues no cabe acudir a ambas

jurisdicciones (civil y penal) ni simultánea ni sucesivamente (Sala de lo Civil TS 804/2000, de 31 de julio [LA LEY 10556/2000] y 95/2004, de 18 de febrero [LA LEY 806/2004]).

Ahora bien, es preciso diferenciar entre hechos que, de entenderse delictivos, sean perseguibles de oficio o a instancia de parte, pues, caso de tratarse de ofensas contra funcionario o autoridad (que convierte el hecho en delito público), nada obsta para que, concluido el proceso penal, pueda continuar con el ejercicio de la acción civil de protección de su derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen establecida en la Ley Orgánica 1/1982, **siempre y cuando haya resultado suspendida por la tramitación de la causa penal** (SSTC 241/1991, de 16 de diciembre [LA LEY 1842-TC/1992] y 77/2002, de 8 de abril [LA LEY 4464/2002]), dada la preferencia de esta vía por la naturaleza pública que adquiere el delito en atención a la cualidad del ofendido, aunque sin que ello quiera decir que el funcionario o autoridad cuyo derecho al honor resulte vulnerado tenga necesariamente que optar por acudir a la jurisdicción penal, pues permanece inalterable su derecho a elegir la vía judicial que estime más adecuada consagrado en el art. 24.1 CE. A partir de la STC 241/1991, de 16 de diciembre [LA LEY 1842-TC/1992], la jurisdicción ordinaria viene acomodando sus resoluciones a ella en los supuestos en los que los hechos pretendidamente lesivos del derecho al honor pueden ser constitutivos de delito público, de lo que son buena muestra las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1992 [LA LEY 2999/1992], 8/1993, de 26 de enero, 187/1996, de 12 de marzo, 186/1996, de 14 de marzo y 542/2001, de 4 de junio [LA LEY 4278/2001].

En cambio, cuando los hechos lesivos del derecho fundamental son sólo perseguibles a instancia de parte (el agraviado es un particular que no ostenta la condición de autoridad o funcionario público) la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido, en una línea constante, que, ejercitada la opción por una u otra jurisdicción por el perjudicado, se somete al régimen jurídico establecido para cada una de ellas (730/1992, de 13 de julio).

Si se ejercitó la acción penal por delito contra el honor mediante querrela y el agraviado se reservó el ejercicio de la acción civil, según el art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1982, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejercicio de la acción es aquel en el cual el legitimado pudo ejercer las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas. Como el agraviado pudo elegir la vía civil al conocer la intromisión, pero optó por la vía penal, y han transcurrido cinco años cuando finalizó el procedimiento penal por Auto de sobreseimiento, el ejercicio de la acción civil ha caducado (STC 77/2002, de 8 de abril [LA LEY 4464/2002]).

Artículo 213.

Si la calumnia o injuria fueren cometidas mediante precio, recompensa o promesa, los Tribunales impondrán, además de las penas señaladas para los delitos de que se trate, la de inhabilitación especial prevista en los arts. 42 o 45 del presente Código, por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.3.ª, 42, 45 y 67.

Se trata de una regulación específica de la agravante genérica de *precio* del art. 22.3.ª CP, que aumenta la culpabilidad del autor cuanto el precio es el móvil del hecho, el motor de la acción criminal (1834/1992, de 14 de septiembre), no pudiendo apreciarse en los casos en que el hecho se ejecuta por motivos distintos al móvil económico, por lo que no puede ser apreciado en la retribución económica que percibe el profesional de la información.

Sólo se aplica a los delitos, no a las faltas (**AP Barcelona, 202/2000, de 22 de junio**).

Artículo 214.

Si el acusado de calumnia o injuria reconociere ante la autoridad judicial la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retractare de ellas, el Juez o Tribunal impondrá la pena inmediatamente inferior en grado y podrá dejar de imponer la pena de inhabilitación que establece el artículo anterior.

El Juez o Tribunal ante quien se produjera el reconocimiento ordenará que se entregue testimonio de retractación al ofendido y, si éste lo solicita, ordenará su publicación en el mismo medio en que se vertió la calumnia o injuria, en espacio idéntico o similar a aquel en que se produjo su difusión y dentro del plazo que señale el Juez o Tribunal sentenciador.

CONCORDANCIAS

CP: art. 21.5.

LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Contempla una atenuación específica de la pena para los casos de *retractación*, cuyo fundamento es tratar de estimular comportamientos posteriores del autor que contribuyan eficazmente a restablecer el honor previamente lesionado, guardando relación con la atenuante genérica del apartado 5.º del art. 21 CP (arrepentimiento). La retractación ha de producirse ante la autoridad judicial y ha de ser incondicional, tajante, inequívoca y sin ambigüedades (AP Sevilla, 152/2000, de 6 de marzo [LA LEY 132064/2000]).

Artículo 215.

1. Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos.

2. Nadie podrá deducir acción de calumnia o injuria, vertidas en juicio sin previa licencia del Juez o Tribunal que de él conociere o hubiere conocido.

3. El culpable de calumnia o injuria quedará exento de responsabilidad criminal mediante el perdón de la persona ofendida por el delito o de su representante legal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del art. 130 de este Código.

CONCORDANCIAS

LECrim.: arts. 104, 105, 106, 278, 279 y 804 a 820.

LOPJDFP.

CP: arts. 24, 130.5.º y 639.

El primer párrafo de este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003. Decía el derogado:

«Nadie será penado por calumnia o injuria sino en virtud de querrela de la persona ofendida por el delito o de su representante legal. Bastará la denuncia cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos».

Naturaleza jurídica

Es *delito privado* cuando el ofendido es un particular (60/2000, de 27 de enero [LA LEY 3230/2001]), y *público* cuando es un funcionario siempre que la calumnia o la injuria se refiera a hechos concernientes al ejercicio de su cargo, pues en estos casos se trata de delitos de **lesión de significación pública** en los que lo que está en juego no es el honor personal, sino la autoridad de las instituciones públicas, cuya función se ve entorpecida u obstaculizada cuando, injustificadamente o con ligereza, se ataca la honorabilidad o se pone en cuestión la honestidad de sus titulares (TC 143/1991, de 1 de julio [LA LEY 55912-JF/0000]).

Con anterioridad a la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, los delitos contra el honor de los funcionarios eran de naturaleza *semipública*, estando su persecución condicionada a la interposición de denuncia (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]).

Es exigible querrela sólo para las calumnias e injurias contra particulares, por ser delitos privados, mientras que si éstas están dirigidas contra funcionarios, no como particulares, sino en virtud del cargo que ostentan, se convierten en semiprivados y basta la denuncia, con intervención del Ministerio Fiscal (AP Madrid, Sección 2.ª, 44/2004, de 30 de enero [LA LEY 1764592/2004] y AP Alicante, Sección 2.ª, 481/2005, de 19 de julio).

Procedimiento para la persecución de delitos contra el honor cometidos frente a particulares

Cuando el ofendido es un particular, dada su naturaleza **privada**, se exige la interposición de querrela. Es cierto que el art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sustituyó la exigencia de querrela por la mera denuncia y sin necesidad de acto de conciliación cuando se tratase de injurias o calumnias realizadas con publicidad, es decir, a través de los medios enumerados en el art. 3.1 de la citada Ley. Pero tal previsión en lo que se refiere a la no necesidad de querrela, quedó tácitamente derogada por el art. 215 del Código Penal. La contundencia del art. 215.1 obliga a entender que el punto 2 de la Disposición Derogatoria alcanza a esa especialidad, debiendo darse prevalencia en este caso a la ley general posterior (criterio cronológico) sobre la Ley especial anterior (criterio de especialidad). En consecuencia, ante la derogación del particular del art. 4.1 de la Ley 62/1978 que consideraba suficiente la simple denuncia y, congruentemente, exigirse querrela para la persecución de los delitos de injuria o calumnia contra particulares, la jurisprudencia de la Sala Segunda que venía estimando que estos delitos cuando se cometían a través de medios de publicidad se habían transformado en semiprivados, fue sometida a revisión (60/2001, de 27 de enero

[LA LEY 3230/2001]) en este sentido: los arts. 104 y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que servían de soporte legal a aquella interpretación, conducen hoy al entendimiento justamente contrario, es decir, el Ministerio Público no es parte en estos procesos, dada la concepción privada que ha dado a esas infracciones el vigente Código Penal, concepción que es también predicable respecto de la falta de injurias del art. 620.

La misma interpretación fue asumida por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/1996, de 22 de mayo, y en la Consulta 7/1997, de 15 de junio, que extendía la pérdida sobrevenida de legitimación del Fiscal a los procesos seguidos por hechos anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

El procedimiento aplicable para el enjuiciamiento de estos delitos es el **procedimiento abreviado** con las especialidades contenidas en los arts. 804 y siguientes LECrim., cuestión que aclaró la S 79/1994, de 24 de enero, a la vez seguido por la Consulta 2/1994, de 28 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado.

Será necesaria la interposición de querrela por parte del agraviado o de su representante legal (en caso de menores o incapacitados) antes de que transcurra el plazo de prescripción, que es de un año (art. 131.1 CP), debiendo acreditarse el intento de conciliación previo (arts. 278.1 y 804 LECrim.), siendo sus trámites los previstos en la LEC. La falta de acreditación de intento de celebración de la conciliación sólo producirá la paralización del procedimiento penal hasta su subsanación, sin que la solicitud de conciliación interrumpa el cómputo de la prescripción, pues dicho efecto sólo lo produce la interposición de querrela entendiéndose entonces que el procedimiento penal *se ha dirigido contra el culpable* y no una mera reclamación de carácter civil (740/1998, de 11 de junio [LA LEY 7805/1998]).

La iniciación del proceso por injurias y calumnias entre particulares se encuentra supeditada a la **celebración o intento de celebración de acto de conciliación** entre querellante y querrellado, según los arts. 278 y 804 LECR. La razón de esta exigencia está íntimamente vinculada a la naturaleza privada de este tipo de delitos, estableciendo mediante el mismo un mecanismo tendente a conseguir una reparación satisfactoria que evite el proceso penal, aunque desgraciadamente la práctica demuestre que en la mayoría de los casos el acto de conciliación no alcanza su objetivo. Debe quedar aportada a la causa penal la certificación acreditativa de que se ha celebrado o intentado el acto de conciliación y la papeleta de conciliación, a fin de comprobar su correspondencia con el hecho imputado. La falta de tal documentación es subsanable, así que no puede llevar a una Sentencia absolutoria o al sobreseimiento, sino que debe concederse a la parte un plazo para aportarlo y, entre tanto, suspender el Juzgado el curso del procedimiento, pues al tratarse de un defecto subsanable así lo impone el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva (AP Madrid, Sección 4.ª, 4/2002, de 10 de enero [LA LEY 1045128/2002] y AP Alicante, Sección 2.ª, 481/2005, de 19 de julio).

Cuando la calumnia se **hubiese vertido en juicio**, para proceder contra su autor es necesaria, además, la **previa licencia del Juez o Tribunal que hubiere conocido o estuviere conociendo del pleito**. Con ello se pretende proteger a quienes han comparecido en un proceso frente a los perjuicios que una causa pudiera originarles como consecuencia de las manifestaciones realizadas o expresiones vertidas en la misma para la defensa de sus intereses y pretensiones, siendo su fundamento constitucional «asegurar la defensa en términos adecuados sin temor de la incoación de un proceso penal indebido» (TC 100/1987, de 12 de junio [LA LEY 828-TC/1987]). El otorgamiento de la licencia no

es una facultad discrecional del Juez en cuanto debe su concesión o denegación estar motivada pues, de lo contrario, podría entenderse vulnerado el art. 24 CE (TC 36/1998, de 17 de febrero [LA LEY 4929/1998]), y su otorgamiento no constituye prueba bastante de la imputación a tenor de lo establecido en el art. 805 LECrim. La necesidad de obtener licencia del Juez o Tribunal para poder presentar querrela por presuntos delitos de calumnia o injuria causadas en juicio es, por tanto, una limitación razonable que opera como garantía del ejercicio efectivo de ese mismo derecho fundamental por parte de terceros. Desde este ángulo, la tutela judicial exige que las alegaciones formuladas en un proceso, que sean adecuadas o convenientes para la propia defensa, no pueden resultar constreñidas por la eventualidad incondicionada de una ulterior querrela por supuestos delitos atentatorios al honor de la otra parte procesal, que actuaría así con una injustificada potencialidad disuasoria o colectiva para el legítimo ejercicio del propio derecho de contradicción. Con esta única finalidad aparece configurada legalmente la autorización de que se trata, la competencia de cuyo otorgamiento se atribuye precisamente a aquel órgano judicial que, por haber entendido del caso, está en la mejor situación para apreciar la relevancia, significado e intención de las manifestaciones efectuadas o de las expresiones vertidas en el curso del proceso. A todo lo cual debe añadirse que la singular peculiaridad de esta autorización exige que el órgano judicial disponga de ciertos márgenes de apreciación, sin poder abundar en prolijos razonamientos, que podrían prejuzgar lo que es materia propia de un proceso penal, de suerte que, tanto si otorga como si deniega la licencia, no puede entrar en consideraciones que prejuzguen la culpabilidad o la inocencia del presunto calumniador o injuriante (AP Valencia, Sentencia 369/2008, de 23 de junio [LA LEY 111928/2008]; AP Guadalajara, Sentencia 150/2007, de 27 de septiembre [LA LEY 327142/2007]; AP Huesca, Sentencia 169/2005, de 22 de septiembre [LA LEY 183280/2005]; AP Tarragona 205/2004, de 19 de mayo [LA LEY 118200/2004]).

No constituyen delito de calumnia las expresiones vulgares proferidas por persona lega en derecho en ejercicio de su derecho de defensa libremente expresado al autodefenderse en un procedimiento judicial (AP Madrid, Sección 23.ª, 898/2002, de 21 de enero [LA LEY 1172700/2002]).

Procedimiento para la persecución de delitos contra el honor cometidos frente a funcionarios públicos

Con anterioridad a la reforma, era necesaria la denuncia del funcionario público ofendido para la persecución del delito (192/2001, de 14 de febrero [LA LEY 37095/2001]). En la actualidad es un delito *público* y, en consecuencia, perseguible de oficio.

Perdón del ofendido

Extingue la responsabilidad criminal de conformidad con lo que establece el art. 130.5.º CP, debiendo estar otorgado de forma expresa y antes de que se haya iniciado la ejecución de la pena impuesta. Tratándose de menores e incapacitados, los Jueces y Tribunales pueden rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes legales de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento o el cumplimiento de la condena y oído el Ministerio Fiscal, que tiene estatutariamente asignada la función de velar por los menores e incapaces a tenor del art. 3 de su Estatuto.

Artículo 216.

En los delitos de calumnia o injuria se considerará que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado

por tales delitos, en el tiempo y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 86, 110 y 112.

LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen: art. 9.2.

LO 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Se trata de una consecuencia accesoria de la condena, pues en los delitos contra el honor queda excluida, por su propia índole, la restitución, siendo la reparación únicamente posible a través de la publicidad del fallo, aunque habrá de valorarse si tal publicidad es susceptible más bien de remover el tema dándole nuevos ecos, lo que puede ser mejor valorado por los interesados (2130/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1836/1994]).

El precepto es de aplicación tanto si las injurias o calumnias se cometieron con publicidad como si se transmitieron a través de dos cartas con dos destinatarios individuales, en cuyo caso se cumple con la divulgación de la Sentencia dentro del mismo ámbito y por el mismo medio que se cometió la conducta injuriosa, es decir, que si se transmitieron a través de dos cartas con dos destinatarios individuales y perfectamente determinados, el mismo medio ha de utilizarse para la divulgación de la Sentencia para que tenga su repercusión en las mismas personas concededoras de las injurias, pues su publicación por un medio de comunicación excede del precepto legal y del ámbito donde se produjo el daño, provocando así un exceso en su reparación (AP Madrid, de 4 de octubre de 2001 [LA LEY 175747/2001]), debiendo ser en la Sentencia donde se contenga el pronunciamiento respecto de la reparación o divulgación de la misma.

TÍTULO XII

DELITOS CONTRA LAS RELACIONES FAMILIARES

CAPÍTULO I

De los matrimonios ilegales

Artículo 217.

El que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CE: art. 32.

CP: art. 219.

CC: arts. 46.2, 73, 85 y ss. y 98.

LECrim.: art. 103.

Bien jurídico protegido

Es el interés público en asegurar el orden jurídico matrimonial establecido por el Estado, concibiéndose como un delito contra la colectividad porque supone un ataque frontal a la institución familiar, en cuanto que la misma tiene su fundamento en el matrimonio y éste responde en nuestro país, al igual que en la mayoría de los países, a la concepción monogámica (22 diciembre 1978 y 31 enero de 1986 [LA LEY 10738-JF/0000]).

El bien jurídico protegido no es la causación de un concreto perjuicio a las personas, sino la estabilidad del orden jurídico matrimonial (AP Burgos, Sección 1.ª, 137/2004, de 30 de julio [LA LEY 1873497/2004]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es la persona casada que contrae nuevo matrimonio.

También lo es el contrayente si conoce la condición de casado del otro (31 enero 1986 [LA LEY 10738-JF/0000] y AP Granada, Sección 1.ª, 151/2003, de 25 de marzo [LA LEY 1448097/2003]).

No lo es el contrayente de buena fe que contrae matrimonio en la creencia de que su esposo había obtenido el divorcio de su anterior matrimonio (AP Sevilla, Sección 4.ª, 118/2004, de 19 de febrero).

Sujeto pasivo

Es la persona ligada por anterior matrimonio con el bigamo, que resulta perjudicada tanto moralmente como, de ordinario, en un orden material, ya que la reprochable conducta irá ligada a desatenciones e incumplimiento de deberes familiares de asistencia. Pero también lo es el contrayente de buena fe del posterior matrimonio (31 enero de 1986 [LA LEY 10738-JF/0000]).

Conducta típica

La bigamia se comete al contraerse o celebrar realmente un segundo o ulterior matrimonio sin estar legítimamente disuelto el anterior, con persona distinta a la del primitivo cónyuge (1078/1993, de 12 de mayo [LA LEY 13231/1993]; AP Burgos, Sección 1.ª, 137/2004, de 30 de julio [LA LEY 1873497/2004]), siendo indiferente que el segundo matrimonio no haya podido ser inscrito en el Registro Civil (3 de julio 1989 [LA LEY 115323-JF/0000]), pues el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin que la inscripción tenga carácter constitutivo sino declarativo (AP Málaga, Melilla, Sección 7.ª, 7/2003, de 11 de febrero [LA LEY 1873497/2004]).

Debe haberse contraído un matrimonio anterior que no esté legalmente anulado o disuelto —aunque pueda resultar anulable— por Sentencia firme de Tribunal competente (22 diciembre de 1978 y 31 enero 1986 [LA LEY 10738-JF/0000]), siendo indiferente la forma, civil o religiosa, que se hubiese adoptado en uno u otro de los matrimonios celebrados (31 enero de 1986 [LA LEY 10738-JF/0000], AP Baleares 233/2000, de 18 de diciembre).

Subsiste el anterior vínculo matrimonial y, en consecuencia, se comete el delito, si el segundo o ulterior matrimonio se celebró existiendo simple separación de hecho, si estaba en trámite el expediente de separación matrimonial (22 diciembre de 1978), si existía separación judicial

(1078/1993, de 12 de mayo [LA LEY 13231/1993]; AP Burgos, Sección 1.ª, 137/2004, de 30 de julio [LA LEY 1873497/2004]), si se encontraba en trámite el proceso de divorcio (AP Granada, Sección 1.ª, 151/2003, de 25 de marzo [LA LEY 1448097/2003]), si se habían dictado medidas provisionales de separación (3 julio de 1989 [LA LEY 115323-JF/0000]) o se encontraba aprobado el convenio regulador (AP Baleares 233/2000, de 18 de diciembre), ya que en ninguno de estos casos ha culminado el procedimiento judicial para la desaparición o disolución del vínculo (AP Vizcaya, 201/2002, de 17 de mayo). La separación canónica perpetua decretada por la jurisdicción canónica no es disolución ni nulidad (11 de febrero de 1980).

Es preciso que el segundo o ulterior matrimonio se celebre realmente y previa instrucción del correspondiente expediente matrimonial (1078/1993, de 12 de mayo [LA LEY 13231/1993]), aunque no se requiere la inscripción del nuevo matrimonio en el Registro Civil (AP Granada 151/2003, de 25 de marzo [LA LEY 1448097/2003] y AP Málaga, Melilla, Sección 7.ª, 7/2003, de 11 de febrero [LA LEY 1873497/2004]).

Elementos subjetivos

Dolo

Exige dolo directo, es decir, que el sujeto activo conozca su estado de casado, que su anterior matrimonio no esté disuelto ni haya sido declarado nulo y, a pesar de ello, acceda a contraer nuevas nupcias (17 septiembre de 1990 [LA LEY 2814/1990]; AN 26 de marzo de 2001; y AP La Coruña 100/2001, Sección 4.ª, de 28 de septiembre [LA LEY 2217/2002]). No cabe el dolo eventual dado el uso de la expresión «a sabiendas» (AP Madrid, 465/2001, de 12 de septiembre [LA LEY 2275/2002]).

Error de tipo

Sí cabe error de tipo cuando el sujeto activo, profano en derecho, creyó de buena fe que el nuevo matrimonio estaba exento de ilicitud al haberse iniciado el expediente de separación de un matrimonio anterior (22 diciembre de 1978), o si creía que podía volver a casarse al haberle explicado la Abogada que llevó la separación de su primera mujer, que una vez pasados cinco años desde la misma, se podía volver a casar, siendo albañil y sin conocimientos jurídicos precisos (AP Madrid, 465/2001, de 12 de septiembre [LA LEY 2275/2002]). No se admitió el error al casado en primeras nupcias en su país de origen y que al emigrar a España otorgó a su esposa un poder notarial de administración y disposición de bienes, no creyendo que dicho otorgamiento pudiera constituir el inicio de un procedimiento de divorcio, revocándose posteriormente el poder haciendo constar el estado de casado (AP Vizcaya 201/2002, de 17 de abril); ni tampoco a la contrayente, Policía Local de profesión, con estudios de bachiller y acceso a la universidad, que alegó que pensaba que siempre que no procedieran a la inscripción en el Registro, el anterior matrimonio civil del otro contrayente no era obstáculo alguno para la celebración del nuevo matrimonio (AP Baleares 233/2000, de 18 de diciembre), ni al separado judicialmente que no había obtenido Sentencia de divorcio, que en el expediente de matrimonio ante el Registro Civil manifestó estar soltero y no haberse casado nunca antes (AP Burgos, Sección 1.ª, 137/2004, de 30 de julio [LA LEY 1873497/2004]).

Tampoco cabe error en este caso porque acusada muestra «pleno y perfecto consentimiento y conoce el alcance del matrimonio que contrae» al margen de que consta en las actuaciones instrucción suficiente por parte de la acusada (ha estudiado y ha ejercido como ilustradora de prensa) para comprender la diferencia entre una petición de mano y un matrimonio, no existiendo

duda alguna a este Tribunal de que cuando contrajo matrimonio con su actual marido lo hizo a sabiendas de que previamente lo había hecho en Marruecos, consumándose, de este modo, el tipo delictivo del art. 217 del Código Penal (AP Zaragoza, sección 3.^a, 131/2009, de 13 de febrero [LA LEY 30334/2009]). De igual modo, la alegada causa de justificación no puede encontrar amparo apelando al nivel cultural del recurrente y ello no sólo porque se halla en posesión de una carrera técnica de grado medio, sino, sobre todo, porque como se dice en la Sentencia apelada, la necesidad de disolución del primer matrimonio para contraer el segundo «(...) es notoriamente evidente y de comprensión generalizada».

En este sentido, las alegaciones que formula en relación con el inicio de los trámites pertinentes para la disolución del primer matrimonio ponen claramente de manifiesto que conocía la realidad existente. Lo que ocurre que esas alegaciones, totalmente huérfanas de contenido probatorio, se muestran inoperantes para el éxito del fin perseguido. Como decimos, ningún hecho se incorpora al proceso que acredite ni siquiera el inicio de los trámites de separación matrimonial o divorcio y aún en menor medida que efectivamente aquel primer matrimonio estuviese disuelto. Es por ello que asiste razón al Juzgador de instancia cuando califica estas explicaciones del acusado como extravagantes y de nula credibilidad.

Irrelevantes cabe tildar también otras alegaciones formuladas en tal sentido. Así cabe proclamarlo de las referencias al expediente matrimonial instruido por el sacerdote que ofició el casamiento y en concreto a una pretendida falta de diligencia del mismo en la solicitud de determinados documentos. El recurso a un «cúmulo de fatales circunstancias» como justificación del comportamiento del acusado o a la no producción de consecuencias negativas para la primera, ni para la segunda esposa, también resultan inoperantes e ineficaces. Aquélla por su imprecisión generalizada y ésta porque el éxito del tipo penal no exige ese resultado dañoso o perjuicio que se menciona.

El error que excluye el dolo debe encontrarse seriamente fundado y demostrado por hechos evidentes que lo justifiquen. (AP Murcia, sección 4.^o, 76/2006, de 13 de noviembre [LA LEY 184057/2006]).

La alegación de defensa del acusado en cuanto a que profesaba la religión islámica que permite la poligamia, se rechazó por la AP Málaga, Melilla, Sección 7.^a, en su S 7/2003, de 11 de febrero, con el siguiente argumento:

«En atención al derecho a la igualdad contenido en el art. 14 CE, con independencia de su religión o de cualquier otra circunstancia o condición, a todos los españoles —incluso a los que sin serlo estén en territorio nacional— se les aplicará por igual la Ley Penal española, la cual castiga por el delito de bigamia a quien contrajere segundo o ulterior matrimonio a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior. Con el argumento del recurrente, que ha de calificarse de temerario y que pretende justificar la poligamia, proscrita en el derecho español, se podría incluso a llegar a justificar otras conductas más aberrantes como, por ejemplo, la mutilación genital femenina».

Consumación y tentativa

Se consuma con la mera unión contractual, sacramental o legal pública de los esposos que crea un *status matrimonialis* nuevo e ilícito (11 junio de 1976). Es un delito instantáneo de efectos permanentes (AP Granada, Sección 1.^a, 151/2003, de 25 de marzo [LA LEY 1448097/2003]), sin perjuicio de que pueda ponerse fin a la antijurídica situación con el ejercicio de la oportuna acción de nulidad del vínculo contraído (31 enero de 1986 [LA LEY 10738-JF/0000]).

Autoría y participación

Si la persona con la que se casa el sujeto activo conocía su condición de casado, es cooperador necesario (31 enero de 1986 [LA LEY 10738-JF/0000], AP Cádiz, 10 de enero de 2000 [LA LEY 12805/2000]).

Quien autoriza el matrimonio inválido por impedimento de ligamen es responsable por el art. 219, que es delito especial con relación a la participación necesaria en el delito de bigamia.

Concursos*Concurso real*

Concorre en su caso con el delito de abandono de familia (17 septiembre de 1990 [LA LEY 2814/1990]).

Consecuencias civiles de la sentencia penal

En ocasiones se ha declarado en la propia Sentencia penal nulo y sin efecto el matrimonio ilegal celebrado (AP Sevilla, Sección 4.ª, 118/2004, de 19 de febrero y AP Zaragoza, Sección 3.ª, 160/2005, de 14 de abril [LA LEY 1999847/2005]).

Cabe la indemnización por daños morales al contrayente de buena fe (AP Vizcaya, Sección 6.ª, 201/2002, de 17 de abril).

Artículo 218.

1. El que, para perjudicar al otro contrayente, celebrare matrimonio inválido será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El responsable quedará exento de pena si el matrimonio fuese posteriormente convalidado.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 46, 47, 48, 73 a 80 y 98.

Artículo 219.

1. El que autorizare matrimonio en el que concurra alguna causa de nulidad conocida o denunciada en el expediente, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

2. Si la causa de nulidad fuere dispensable, la pena será de suspensión de empleo o cargo público de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 45 a 48, 51 a 60, 73, 75 y 76.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Se trata de un delito especial, en cuanto sólo pueden cometerlo aquellos que están facultados legalmente para la autorización y celebración de matrimonios (ATSJ Comunidad Valenciana 74/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 236093/2000]).

Conducta típica

Consiste en la autorización del matrimonio a pesar de conocer la concurrencia de alguna causa de nulidad (ATSJ Comunidad Valenciana 74/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 236093/2000]) o constar la misma denunciada en el expediente.

No es suficiente, al no suponer «celebración», que el Juez de Paz, en su despacho oficial, con asistencia de parientes y amigos, realice únicamente el «protocolo de matrimonio» o parlamento en el que resalta las excelencias y ventajas del estado matrimonial llevando al ánimo de los asistentes al acto la creencia de que el matrimonio no se había celebrado efectivamente, siendo así que, además, no se había instruido el previo expediente matrimonial ni del acto citado se formalizó documentación alguna en el Registro Civil, aunque la pareja firmó un papel en blanco, ya que el Juez de Paz a lo único que accedió fue a «simular» la celebración de la ceremonia del matrimonio civil (1078/1993, de 12 de mayo [LA LEY 13231/1993]).

No lo comete la Juez sustituta que autorizó y celebró el matrimonio *in articulo mortis*, habiéndole indicado la novia, el capellán hospitalario y la madre de otro enfermo que el contrayente se comunicaba con el exterior abriendo y cerrando los ojos, con lágrimas y apretando la mano, habiendo actuado la Juez dentro de los parámetros de lo que puede estimarse razonable en un matrimonio de este tipo, atendidas las circunstancias objetivas concurrentes y las subjetivas propias de la persona en cuestión (ATSJ Comunidad Valenciana 74/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 236093/2000]), aunque se formuló un voto particular contra esta resolución fundamentado en que a la Juez, Secretaria y testigos asistentes no pudo pasarles desapercibida la falta de aptitud y capacidad del enfermo, en coma vigil irreversible, con graves secuelas encefálicas y deterioro de sus funciones psíquicas como consecuencia de una hemorragia cerebral meníngea por ruptura de aneurisma, lo que anulaba la capacidad de comprender y entender, sin posibilidad de realizar actos conscientes y motivados, siendo imposible que pudiera contestar a las preguntas que se le hicieron, abriendo y cerrando los ojos.

CAPÍTULO II

De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor

Artículo 220.

1. La suposición de un parto será castigada con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. La misma pena se impondrá al que ocultare o entregare a terceros un hijo para alterar o modificar su filiación.

3. La sustitución de un niño por otro será castigada con las penas de prisión de uno a cinco años.

4. Los ascendientes, por naturaleza o por adopción, que cometieran los hechos descritos en los tres apartados anteriores podrán ser castigados además con la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad que tuvieren sobre el hijo o descendiente supuesto, ocultado, entregado o sustituido, y, en su caso, sobre el resto de hijos o descendientes por tiempo de cuatro a diez años.

5. Las sustituciones de un niño por otro que se produjeran en centros sanitarios o socio-sanitarios por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CE: art. 39.2.

CP: art. 46.

CC: arts. 108 a 126, 139, 756.1.º, 852, 854 y 959 y ss.

Bien jurídico protegido

Es el interés o derecho del menor a mantener un vínculo jurídico real, las relaciones familiares que le pertenecen y su identidad, protegiéndose el estado civil, las relaciones familiares y, en último término, la familia (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992] y AP La Coruña y 101/1998, de 30 de septiembre).

Conductas típicas

1.º Suposición de parto

Sujeto activo

Lo comete no sólo la mujer que simula un alumbramiento, sino quienes pretenden inscribir al recién nacido como hijo suyo (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999] y AP Las Palmas 114/1999, de 9 de julio).

Elementos objetivos

Es necesario fingir el alumbramiento de un ser nacido, simular haber dado a luz un niño vivo (AP La Rioja, 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]) efectuado por actos reales, o una conducta que lleve consigo la realización de hechos que aparenten la existencia del parto, en cuanto que éste, como fenómeno biológico, está caracterizado por ciertos elementos externos (6 de junio de 1980 [LA LEY 1015-NS/0000]).

No basta con fingir o simular un parto o embarazo, sino que es preciso que se presente un niño como fruto del alumbramiento (AP Orense, Sección 1.ª, 7/2004, de 9 de junio).

Tampoco es preciso para la comisión del delito el fingimiento del parto como hecho fisiológico caracterizado por determinados elementos externos, sino que es suficiente la presentación en

el Registro Civil de declaración en la que se expresa una filiación distinta del recién nacido (AP La Coruña, Sección 1.ª, 24/2002, de 16 de octubre [LA LEY 1390282/2002]).

Elementos subjetivos

Es un delito doloso, no cabiendo su comisión por imprudencia (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]). El sujeto activo no solamente ha de tener conciencia y voluntad de su acción, sino que ha de concurrir en él un ánimo tendencial de modificar el estado civil del nacido (6 de junio de 1980 [LA LEY 1015-NS/0000]), lo cual se acredita, por ejemplo, solicitando al encargado del Registro civil la inscripción del recién nacido como hijo propio (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]).

Con respecto a la sustitución de un niño por imprudencia grave de los responsables de su identificación y custodia en centros sanitarios o socio-sanitarios la Auto AP Guipúzcoa 137/2007, de 5 febrero Sec. 3.ª [LA LEY 24414/2007], estableció que en los apartados 3.º y 5.º del art. 220 CP se tipifican dos modalidades distintas de sustitución de un niño, a saber, la primera de ella dolosa y la segunda por imprudencia grave.

En el presente supuesto, la modalidad dolosa, deberá ser rechazada habida cuenta de la inexistencia de indicio alguno constatado que revele voluntariedad en la sustitución, ni móvil o finalidad alguna para ello.

Respecto de la imprudencia grave, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha exigido:

1. Una acción u omisión voluntaria, no maliciosa.
2. Infracción del deber de cuidado.
3. Creación de un riesgo previsible y evitable.
4. Un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad, de aquella descuidada conducta.

Con carácter general, exige la imprudencia la concurrencia de un elemento psicológico que afecta al poder y facultad humana de previsión y se traduce en la posibilidad de conocer y evitar el evento dañoso, y el normativo presentado por la infracción del deber de cuidado. Tal deber de cuidado puede establecerse en un precepto jurídico o en la norma de la común y sabida experiencia general tácticamente admitida y guardada en el ordinario y prudente desenvolvimiento de la actividad social.

Tal relación de causalidad entre la conducta imprudente y el resultado dañoso ha de ser directa, completa e inmediata. Dentro de este contexto, la «imprudencia profesional» tiene su base y fundamento punitivo en la impericia. El otorgamiento de un título profesional crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia como en la gravemente defectuosa ejecución del acto requerido profesionalmente. Distingue, a este respecto, la jurisprudencia entre la «culpa del profesional» y la «culpa propiamente profesional», siendo aquélla la imprudencia común cometida por un profesional y ésta la que descansa en una impericia crasa (Sentencia del Tribunal Supremo 17-2-86, o en la vulneración de la *ex artis* (Sentencia del Tribunal Supremo

28-11-87), si bien, como se dice en la Sentencia de 28-9-87, los límites entre la «culpa del profesional» y la «culpa profesional» son «indecisos y confusos».

En la actuación de profesionales de la medicina, la imprudencia debe ser considerada como grave cuando se produce inobservancia de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, mostrando ignorancia suma de las reglas fundamentales de la profesión médica, o por conducirse con singulares descuido, abandono o ligereza, impropios de las normas deontológicas que rigen el ejercicio de la profesión médica, mientras que la imprudencia habrá de ser considerada como leve, cuando el facultativo no se ha comportado con exquisito celo, extremando todas y cada una de las precauciones propias del caso, no adoptando las cautelas y prevenciones medias que el caso aconsejaba.

A la vista de las diligencias practicadas, y a la luz del recurso señalar que la cuestión litigiosa se plantea en una cuestión eminentemente jurídica, relativa a la autoría del hecho imprudente, y por otro, la gradación de la imprudencia.

En relación al primer extremo, señalar que en la cadena de la custodia y vigilancia de los menores no ha quedado acreditado el concreto momento ni la actuación relevante que en dicho proceso dio lugar a la sustitución. Ello lleva como consecuencia que no puede imputarse a persona concreta el cambio de la pulsera y el consiguiente error identificativo que dio lugar al cambio de bebés, y esa misma concurrencia de actuaciones profesionales impide calificar la entidad de la negligencia en su mayor grado, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera derivarse de otros órdenes.

Consumación

Se consuma al simularse el parto, el alumbramiento, independientemente de que, además, se inscriba, o no, en el Registro civil (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]).

Se consuma también con la presentación en el Registro Civil de una declaración de filiación del recién nacido distinta a la real, con independencia de que no haya llegado a extenderse la inscripción de la supuesta maternidad (AP La Coruña, Sección 1.ª, 24/2002, de 16 de octubre [LA LEY 1390282/2002]).

Autoría y participación

Cooperación necesaria

En realidad, el recurrente no niega todos los hechos que el Tribunal ha declarado probados, sino solamente aquellos aspectos de los mismos que se relacionan con los elementos subjetivos de los dos delitos por los que ha sido condenado. Los elementos del tipo subjetivo no suelen permitir su acreditación y prueba de forma directa, sino que ordinariamente requieren un razonamiento de tipo inferencial sobre la base de otros hechos previamente acreditados directamente, que operan como indicios. En el caso, el recurrente reconoce que sabía que el menor no era hijo de su hija. A pesar de ello, del hecho no negado se desprende que desarrolla una conducta que indica la pretensión, compartida por todos los coacusados, de mantener en el tiempo una situación planteada por aquélla, que incluye la permanencia del menor en su compañía, alejado del ámbito de influencia de su familia biológica, y en un marco caracterizado de cara a los demás por las previas y falsas afirmaciones de

Begoña acerca de su embarazo y por sus declaraciones a terceros acerca de su maternidad, identificando al menor como hijo suyo. Es evidente que, en esas condiciones, que se mantienen durante un importante período de tiempo que excede de un mes, es apreciable la presencia del elemento subjetivo característico de cada uno de los delitos imputados, pues sabiendo que el menor pertenecía a otra familia colabora dando cobertura a su permanencia en compañía de su hija, reteniéndolo lejos de sus familiares, y lo hace aceptando con sus hechos que aparezca como hijo de aquélla, y consiguientemente, nieto suyo. Ya hemos señalado con anterioridad que el recurrente dio cobertura con su conducta al planteamiento de su hija para hacer aparecer al niño como hijo suyo, después de haber afirmado públicamente que estaba embarazada. En el relato fáctico se describe la actitud del recurrente preparando el lugar para la permanencia del menor en el ámbito de la familia, como si perteneciera a la misma. Por lo tanto, su aportación a la simulación de la falsa filiación del menor es evidente. (STS 492/2007, de 29 de junio [LA LEY 60967/2007]).

Concursos

Concurso ideal

Ideal, en su modalidad de **medial**, con falsedad en documento (AP Las Palmas 114/1999, de 9 de julio y AP La Coruña, Sección 1.ª, 24/2002, de 16 de octubre [LA LEY 1390282/2002]).

En cuanto a la compatibilidad de los delitos de detención ilegal y de suposición de parto, nada impide cometer el segundo sin necesidad de afectar a los intereses protegidos por el primero. Efectivamente, el delito de suposición de parto no implica un conflicto con la voluntad de quien ejercita por el menor su derecho a la libertad deambulatoria, de manera que no siempre se producirá una afectación de este bien jurídico (STS 492/2007, de 7 de junio [LA LEY 60967/2007]).

2.º Ocultación o entrega de un hijo para alterar o modificar su filiación

Sujeto activo

Pueden serlo ambos progenitores (AP La Rioja 12/1999, de 12 de enero [LA LEY 19013/1999]), uno solo de ellos (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992] y AP La Coruña 101/1998, de 30 de septiembre), o incluso un tercero (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992]).

Elementos objetivos

Como «ocultación» debe entenderse cualquier medio utilizado para desvincular al hijo de su propia familia natural, haciéndole desaparecer del entorno social en que dicha relación familiar debiera mostrarse (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992]), y que produce como efecto inmediato la alteración de la filiación (AP La Coruña 101/1998, de 30 de septiembre).

Se condena por esta modalidad de «ocultar o entregar un hijo a terceros» a la embarazada que ingresa en una clínica para dar a luz y, producido el parto, se hacen cargo del niño otras personas, que habían convenido inscribir al niño como de filiación desconocida, indicándole la mujer al marido que el niño había nacido muerto (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992]); y a la mujer verdaderamente embarazada que, cuando hubo dado a luz, se hizo pasar por su hermana entregando después el hijo que alumbró a su hermana y al marido de ésta (AP Las Palmas 114/1999, de 9 de septiembre); y a los auténticos padres del niño que permiten que los abuelos soliciten la inscripción del recién nacido como hijo propio (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]).

Elementos subjetivos

La acción debe realizarse con la finalidad de alterar o modificar la filiación del niño. Se trata de un delito doloso en el que no cabe error de tipo alegando desconocer que el ocultar la filiación del nacimiento tuviera como consecuencia la pérdida de los derechos civiles que éste hubiera podido adquirir de haber llevado a cabo la obligada primera inscripción, dada la índole natural y primaria de los hechos (1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992]), no cabiendo la comisión imprudente (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]).

Consumación

Se consuma con la mera entrega u ocultación, sin necesidad de que se logre la alteración de la filiación pretendida.

Concursos

Cuando la entrega del niño se hace a quien simula un parto, con idéntica finalidad, este precepto es delito especial respecto de la cooperación necesaria a la realización del delito del art. 220.1 CP (AP La Rioja 12/1999, de 22 de enero [LA LEY 19013/1999]).

Concurso ideal

Cabe concurso ideal con las falsedades documentales del art. 390.1.2.º (AP Las Palmas 114/1999, de 9 de julio).

Artículo 221.

1. Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero.

3. Si los hechos se cometieren utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por tiempo de dos a seis años y se podrá acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 108 y 175 y ss.
LOPJM.

El primer apartado de este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003, que con anterioridad decía así:

«Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años».

Elementos objetivos

Conducta típica

La venta de una menor de pocos días de vida integra el presente tipo penal (AP Madrid, Sección 23.ª, 509/2003, de 21 de julio). En realidad se trata de la entrega del menor para modificar la filiación (art. 220.2 CP), pero a cambio de contraprestación económica.

En cualquier caso, el art. 221 del CP referido castiga a quien entrega al menor, mediando compensación económica, y este requisito forma parte del tipo (la entrega sin contraprestación estará excluida del tipo) equiparando como sujeto activo del delito, no sólo a quien recibe el dinero, sino a quien intermedia al fin expresado en el párrafo anterior, e incluso a quien lo entrega (para recibir esa criatura). También esta equiparación ha sido cuestionada por la doctrina (Prof. Jaén Vallejo; Queralt) pues parece que la reprochabilidad ha de ser mayor para quien se beneficia de estas situaciones de desamparo, por un lado, y de deseo de adoptar como hijo, por otro, que de quien, sencillamente, quiere ejercer como progenitor responsable que no obra por un móvil lucrativo, sino que paga por recibir al menor. Bien es cierto que, en cualquiera de los dos extremos, lo que trata el legislador es que el menor no sea tratado como una mercancía, susceptible de ser comprado y vendido.

De todo ello se deduce que los elementos del tipo vienen determinados por: a) una entrega del menor al margen de los cauces legales establecidos para la adopción; b) mediando dinero o cualquier contraprestación económica (Auto AP Vizcaya Sec. 1.ª, 16/ 2005, de 13 de enero [LA LEY 6210/2005]).

Elemento subjetivo

Dolo

La exigencia típica de la concurrencia de establecer una relación análoga a la filiación comporta, necesariamente, la voluntad de asumir los deberes inherentes a dicha situación por parte del adoptante (otras finalidades en relación con el futuro del menor o incluso su destino, estarían excluidas de este tipo penal, y podrían ser de más grave entidad) y ello, en situaciones como la que nos ocupa, incluso puede resultar beneficioso para las criaturas abandonadas a su suerte, de corta edad, en ambientes y situaciones indescriptibles por su dureza para los niños. (Auto AP Vizcaya Sec. 1.ª, 16/2005, de 13 de enero [LA LEY 6210/2005]).

Consumación

Si la venta proyectada del menor no llegara a realizarse, el delito lo será en grado de tentativa (AP Madrid, Sección 23.ª, 509/2003, de 21 de julio).

Artículo 222.

El educador, facultativo, autoridad o funcionario público que, en ejercicio de su profesión o cargo, realice las conductas descritas en los dos artículos anteriores, incurrirá en la pena en ellos señalada y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a seis años.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

CONCORDANCIAS

CP: art. 24.

Consulta de la FGE 8/1997, de 8 de octubre, sobre algunas cuestiones en relación con la formalización del acogimiento familiar.

CAPÍTULO III**De los delitos contra los derechos y deberes familiares****SECCIÓN 1.^a**

Del quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono de domicilio

Artículo 223.

El que, teniendo a su cargo la custodia de un menor de edad o incapaz, no lo presentare a sus padres o guardadores sin justificación para ello, cuando fuere requerido por ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otro delito más grave.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 25 y 622.

Consulta de la FGE 2/1998, de 3 de abril, sobre asunción de tutela por personas jurídicas públicas.

Bien jurídico protegido

Es el quebrantamiento de los deberes de custodia de un menor o incapaz (AP Madrid 505/1999, de 15 de junio [LA LEY 9673/1999]), atentando también a la libertad de sus padres para ejercer los derechos-deberes que les corresponden sobre el hijo en orden a su custodia, protección y educación (2743/1992, de 11 de diciembre [LA LEY 15173-R/1993]).

Elementos objetivos*Sujeto activo*

Comete el delito el encargado de la custodia de un menor o incapaz cualquiera que sea el título por el que le esté confiado, no pudiendo serlo las personas que legalmente tengan atribuida la guarda o patria potestad del menor o incapaz, pero sí aquellas personas a las que éstos les hayan confiado su custodia (AP Gerona 18/2000, de 20 de enero).

Sujeto pasivo

El menor de edad civil y el incapaz.

Conducta típica

Comportamiento omisivo consistente en no presentar al menor o incapaz a sus padres o guardadores cuando lo reclaman (AP Gerona 18/2000, de 20 de enero). Se considera «guardador» a la Consejería de Bienestar Social de una Comunidad Autónoma que ha asumido la tutela administrativa de un menor (AP Cáceres 15/2002, de 12 de febrero).

Es conducta típica la realizada por la abuela que, conocedora de que se había dispuesto la permanencia de su nieto en un hogar infantil, no lo reintegra al mismo tras la finalización del régimen de visitas dispuesto a su favor (AP Cáceres 15/2002, de 12 de febrero). No lo comete, en cambio, la madre que abandona el domicilio familiar llevándose consigo a su hija de dos años de edad (AP Gerona 18/2000, de 20 de enero).

Concurso de leyes

Surge con el art. 165 CP, resolviéndose por el principio de alternatividad a favor de este delito (AP La Rioja 94/2002, de 27 de mayo [LA LEY 100768/2002]).

Artículo 224.

El que indujere a un menor de edad o a un incapaz a que abandone el domicilio familiar, o lugar donde resida con anuencia de sus padres, tutores o guardadores, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

En la misma pena incurrirá el progenitor que induzca a su hijo menor a infringir el régimen de custodia establecido por la autoridad judicial o administrativa.

CONCORDANCIAS

LOPJM.

El segundo párrafo fue introducido por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y CC, sobre sustracción de menores.

Bien jurídico protegido

Es la tutela del menor o incapaz, protegiéndose su interés de estar sometido a los derechos y deberes de cuidado y vigilancia por quienes tienen encomendada la patria potestad, tutela o guar-

da, atentando al interés del menor o incapaz la extracción de ese ámbito protector, por dejarles indemnes y a merced de terceros (11 de marzo de 1981 [LA LEY 8663-NS/0000]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es quien induce al menor o incapaz al abandono del domicilio familiar (AP Murcia 70/2000, de 21 de noviembre [LA LEY 212519/2000]).

Sujeto pasivo

Es el incapaz o menor de 18 años (Sala Militar, 6 de octubre de 1982), siendo preciso que el sujeto pasivo tenga una mínima capacidad de decisión que le permita el abandono de domicilio, la cual no tiene, por ejemplo, un niño de dos años (AP Gerona 18/2000, de 21 de enero).

Es indiferente el estado de ánimo del menor, por ejemplo, el temor o vergüenza de enfrentarse a sus padres al haber quedado embarazada (14 de mayo de 1977).

Conducta típica

La acción del sujeto activo ha de ser una inducción, incitación, influjo intencional, provocación por medio eficaz e idóneo realizada sobre el menor o incapaz, para abandonar o salir de la casa de sus padres o guardadores, que tienen la obligación en todo momento de velar por su bien, siendo irrelevante el consentimiento del menor o incapaz porque no están facultados legalmente para consentir sobre los ataques a las esferas de protección penal (11 de marzo de 1981).

El influjo del sujeto activo sobre el menor o incapaz debe ser directo y eficaz (Sala Militar, 6 de octubre de 1982 y AP Alicante 472/1998, de 4 de julio), de tal manera que haga germinar en el sujeto pasivo el propósito de ejecutar el hecho de abandonar el hogar y de decidir ponerlo en marcha. Así, el Tribunal Supremo reconoce que el acusado, de treinta años de edad y a la sazón Profesor particular de música de Regina, después de granjearse su confianza y admiración, le propuso abandonar el hogar familiar e irse juntos a recorrer España y Europa en caravana. La acción descrita tiene pleno encaje en el concepto de inducción que se caracteriza por una presión psicológica que no física del sujeto activo sobre la víctima que lleva a que sea ésta la que voluntariamente pero de forma viciada adopte la decisión que no responde a su libre albedrío sino a la situación de preeminencia moral o de otra índole del sujeto activo. En definitiva, los hechos declarados probados permiten apreciar que la causa determinante de que Regina acceda al abandono del hogar familiar son las propuestas que al particular le hace el acusado Humberto, sobre la base de la confianza y admiración que previamente se ha granjeado. Todo ello conduce a estimar la correcta aplicación del art. 224 del Código Penal (Auto del TS 2130/2005, de 20 de octubre [LA LEY 299230/2005]).

El lugar de residencia puede ser el colegio donde el menor está internado (Sala Militar, 6 de octubre de 1982).

Artículo 225.

Cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido

y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a 24 horas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 21.5.

La actual redacción de este artículo procede de la reforma introducida por la LO 15/2003, y decía la versión derogada:

«Cuando el responsable de los delitos previstos en esta Sección restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicias o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a ocho meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o la ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas».

SECCIÓN 2.^a

De la sustracción de menores

Artículo 225 bis.

1. El progenitor que sin causa justificada para ello sustrajere a su hijo menor será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por el tiempo de cuatro a diez años.

2. A los efectos de este artículo, se considera sustracción:

1.º El traslado de un menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las cuales estuviese confiada su guarda o custodia.

2.º La retención de un menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

3. Cuando el menor sea trasladado fuera de España o fuese exigida alguna condición para su restitución la pena señalada en el apartado 1 se impondrá en su mitad superior.

4. Cuando el sustractor haya comunicado el lugar de estancia al otro progenitor o a quien corresponda legalmente su cuidado dentro de las veinticuatro horas siguientes a la sustracción con el compromiso de devolución inmediata que efectivamente lleve a cabo, o la ausencia no hubiere sido superior a dicho plazo de veinticuatro horas, quedará exento de pena.

Si la restitución la hiciere, sin la comunicación a que se refiere el párrafo anterior, dentro de los quince días siguientes a la sustracción, le será impuesta la pena de prisión de seis meses a dos años.

Estos plazos se computarán desde la fecha de la denuncia de la sustracción.

5. Las penas señaladas en este artículo se impondrán igualmente a los ascendientes del menor y a los parientes del progenitor hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que incurran en las conductas anteriormente descritas.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 103 y 158.

Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Esta Sección fue añadida por LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP de 1995 y del CC, sobre sustracción de menores.

Estos tipos penales fueron introducidos para evitar, en lo posible, los efectos perjudiciales que en supuestos de crisis familiares puedan ocasionar a los menores determinadas actuaciones de sus progenitores, tratándose de prever la conducta de un progenitor de sustracción o negativa a restituir a un menor, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido legalmente atribuidas al otro progenitor o alguna persona o institución en interés del menor, proporcionando una respuesta penal distinta del delito de desobediencia genérico, tal y como se ofrece en la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre (AP Madrid, Sec. 4.^a, Auto 169/ 2008, de 5 de marzo [LA LEY 77662/2008]).

Aspectos generales

El fundamento de dicho precepto penal y el bien jurídico que se trata de proteger, cuando afirma que «(...) Esta norma punitiva tiene origen en la Convención sobre los derechos del niño de la Asamblea General de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que considera al menor de edad como sujeto de derecho; y en la Declaración Universal de los derechos del niño de 1959, que reforzó la política internacional en materia de derechos de la infancia. La Carta Europea de Derechos del niño, aprobada por resolución A3-0172/1992, de 8 de julio de 1992, reconoce en su apartado 8.13 que en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país; al tiempo que insta a los Estados a adoptar todas las medidas oportunas para impedir el secuestro de los niños, su retención o no devolución ilegales. Por ello, de la Carta Europea, en relación con nuestro Derecho positivo, puede extraerse una primera conclusión: el bien jurídico protegido por el art. 225 bis es el derecho del menor a relacionarse regularmente con sus dos padres en caso de crisis familiar, pues el precepto se halla sistemáticamente incluido en el Capítulo “De los delitos contra los derechos y deberes familiares”. Doctrinalmente, también se menciona la protección de la paz en las relaciones familiares, materializada en el respeto a las vías legales disponibles para solucionar los conflictos. La permanencia del menor en su ámbito familiar, social, geográfico y cultural no es más que un aspecto derivado de los anteriores, por cuanto los cauces jurídicos y procesales atribuirán la guarda

y custodia conforme a los intereses del niño, valorando tales circunstancias; lo que puede llevar a separarlo de su ambiente y residencia habitual atendiendo a conveniencias de diversa índole, incluso sin previa crisis familiar, sin que por ello tal situación sea punible. No puede obviarse la problemática social a que responde esta nueva tipificación penal, especialmente cuando se trata de sustracción internacional, más gravemente penada por las mayores dificultades de retorno del menor, pues los Estados se erigen en barrera de interposición entre padres e hijos, y por el peligro de que el traslado se utilice para obtener la aplicación de normas de Derecho internacional privado favorables al progenitor que se apodera del niño. La preocupación social se extiende también a conflictos internos, cuando se desvincula al hijo de su entorno familiar para separarlo definitivamente del otro progenitor o para conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se confía en obtener legalmente, con frustración de las expectativas procesales del otro padre o madre. Por consiguiente, solamente son punibles las conductas que lesionen el referido bien jurídico protegido, partiendo de una interpretación restrictiva del tipo, conforme al principio de intervención mínima, que determina el carácter fragmentario del Derecho penal, en cuanto que solamente se castigarán los comportamientos más graves e intolerables para la convivencia». Al mismo tiempo, debe tenerse en consideración el principio de proporcionalidad de la pena, porque, como declaró la STC 55/1996, de 28 de marzo de 1996 [LA LEY 4318/1996], «sólo encuentra legitimación en una necesidad de protección social y exclusivamente en la medida en que responda a dicha necesidad. De lo contrario, se convertiría en un ataque ilegítimo a la dignidad de la persona, reconocida en el art. 10, 1 CE como fundamento del orden político, y supondría una vulneración de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, garantizada en el art. 9, 3 y, en suma, de los principios de libertad y justicia que, como valores superiores del ordenamiento jurídico, consagra el art. 1, 1 CE» (AP Tarragona, Sec.2.ª, auto de 28 de noviembre de 2003 [LA LEY 197908/2003]).

Desde esta perspectiva del principio de proporcionalidad, la pena prevista en el art. 225 bis (prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad de cuatro a diez años) puede ser desproporcionada y, por tanto, incompatible con la persecución indiscriminada de cualquier desavenencia surgida en el curso de una separación matrimonial o de una unión de hecho (AP Madrid, Sec. 7.ª, Auto 344/2008, de 8 de noviembre [LA LEY 252201/2008]).

Bien jurídico protegido

Este Tribunal, en consonancia con la mayoría de dichas resoluciones entiende que el bien jurídico protegido en el delito de sustracción de menores del art. 225 bis del CP es esencial y fundamentalmente la protección de la patria potestad, la protección de la custodia atribuida por resolución judicial, el interés del menor de convivir con el progenitor al que se le ha concedido por resolución judicial su guarda y custodia y de ahí la ubicación del precepto en la Sección 2.ª bajo el Capítulo III «DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS Y DEBERES FAMILIARES», del Título XII «Delitos contra las relaciones familiares». Constituye dicho precepto, que castiga la conducta de sustracción o de negativa de restituir a un menor por parte de un progenitor, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor, una respuesta penal clara, distinta del delito de desobediencia genérico (así lo dice expresamente la Exposición de Motivos de la LO 9/2002, de 10 de diciembre). Es un delito autónomo y es de observar que el art. 225 bis.2.1.º ni siquiera exige expresamente el incumplimiento grave del deber establecido por resolución judicial, a diferencia del 225 bis.2.2.º CP., con lo cual cabría el supuesto hipotético de la sustracción del menor —traslado del menor— por un progenitor que tuviera la patria potestad y privara de la misma al otro progenitor fuera de los supuestos de

divorcio, separación judicial, etc., es decir, sin mediar resolución judicial alguna, con lo que el aspecto de desobediencia prácticamente desaparecería (AP Barcelona, Sec. 8.ª, Sentencia 81/2009 de 29 enero [LA LEY 6183/2009]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Lo es el progenitor que no tiene legalmente atribuida la custodia de su hijo menor (AP Madrid, Sección 16.ª, 100/2005, de 11 de febrero).

Conducta típica

No existe delito si al tiempo de producirse los hechos no existe resolución judicial que hubiera atribuido al padre (o a la madre) la custodia del hijo, pues la mera discrepancia en el ejercicio de la patria potestad compartida sólo puede resolverse ante el órgano civil correspondiente (AP Sevilla, Sección 1.ª, Auto núm. 33/2005, de 20 de enero [LA LEY 15599/2005]).

La acción típica es la «sustracción», que viene definida legalmente en el apartado 2 del artículo que examinamos en dos conductas concretas: el traslado del menor de su lugar de residencia sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente o de las personas o instituciones a las que estuviese confiada su guarda o custodia, y la retención del menor incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa.

Se está pensando, en suma, en el quebrantamiento de la resolución judicial que se ha pronunciado sobre la custodia del menor, aunque también en el número 1.º del apartado 2 se incluye el supuesto de quien, aun sin resolución judicial previa, traslade a un menor de su lugar de residencia «sin consentimiento del progenitor con quien conviva habitualmente». Las mismas palabras del legislador ponen de manifiesto que se parte de una situación de convivencia estable del menor con uno de los progenitores, que ejerce la custodia de hecho quebrantada de forma ilegítima frente a la voluntad de éste (AP Sevilla, Sección 1.ª, Auto núm. 33/2005, de 20 de enero [LA LEY 15599/2005]; AP Las Palmas, Sec. 2.ª Auto 690/2008, de 24 de noviembre [LA LEY 281891/2008]; AP Barcelona Sec. 6.ª, Sentencia 61/2009, de 9 de enero [LA LEY 7453/2009]). Al no ser un delito de desobediencia *strictu sensu*, no es necesario ni un requerimiento expreso y personal a la contraparte para el cumplimiento de la resolución judicial, ni debe exigirse una advertencia previa de las consecuencias penales de su incumplimiento. Basta que el sujeto activo del delito tenga conocimiento de la resolución judicial en la que se otorga la guarda y custodia al otro progenitor y efectúe la conducta típica —del art. 225 bis.2.1.º y 3 del CP—, en el caso de autos (AP Barcelona, Sec. 8.ª, Sentencia 81/2009 de 29 enero [LA LEY 6183/2009]).

«La interpretación cosintáctica y cosemántica de ambos apartados permite inferir que la norma presupone una situación en la que un menor se encuentra bajo la custodia de uno de los progenitores o de una tercera persona o de una institución, en virtud de lo establecido por una resolución judicial o administrativa, y el otro progenitor (o cualquiera de ellos, si el menor está confiado a una tercera persona o a una institución) se lo lleva (lo traslada) de su lugar de residencia, ocultando el punto al que el menor ha sido trasladado; o, aprovechando la oportunidad de tenerlo en su compañía, no lo devuelve (lo retiene) cuando y donde tenía el deber de hacerlo, de forma tal que revela su propósito de convertir en definitiva la convivencia que había de ser meramente temporal (...))» (AP Madrid, Sec. 7.ª, Auto 344/2008, de 6 noviembre [LA LEY

252201/2008]). «Solamente serán calificados como delito de sustracción de menores los ataques más graves para las relaciones paterno-filiales (...)» (SAP Madrid, Sección 23.ª, de 8 junio 2007 [LA LEY 159205/2007]).

No concurren los requisitos exigidos en el tipo penal cuando los progenitores no privados de la guarda y custodia ni de la patria potestad bien por resolución judicial, bien por resolución administrativa, no devuelven a la menor a sus acogedores temporales, que lo eran por razón de estudios (AP Cuenca, Sección 1.ª, Auto núm. 52/2004, de 26 de mayo [LA LEY 123659/2004]).

No existe delito cuando concorra «causa justificada» para la retención o no restitución del menor, cual puede ser que el propio menor se oponga a su restitución cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en el que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones (AP Sevilla, Sección 3.ª, Auto 233/2004, de 28 de mayo [LA LEY 126620/2004]), o que el progenitor no custodio tenga la sospecha de que los menores estuvieran siendo víctimas de malos tratos por parte del progenitor custodio (AP Sevilla, Sección 4.ª, Auto 367/2004, de 28 de julio [LA LEY 177984/2004]), o que el traslado de los hijos por su madre a otro país se realice por necesidad económica y carencia de medios económicos al no abonar el denunciante la pensión alimenticia judicialmente establecida (AP Jaén, Sección 3.ª, 11/2005, de 20 de enero [LA LEY 15519/2005]).

Los plazos de comunicación o entrega que según el tipo penal que examinamos aminoran e, incluso, eximen de responsabilidad al sustractor, han de computarse desde la fecha de la denuncia de la sustracción (AP Las Palmas, Sección 2.ª, Auto 152/2005, de 14 de abril [LA LEY 83091/2005]).

Continuidad delictiva

Sin perjuicio del carácter permanente del delito, aflora la continuidad delictiva cuando se producen períodos temporales claramente delimitados en los que, tras cesar la primera sustracción, se produce una segunda y, tras, pasar un tiempo, se reitera, resultando de toda evidencia que la sustracción de un menor no puede amparar ni dejar impune sucesivas y posteriores sustracciones, que lo que revelan es un plus de antijuridicidad que justifican una mayor punición (AP Madrid, Sección 16.ª, 100/2005, de 11 de febrero [LA LEY 33186/2005]).

Elemento subjetivo

Dolo

Dada la gravedad de las penas previstas para estas conductas, el requisito subjetivo del tipo no puede entenderse de otra forma que como la intención del autor de trasladar o retener al menor con voluntad de permanencia en tal situación, con la finalidad de alterar o pervertir el régimen de custodia legalmente establecido, privando al progenitor que lo tiene concedido de su disfrute y cumplimiento, en resumen, de hacer ineficaz, de incumplir el mandato judicial que lo imponía, con lo que ello conlleva y precisamente trata de impedir la nueva regulación que es la lesión que se causa al menor cuando se le priva de la comunicación y compañía con el progenitor con el que convive habitualmente o se incumple gravemente el mandato judicial o administrativo. Tanto la redacción de este segundo apartado, apelando al término «gravemente», como el propio significado de la palabra «sustracción», que implica un apoderamiento definitivo, no caben, a la hora de analizar el ánimo del autor, las actuaciones temporales, es decir, aquellas de cuyas circunstancias

quepa inferir que pervive la intención de devolver al menor o hacer cesar la retención en un período razonable, siendo a estos efectos esencial valorar el perjuicio causado al menor, pues es evidente que el bien jurídico protegido son sus intereses y derechos. Por ello no deben confundirse las conductas que castiga el delito del art 225 bis CP con aquellas otras encaminadas a incumplir o hacer ineficaz el régimen de visitas establecido, sustituyéndolo por aquel que interesa o conviene más a los intereses del autor de la conducta, pues es claro que en este caso no se produce la lesión del bien jurídico protegido entendido como el régimen de guarda y custodia o de convivencia habitual, sino simplemente el régimen de visitas, lo que debe incardinarse en la falta del art. 622 del mismo texto (AP Las Palmas, Sec. 2.ª, Auto 690/ 2008, de 24 de noviembre [LA LEY 281891/2008]; AP Barcelona Sec. 6.ª, Sentencia 61/2009, de 9 de enero [LA LEY 7453/2009])

SECCIÓN 3.ª

Del abandono de familia, menores o incapaces

Artículo 226.

1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 39.3.

CP: arts. 39 b) y 46.

CC: arts. 66 a 71, 90 y ss., 110, 111, 142 y ss., 154 y ss., 172 y ss. y 259 y ss.

LOPJM.

El primer apartado de este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003, que decía:

«1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana».

Bien jurídico protegido

Es la protección y defensa de la familia en su función ético-social, procurando la consecución armónica y estable de las finalidades y objetivos tradicional y legalmente asignados a la misma respecto a la mutua asistencia, comprensión y colaboración de los miembros más cercanos que la integran (3 de junio de 1981 [LA LEY 11732-NS/0000]), repudiando las formas más graves de incumplimiento de los deberes familiares (30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000] y AP

Baleares 275/1999, de 28 de diciembre [LA LEY 192199/1999]) y de los deberes de asistencia familiar (10 de diciembre de 1991 [LA LEY 2458-JF/0000]).

La legislación civil impone a determinadas personas, respecto de aquellas otras a las que se hallan ligadas por un concreto y próximo vínculo de parentesco, la obligación de prestar alimentos. Si tal obligación se incumple dentro de los específicos supuestos previstos expresamente en esta norma penal (línea recta y matrimonio) y ello ocurre con especial intensidad, de modo que deje de prestarse la asistencia indispensable para el sustento, entonces el comportamiento es penalmente relevante (14 de enero de 1992 [LA LEY 2411-JF/0000]).

Se incorporan así a la órbita penal situaciones familiares anómalas de honda y acusada ilicitud civil, incumplimiento de deberes familiares de asistencia de valoración económica o patrimonial, pero también con una significación o entronque moral o ético (6 de octubre de 1986 [LA LEY 11374-JF/0000]), si bien este delito ha de ser interpretado de forma restrictiva, por el carácter estrictamente subsidiario del Derecho penal en el ámbito de las relaciones familiares. Las consecuencias inherentes al principio de intervención mínima —básico en el campo penal—, la obligada interpretación de las normas legales de conformidad con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, y la existencia —dentro del campo civil— de unos cauces adecuados para que los interesados puedan resolver —en la medida en que ello es humanamente posible— los problemas derivados de las situaciones de crisis matrimonial, imponen una lógica consecuencia, una aplicación restrictiva o estricta de las normas penales correspondientes, de modo particular del delito de abandono de familia (10 de junio de 1989 [LA LEY 1818-2/1989], 4 de abril de 1990 [LA LEY 1891-JF/0000] y 10 de diciembre de 1991 [LA LEY 2458-JF/0000]).

El delito atenta también a la libertad y seguridad (1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]), por ejemplo de un menor, de ocho años de edad, que permanece sólo y desamparado en el domicilio de su padre o en un parque cercano hasta que su padre regresa. No se protege el incumplimiento de las resoluciones judiciales, sino el cumplimiento de las obligaciones entre las personas mencionadas en el tipo (AP Cuenca, 12 de febrero de 1998 [LA LEY 6122/1998]).

Sujeto activo

Lo es quien ostenta la cualidad de cónyuge o ejerce los deberes inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento (26 de abril de 1988 [LA LEY 1573-2/1988], 30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000] y 29 de octubre de 1991 [LA LEY 564/1992]).

Los deberes inherentes a la patria potestad son solidarios entre los padres, por lo que la acción penal debe dirigirse contra los dos, aunque uno de los progenitores no viva en el mismo domicilio que el otro y el hijo (AP Baleares 275/1999, de 28 de diciembre [LA LEY 192199/1999] y AP Sevilla 120/2001, de 15 de enero).

Si se trata de una pareja de hecho, con hijos propios de cada uno de ellos, la responsabilidad del cuidado en los deberes inherentes a la paternidad corresponden también al que no sea padre o madre biológico, en tanto que cuidador de hecho, al haber aceptado voluntariamente la convivencia (29 de octubre de 1991 [LA LEY 564/1992]).

Lo es la abuela que tiene confiada la guarda de sus tres nietos menores (AP Málaga, Sección 1.ª, 60/2002, de 15 de febrero).

También lo es el hijo respecto de sus ascendientes.

Sujeto pasivo

Cuando lo que se incumple por el sujeto activo son los deberes asistenciales no alimenticios, exclusivamente serán sujetos pasivos los menores e incapaces sometidos a tutela, patria potestad, guarda o acogimiento familiar (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]).

Si se omite la asistencia para el sustento, la protección se extiende, además, a los descendientes aunque sean mayores de edad capaces y emancipados, a los ascendientes y al cónyuge (5 de abril de 1988 [LA LEY 59433-JF/0000], 30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000] y AP Granada 86/1999, de 11 de febrero [LA LEY 29498/1999]), no siendo necesario que el sujeto pasivo conviva con el sujeto activo (23 de septiembre de 1991 [LA LEY 232/1992]) ni que sea dependiente de él, aunque sí debe encontrarse necesitado (AP Ciudad Real 76/1999, de 23 de noviembre [LA LEY 168416/1999]).

Todos los hijos, sean matrimoniales o no, son iguales respecto al cumplimiento de las obligaciones por parte de sus progenitores (AP Ciudad Real, 24/2000 de 27 de septiembre [LA LEY 172010/2000] y AP Barcelona, de 22 de mayo de 2000). El Tribunal Constitucional ha establecido (SSTC 74/1997 de 21 de abril [LA LEY 5813/1997] y 67/1998 de 18 de marzo [LA LEY 5555/1998]) que *el legislador, ejerciendo su libertad de configuración normativa, puede elegir libremente entre proteger o no penalmente a los hijos en las crisis familiares frente al incumplimiento por sus progenitores de las obligaciones asistenciales que les incumben y judicialmente declaradas, pero una vez hecha esa elección, no puede dejar al margen de la protección a los hijos no matrimoniales sin incidir en una discriminación por razón de nacimiento que proscribe el art. 14 de la Constitución.*

Conducta típica

Se integran en este artículo dos tipos de conductas, ambas omisivas, en las que se sanciona el comportamiento que consiste en «no hacer» por parte de quien se encuentra obligado a observar un determinado comportamiento positivo:

a) Incumplimiento de cualquiera de los deberes asistenciales (alimenticios y no alimenticios) respecto de los menores e incapaces sometidos a tutela, patria potestad, guarda o acogimiento familiar (1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]).

b) Incumplimiento de asistencia necesaria para el sustento respecto de los descendientes mayores de edad capaces y emancipados, de los ascendientes y del cónyuge (30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000]).

Además, se trata de una ley penal en blanco que ha de integrarse normativamente con las disposiciones contenidas en el Código Civil (30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000], 15 diciembre de 1989 y 1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]), produciéndose la conducta típica cuando se incumplen los deberes legales de asistencia inherentes a los distintos títulos jurídicos de asistencia familiar que se mencionan en el artículo.

La conducta nuclear consiste en el incumplimiento de los más elementales deberes de asistencia que no se circunscriben exclusivamente a lo estrictamente material, económico o alimenticio, a la muy esencial contribución al levantamiento de las cargas familiares, sino que se extiende a

los demás deberes asistenciales, como son los de velar por esas personas, cuidarlas, protegerlas, proporcionarles asistencia sanitaria, instruirles en una formación integral, cultural, social, moral, etc. (22 de marzo de 1988 [LA LEY 1376-2/1988], AP Soria 60/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2955/2002], AP Zaragoza 300/2001, de 3 de julio [LA LEY 1717/2002]; AP Málaga, Sección 1.ª, 60/2002, de 15 de febrero y AP Madrid, Sección 1.ª, 2312/2005, de 21 de julio). El incumplimiento de los deberes que como padres con ejercicio de la patria potestad señala el art. 154 CC debe ser voluntario y no producto de la imposibilidad de asumir y cumplir tales deberes (AP Alicante, Sección 1.ª, 373/2005, de 19 de mayo [LA LEY 2040650/2005]).

Es penalmente típica la conducta desordenada del progenitor, entendiéndose como tal no sólo la que atenta a las buenas costumbres o a la moral correspondiente a una determinada ética religiosa o social, sino también la que se opone o quebranta el buen orden que es preciso observar para cumplir las obligaciones anejas a la relación paterno filial y hacer posible la subsistencia en todos sus aspectos de aquellos a quienes legalmente debe dispensarse la prestación (13 de marzo de 1992 [LA LEY 1680/1992]), por cuanto «desorden» es todo lo contrario al orden y no cabe mayor desorden o conducta que merezca tal reproche de desordenada que la de quien, pudiendo hacerlo, deja en el más absoluto abandono a los seres por él engendrados, y total y absolutamente necesitados de su protección (28 de noviembre de 1989 y 1974/1992, de 21 de septiembre [LA LEY 1794-5/1993]).

Se han estimado típicas y, en consecuencia, **integradoras del delito en la modalidad de incumplimiento de los deberes asistenciales a los menores e incapaces sometidos a tutela, patria potestad, guarda o acogimiento familiar**, las siguientes conductas:

1. Padre que abandona el domicilio familiar desconectándose por completo de cualquier tipo de relación con su esposa e hijo no prestándoles ya, en ningún momento, atención alguna (22 de julio de 1992 [LA LEY 14864-R/1992]), ni volviéndoles a ver (12 de diciembre de 1990), aunque le hiciera algún regalo esporádico al hijo (13 de marzo de 1992 [LA LEY 1680/1992]), o le enviara alguna cantidad de dinero de forma esporádica pero totalmente insuficiente para cubrir las necesidades de su familia y dejando de cumplir los restantes deberes asistenciales (3 de enero de 1981 y 30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000]).

2. Padre que, al morir su compañera, deja a su hija de tres años al cuidado de la abuela materna, desapareciendo sin entregar cantidad alguna para su sustento y educación (AP Murcia 15/1998, de 26 de enero).

3. Padre separado que durante el mes de vacaciones en el que debía tener a su hijo de ocho años con él, para que no le estorbara en el desenvolvimiento de su vida ordinaria, lo dejaba solo en casa muchas horas al día, sin preocuparse de las comidas, o lo dejaba solo en un parque de donde lo recogía al volver a casa, a veces a medianoche, e incluso alguna noche ni siquiera lo recogía (1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]).

4. Padre que reiteradamente promueve y fomenta el consumo de alcohol y tabaco entre sus dos hijos de doce y trece años, pagándoles las consumiciones, lo que constituye un incumplimiento del deber de procurarles una formación integral, así como una actuación negligente hacia su salud y bienestar, máxime cuando la madre era alcohólica (AP Soria 60/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2955/2002]).

5. Son muy frecuentes los casos de absentismo escolar, en supuestos de escolarización obligatoria, pues dentro del núcleo central de los derechos-deberes que constituyen el contenido de la patria potestad se encuentra el de la educación de los hijos, entendida en sentido integral (AP Alicante, Sección 1.ª, 373/2005, de 19 de mayo [LA LEY 2040650/2005] y AP Madrid, Sección 1.ª, 2312/2005, de 21 de julio), constituyendo la asistencia al colegio uno de los pilares fundamentales de dicha formación (AP Valencia 187/2002, de 20 de julio [LA LEY 137241/2002]), lo que supone una conducta activa para el cumplimiento de dicho deber (AP Palencia 3/2001, de 15 de enero [LA LEY 14072/2001]), aunque por su edad no puedan apreciarlo (AP Teruel 22/2000 de 8 de junio [LA LEY 118353/2000]), siendo constitutivo de este delito no solicitar plaza escolar en los centros correspondientes durante todo el curso académico (AP Valencia 187/2002, de 20 de julio [LA LEY 137241/2002], AP Zaragoza 305/2000, de 30 de junio [LA LEY 135312/2000]) y AP Palencia Sec. 1.ª, Sentencia 18/2008, de 22 de abril [LA LEY 156274/2008], que el menor falte al colegio de forma generalizada durante más del 50% de los días lectivos (AP Zaragoza 300/2001, de 3 de julio [LA LEY 1717/2002] y AP Teruel 22/2000, de 8 de junio [LA LEY 118353/2000]) con una actitud de despreocupación y pasividad por parte de los padres, que conocen el absentismo de la hija y el carácter obligatorio de la educación en esta fase, no siendo suficiente que los padres aleguen que a la hija no le gusta ir al colegio.

6. Madre que ejerce inadecuadamente o se desentiende del cuidado médico que exigía la menor (STS 559/2009, de 27 de mayo [LA LEY 92061/2009]).

Por lo que se refiere a la modalidad de **incumplimiento de asistencia necesaria para el sustento de los familiares necesitados** se han venido estimando conductas típicas las siguientes:

1. Padre que se marcha de casa para vivir con otra mujer no teniendo contacto alguno con sus hijos, a los que tampoco facilitaba dinero para subsistir, teniéndose que hacer cargo de ellos una hermana mayor (23 de septiembre de 1991 [LA LEY 232/1992]), incluso aunque las carencias y privaciones económicas fueran suplidas o cubiertas por los abuelos (11 de julio de 1990).

2. Padre que abandona el domicilio dejando totalmente inasistidos a la esposa e hijo, hasta el punto de que perdieron la vivienda (AP Cádiz 323/2001, de 2 de julio [LA LEY 133393/2001]).

3. Padre que durante doce años no paga pensión por alimentos a su hija extramatrimonial privando a su hija del mínimo imprescindible para el sustento (AP Cuenca 12 de febrero de 1998 [LA LEY 6122/1998]).

4. Esposo que vive en el domicilio conyugal pero que, pese a estar trabajando, no entregaba dinero, debiendo acudir la esposa a instituciones de caridad para subsistir y satisfacer sus necesidades más elementales (AP Sevilla 120/2002, de 15 de enero).

En ocasiones, la conducta **es susceptible de encuadrarse en las dos modalidades típicas:**

1. Madre con tres hijos menores —el mayor de cinco años— que trabaja en un club de localidad distinta a la de su residencia, dejándolos encerrados en casa durante varios días sin darles de comer ni beber (471/1993, de 1 de marzo [LA LEY 191737-NS/0000]).

2. Esposo que se marcha de casa dejando a su mujer en avanzado estado de gestación sin haberse preocupado de la recién nacida durante más de un año, dejando a su familia en el más completo desamparo material y espiritual (30 de octubre de 1980 [LA LEY 4139-NS/0000]).

3. Padre que se va del domicilio familiar abandonando a su suerte durante años a los hijos, con los que no tiene ninguna relación personal ni patrimonial (AP Cuenca 44/2000, de 21 de junio [LA LEY 127530/2000]).

4. Esposo que abandona el domicilio despreocupándose de su esposa y tres hijos, dejando de cumplir los deberes legales de asistencia, también los económicos, pues incluso abandonó el trabajo (AP Almería 186/1999, de 7 de mayo).

El tipo requiere la concurrencia de los siguientes elementos objetivos (23 de febrero de 1981 [LA LEY 6135-JF/0000], AP Zaragoza 300/2001, de 3 de julio [LA LEY 1717/2002] y AP Valencia 187/2002, de 20 de julio [LA LEY 137241/2002]):

a) Presencia de una situación generadora del deber de actuar, que se produce por la mera existencia del vínculo entre el omitente y los beneficiarios de tales deberes.

b) No realización de la conducta (omisión).

c) Capacidad de acción por parte del sujeto activo, considerada como una capacidad de acción general, que no depende de conocimientos generales ni de una especial destreza (22 de julio de 1992 [LA LEY 14864-R/1992]).

d) Conocimiento por el omitente de la situación generadora del deber y de su capacidad de actuación.

Las características del incumplimiento e inasistencia son:

a) El tipo se limita a situaciones de grave inasistencia y abandono de los deberes familiares dignas de una severa repulsa social (30 mayo de 1988 [LA LEY 1759-2/1988]).

b) El abandono de los deberes ha de ser patente y categórico (30 de mayo de 1988 [LA LEY 1759-2/1988]).

c) Debe ser porfiado y persistente, no esporádico o transitorio, y completo (5 abril de 1981, 30 octubre de 1990 [LA LEY 683/1991], AP Valencia 187/2002, de 20 de julio [LA LEY 137241/2002] y AP Soria 60/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2955/2002]).

d) Afectar a lo fundamental o esencial por cuanto impone carencias, privaciones e inseguridad en la vida familiar (9 de junio de 1980 [LA LEY 1046-NS/0000] y 8 de mayo de 1981 [LA LEY 10564-N/0000]).

En la modalidad de incumplimiento de las obligaciones legales inherentes a la patria potestad, el deber de acción impone hacer, por lo menos, el intento de dar cumplimiento a dichas obligaciones, de manera que cuando no se comprueba el menor esfuerzo en tal sentido, la acción es típica (22 de julio de 1992 [LA LEY 14864-R/1992]).

Por lo que se refiere a la modalidad de asistencia necesaria, la legislación civil impone a determinadas personas, respecto de aquellas a las que hallan ligadas por un concreto y próximo vínculo de parentesco (descendientes capaces e incapaces mayores de edad, ascendientes y cónyuge) la obligación de prestarles alimentos (14 de enero de 1992 [LA LEY 2411-JF/0000]), pero este incumplimiento, exclusivamente referido a la prestación necesaria para el sustento,

sólo alcanzará relevancia penal cuando concurra el requisito de la situación de necesidad en el beneficiario de dicha prestación alimenticia (15 de marzo de 1988 [LA LEY 59342-JF/0000] y AP Barcelona de 13 de octubre de 2000), de forma que cualquier infracción del deber no es suficiente para la aplicación de la pena, pues se trata de evitar que la deuda civil proveniente de los deberes de asistencia pueda dar lugar a una sanción penal, es decir, que no se ha querido reemplazar la ejecución civil de una deuda por un procedimiento penal de ejecución (543/1998, de 28 de mayo).

La **situación de necesidad** es consustancial al tipo, de forma que el incumplimiento referido a la prestación necesaria para el sustento sólo alcanzará relevancia penal cuando concurra el requisito de la situación de necesidad en el beneficiario de la prestación (15 marzo de 1988 [LA LEY 59342-JF/0000] y 543/1998, de 28 de mayo; y AP Barcelona de 13 de octubre de 2000), no pudiéndose interpretar el término «necesidad» como equivalente a «situación de absoluta indigencia y miseria», sino analizando la situación en relación con las efectivas posibilidades económicas de los beneficiarios conectadas con sus ordinarias necesidades (AP Cuenca 44/2000, de 21 de junio [LA LEY 127530/2000]).

La **necesidad** está sólo referida a la obligación de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento del ascendiente, descendiente o cónyuge y no al resto de los deberes legales inherentes a la patria potestad, acogimiento, tutela o guarda aunque los dos tipos estén incluidos en un solo precepto (AP Palencia 24/2000 de 25 de abril [LA LEY 9764/2000]).

En atención a la ausencia de alguno de los requisitos mencionados, no se han estimado típicas por la jurisprudencia las siguientes conductas:

1. Esposo que abandona el domicilio pero no incumple total y absolutamente los deberes asistenciales porque continuaba en contacto con los hijos llamándoles por teléfono y viéndoles (AP Barcelona 245/1999, de 9 de julio).

2. Madre que intentaba cumplir con sus deberes familiares, regresando en diferentes ocasiones a casa para irse de nuevo (AP Ciudad Real 76/1999, de 23 de noviembre [LA LEY 168416/1999]).

3. Esposo que, en ocasiones, entregaba alguna cantidad de dinero, de manera que el incumplimiento era intermitente y la esposa e hija no tenían carencia o penuria extremas, puesto que nunca tuvieron su cuenta corriente en números rojos (AP Granada 86/1999, de 11 de febrero [LA LEY 29498/1999]).

4. Madre que se va de casa quedando en el domicilio familiar la hija con la abuela, existiendo una cuenta corriente con ocho millones de pesetas a nombre de la madre y la niña, circunstancia conocida por la abuela, no habiendo sacado la madre de la cuenta ni una sola peseta (AP Barcelona, de 15 de junio de 2001).

Elementos subjetivos

Dolo

El incumplimiento debe ser doloso, voluntario y no producto de la imposibilidad de asumir y cumplir tales deberes (5 abril de 1988 [LA LEY 59433-JF/0000], 22 diciembre de 1991, AP Palencia 24/2000, de 25 de abril [LA LEY 9764/2000] y AP Teruel 22/2000, de 8 de junio [LA

LEY 118353/2000)), exigiéndose la consciente y decidida voluntad de comportamiento tan irresponsable (1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]).

Imprudencia

No puede cometerse por imprudencia, pues cualquier persona conoce que debe atender, económicamente y en el ámbito moral y humano a sus hijos (AP Navarra, 142/1997, de 26 de septiembre), así que no es de aplicación si lo que existió fue únicamente una negligente o culposa dejación de los deberes en la confianza de que estaban siendo cubiertos por su compañera sentimental, dejando de prever y evitar lo previsible y evitable.

Por ausencia de dolo, se han estimado atípicas las siguientes conductas:

1. Marido que se va de casa, pero es la propia esposa quien le impide cumplir con sus deberes, impidiéndole ver al hijo (AP Gerona 162/2000, de 17 de abril [LA LEY 83622/2000]).

2. En un caso de absentismo escolar, cuando el alumno vivía en una masía muy aislada, existiendo dificultades climatológicas y físicas para acudir en invierno al instituto (AP Teruel 56/2001, de 17 de noviembre).

Consumación

Se consuma el delito cuando la omisión ha provocado una real situación de inseguridad para el sujeto pasivo, lo que se percibe especialmente en la segunda alternativa típica, donde se alude a que «se hallen necesitados» (10 de diciembre de 1991 [LA LEY 2458-JF/0000]).

Es un delito permanente de omisión que se perpetra de manera ininterrumpida mientras el culpable persista en el abandono familiar (1563/1998, de 15 de diciembre [LA LEY 261/1999]), de manera que sus efectos duran mientras persista la situación de incumplimiento, no iniciándose el plazo de prescripción hasta que cese la situación ilícita, de ahí la trascendencia que debe reconocerse siempre al desenvolvimiento de la conducta del acusado, hasta su enjuiciamiento (1974/1992, de 21 de septiembre [LA LEY 1794-5/1993]).

Las modalidades de abandono de familia, tanto del art. 226 como del art. 227 del Código Penal son ilícitos denominados de consumación instantánea pero de efectos permanentes (AP Barcelona, Sec. 7.^a, Sentencia 114/2007, de 23 de enero [LA LEY 235090/2007]).

Concursos

De leyes

El art. 226 es precepto genérico (AP Cuenca, de 12 de febrero de 1998 [LA LEY 6122/1998]) al contemplar el tipo básico de abandono de familia (AP Barcelona, de 9 de febrero de 2002 [LA LEY 31798/2002]), mientras que el art. 227 es el específico.

De delitos

Real con matrimonio ilegal: tras abandonar al cónyuge, dejando de prestarle toda clase de asistencia, contrae el sujeto activo un segundo matrimonio conociendo la realidad, validez y subsistencia del primer matrimonio (17 de septiembre de 1990 [LA LEY 2814/1990]).

Inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar

El segundo párrafo del artículo que examinamos contiene tal inhabilitación como una pena accesoria, cuya imposición no es preceptiva sino, por el contrario, se trata de una medida excepcional y potestativa, aplicable únicamente en casos extremos, que no debe ser aplicada de forma abstracta o automática, no bastando para establecerla constatar únicamente un incumplimiento, aunque sea grave (AP Baleares 275/1999, de 28 de diciembre [LA LEY 192199/1999]) de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes (AP Navarra 142/1997, de 26 de septiembre) en aplicación de las prevenciones de individualización de la pena contenidas en el art. 66.1.º CP (AP Cuenca de 12 de febrero de 1998 [LA LEY 6122/1998]), y resulte conveniente para los intereses del sujeto pasivo en el momento de dictar Sentencia.

Prescripción

Las modalidades de abandono de familia, tanto del art. 226 como del art. 227 del Código Penal son ilícitos denominados de consumación instantánea pero de efectos permanentes. Ello repercute en la prescripción parcial de los hechos y de los ilícitos imputados.

Y siendo que los hechos imputados por ambas partes acusadoras abarcan un período al menos desde la Sentencia de separación matrimonial, dictada el 18.04.00, hasta la fecha de interposición de la denuncia, en fecha 17.12.04, se hace necesario exponer en primer término la determinación de la concreta norma aplicable a ambos ilícitos, por cuanto la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el día 1.10.04 (Disp. Final Quinta), modificó la pena privativa de libertad prevista en ambos preceptos, de arresto de fin de semana (de hasta 20 y 8, respectivamente) por la de prisión (de hasta 6 meses y 1 año, respectivamente), siendo que en conforme lo dispuesto en el actual, y asimismo modificado por dicha Ley Orgánica, art. 131.1, párrafo cuarto, del Código Penal el plazo de prescripción de los delitos sancionados con pena de prisión inferior a 5 años resulta ser el de 5 años, mientras que conforme a su precedente redacción, siendo asimismo coincidente con la actual configuración del párrafo quinto, el plazo de prescripción del resto de delitos menos graves, entre ellos consecuentemente los sancionados con pena de arresto de fin de semana de duración inferior a los 24 fines de semana, conforme a los arts. 13.2 y 33.2.i) CP, el plazo de prescripción sería el de 3 años a contar desde la consumación del delito.

En el supuesto presente resulta claramente beneficioso para el reo y por tanto en conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera, 1 y 2 de la reiterada LO 15/2003, de aplicación los preceptos del CP en su redacción precedente a la entrada en vigor de la tan citada reforma legal, y por tanto que es de apreciar la prescripción respecto de los delitos imputados de pretendidas conductas de desasistencia familiar y de impagos aquellos que pudieran corresponder a hechos y mensualidades anteriores al mes de diciembre del año 2001, pues los mismos no pueden computarse a efectos de base del tipo objetivo al venir referidos a hechos anteriores en 3 años a la fecha de la comparecencia e interposición de la denuncia origen del presente procedimiento, de fecha 17 de diciembre de 2004, según consta en los correspondientes sellos al folio 4, operando la institución de la prescripción penal, apreciable incluso de oficio al ser una cuestión de orden público y en cualquier momento del procedimiento, conforme a lo dispuesto en los arts. 33.3.i) y 131, párrafo quinto, habida cuenta de la pena previstas en el art. 226 y en el apartado primero del art. 227, preceptos todos ellos del Código Penal, en su anterior redacción a la dada por la LO 15/2003, de 15 de noviembre, y que resulta ser la de arresto de fin de semana y más

favorable consecuentemente para el reo, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, a la pena de prisión que recoge en su actual redacción el citado precepto y ha sido la pena objeto de pretensión punitiva por la Acusación Particular respecto de ambos ilícitos.

Es por tanto que únicamente puede establecerse tal período y no sólo para el cómputo de los ilícitos finalmente imputados sino incluso para el cómputo de las cuotas impagadas referidas al período requerido por el citado segundo precepto, de dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos, para configurar los ilícitos y en base al período posterior al mes de noviembre de 2001 (AP Barcelona, Sec. 7.ª, Sentencia 114/2007, de 23 de enero [LA LEY 235090/2007]).

Artículo 227.

1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses.

2. Con la misma pena será castigado el que dejare de pagar cualquier otra prestación económica establecida de forma conjunta o única en los supuestos previstos en el apartado anterior.

3. La reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 112.

CC: arts. 90 y ss., 142 y ss. y 154.

L 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria con esta finalidad.

Consulta de la FGE 1/2007, sobre el impago de pensiones del art. 227.

El primer apartado de este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003. Su redacción anterior era la siguiente:

«1. El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación, o proceso de alimentos a favor de sus hijos, será castigado con la pena de prisión de arresto de ocho a veinte fines de semana».

Bien jurídico protegido

Se tipifica el comportamiento consistente en el «impago de pensiones», protegiéndose así el eficaz cumplimiento de los deberes económico-asistenciales establecidos en las resoluciones

judiciales o convenios judicialmente aprobados (576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001]), por razones político-criminales de protección a la familia (AP Barcelona 652/2000, de 5 de junio [LA LEY 115245/2000]), a los miembros económicamente más débiles, protección específica, socialmente exigida, a quienes en situaciones de crisis matrimonial sufren la insolidaridad del pariente obligado (AP Vizcaya, de 30 de abril de 1998), pues no bastaba la protección civil de los intereses de los beneficiarios de estas prestaciones económicas (AP Castellón 202/2002, de 9 de julio [LA LEY 128671/2002]).

El tipo tiene como finalidad proteger a los miembros económicamente más débiles de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlos. Obligación derivada del deber de satisfacer las pretensiones económicas señaladas por el Juzgado en el ámbito civil a favor del cónyuge e hijos, y que tiene su fundamento último en el deber alimentario del art. 142 CC (AP Madrid, Sección 17.^a, 778/2005, de 12 de julio [LA LEY 2107396/2005]).

El bien jurídico que se protege no es el crédito en cuanto tal (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]), como tampoco se trata de sancionar el incumplimiento de una obligación civil (AP Sevilla 373/2002, de 29 de julio [LA LEY 142031/2002]).

Es una específica modalidad segregada del tipo básico de *abandono de familia* (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]), pero a diferencia de los restantes delitos de abandono de familia, se trata de un delito plurisubjetivo, pues no sólo se protege un bien marcadamente personal cual es la seguridad familiar modalizada en su sostenimiento económico de los integrantes de la familia más necesitados de esa asistencia, sino el interés del Estado en el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales como manifestación del principio de autoridad, pues conductas de este tipo suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra los poderes del Estado (576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001]); así como también, de forma indirecta, se protege el derecho a la disolución de las relaciones matrimoniales, que se vería mermado de no hacerse efectivas las prestaciones económicas (AP Barcelona, 93/2001, de 5 de febrero [LA LEY 29621/2001]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es quien en el proceso civil resulta, por razón de su parentesco, obligado a la prestación de alimentos (908/2003, de 16 de junio), de forma que si en dicho proceso civil no ha discutido la esencia de esa obligación (el parentesco con el beneficiario de la prestación de alimentos) ni ha ejercitado en otro la acción para desconocerla, el obligado al pago no puede después, en el proceso penal, oponerse a la consecuencia de su incumplimiento (AP Málaga 332/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 209152/2001]).

El sujeto activo del delito no tiene por qué ser el padre biológico, cosa que no entra en las previsiones del legislador, ya que se podría extender esta realidad a toda clase de delitos especiales propios en los que, por ejemplo, un funcionario que carecía de las condiciones legalmente establecidas, comete delitos de prevaricación, cohecho o negociaciones prohibidas a los funcionarios. Ello daría lugar a que si más tarde se demuestra que falsificó o simuló su condición de funcionario habría que revisar y absolver, por evidente inocencia, de los delitos de cohecho o prevaricación cometidos (922/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 216765/2007]).

Es indiferente el carácter matrimonial o extramatrimonial del hijo, pues el Código Penal extiende su protección a todos ellos por igual (SSTC 67/1998, de 18 de marzo [LA LEY 5555/1998] y 84/1998, de 20 de abril [LA LEY 4492/1998]).

El mero hecho de alcanzar los hijos la mayoría de edad o el que durante algún período de tiempo pasaran a convivir con el padre obligado, no supone la extinción automática de las cargas familiares ni hace desaparecer la obligación de pago de alimentos mientras no haya iniciado el obligado un incidente de modificación de medidas ante la Jurisdicción Civil correspondiente y haya recaído resolución judicial en tal sentido (AP Málaga 332/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 209152/2001] y AP Madrid 654/2001, de 26 de septiembre [LA LEY 168955/2001]).

Sujeto pasivo

Es el beneficiario de la prestación alimenticia según la resolución judicial, en la que se otorga al cónyuge y/o hijos la condición jurídica de acreedores frente al cónyuge y/o progenitor que deviene deudor, constituyendo el título jurídico que legitima al acreedor a exigir su cumplimiento (AP Barcelona 652/2000, de 5 de junio [LA LEY 115245/2000]).

No es necesario que el beneficiario de la prestación se encuentre en una situación de necesidad vital (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]).

Conducta típica

Consiste en una pura omisión que consiste en dejar de pagar.

La Sala Segunda TS ya declaró en su Sentencia 1148/1999, de 28 de julio [LA LEY 11600/1999], que el art. 227 CP ha sido doctrinalmente criticado desde diversas perspectivas. La más relevante, porque podría determinar su inconstitucionalidad, es la de que supusiese una forma encubierta de «prisión por deudas», expresamente prohibida por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977), que dispone que «nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual», y que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico, conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2.º y 96.1.º CE. Esta norma obliga a excluir de la sanción penal aquellos supuestos de imposibilidad de cumplimiento («no poder cumplir»), solución a la que ha de llegarse igualmente desde la perspectiva de la cláusula general de salvaguardia propia de los comportamientos omisivos, conforme a la cual el delito únicamente se comete cuando se omite la conducta debida pudiendo hacerla (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]).

Se configura como un delito de omisión que exige los siguientes elementos esenciales (STS 937/ 2007, de 21 de noviembre [LA LEY 185200/2007], 185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001], AP Madrid, Sección 2.ª, 136/2006, de 3 de abril, AP Baleares, Sección 1.ª, 30/2006, de 16 de febrero [LA LEY 2243078/2006]):

A) La existencia de una resolución judicial firme dictada en proceso de separación, divorcio, nulidad matrimonial, filiación o alimentos, que establezca la obligación de abonar una prestación económica en favor del cónyuge o de sus hijos. La **obligación de pago** debe venir impuesta, en consecuencia, en una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial en el proceso correspondiente (576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001]), entendiéndose por «proceso» todo aquel susceptible de acoger alguna de las pretensiones mencionadas en el artículo,

resultando intrascendente, por tanto, la específica vía procesal en que tal resolución se hubiere dictado, incluyéndose también un proceso de jurisdicción voluntaria (AP Málaga 332/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 209152/2001]). No puede existir condena cuando no consta la resolución judicial de la que se deriva la obligación de pago (AP Cáceres, Sección 2.ª, 75/2005, de 8 de junio [LA LEY 2008851/2005]).

En el término «prestación económica» han de entenderse incluidas las siguientes: a) las relativas a la contribución de las cargas del matrimonio (art. 103.2 CC); b) los alimentos para los hijos (arts. 93, 142 y 154 CC), que incluyen lo necesario para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, etc.; c) la pensión compensatoria a favor del cónyuge (art. 97 CC), así como la indemnización establecida en Sentencia a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo, ya que para su establecimiento han de tomarse en consideración las circunstancias que prevé el art. 97 CC de conformidad con el art. 98 CC (AP Zaragoza 42/2002, de 26 de febrero).

Pero no todas las prestaciones económicas reconocidas judicialmente tienen protección por esta vía, sino sólo las que son de índole asistencial, no estando comprendidas en dicha categoría las *litis expensas* ni los créditos finales que uno de los cónyuges ostentara frente al otro tras la liquidación de la sociedad de gananciales (AP Zaragoza 42/2002, de 26 de febrero).

B) La conducta omisiva debe consistir en el impago reiterado de esa prestación económica durante los plazos exigidos en el precepto legal (908/2003, de 16 de junio), es decir, dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001] y 657/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001]), de forma que si se trata de impagos no consecutivos deben ser cuatro al menos, y no dos (762/2002, de 9 de mayo [LA LEY 88627/2002]). En los casos de cumplimiento parcial del débito económico, debe rechazarse cualquier automatismo que convierta en acción típica todo lo que no sea un íntegro y total cumplimiento, ni todo abono parcial de la deuda conduce a la atipicidad de la conducta, ni ésta se convierte en delictiva cuando lo insatisfecho es de tan escasa importancia en relación con lo pagado que resulta irrelevante, debiendo esta cuestión determinarse en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, excluyendo interpretaciones que supongan la consagración de la prisión por deudas (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]). Por ello, no se aplica el tipo penal cuando han existido retrasos o una simple irregularidad en el cumplimiento de la prestación o se abonó en momentos distintos de los establecidos en la resolución judicial, pues no debe confundirse la conducta de quien, de acuerdo a sus posibilidades, se atiene a la obligación debida y trata de cumplirla hasta donde puede con aquella otra que se desentiende de dicha obligación, aunque compre esporádicamente a los hijos regalos y ropas (AP Asturias 180/2000, de 12 de julio). Al tratarse de un delito de mera actividad, no es necesario que de la omisión de pago se derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida (AP Madrid, Sección 16.ª, 92/2006, de 14 de febrero [LA LEY 2255919/2006]).

La omisión del pago por un solo mes no integra el delito de abandono de familia por impago de pensión (487/2005, de 18 de abril [LA LEY 2043816/2005]).

C) **Capacidad para realizar la acción**, de forma que si el sujeto se encuentra en una situación objetiva de imposibilidad constatada de cumplir la prestación, queda excluido el tipo por ausencia del elemento subjetivo de la voluntariedad (576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001]), debiendo deducirse las posibilidades económicas del sujeto de circunstancias tales como importe mínimo de la prestación, posibilidades de trabajo que tenga, el esfuerzo en conseguirlo, su salud, su cualificación

laboral, situación socioeconómica en la zona o actitud adoptada por el sujeto en orden al pago (AP Cantabria 75/1998, de 17 de septiembre). Como resulta obvio, la imposibilidad de cumplimiento por carecer de recursos para realizar el pago o por la concurrencia de un estado de necesidad no intencionado y que darían lugar a una causa de exención de la responsabilidad penal, deben ser probadas por quien las invoca (AP Madrid, Sección 17.ª, 241/2006, de 6 de marzo [LA LEY 2260925/2006]).

Elementos subjetivos

Dolo

Se trata de un delito doloso, estando excluida la modalidad imprudente (AP Asturias 174/2002, de 22 de julio). Requiere, en consecuencia, una deliberada actitud por parte del sujeto activo de desobediencia y de abandono de las obligaciones familiares (1350/2002, de 8 de julio [LA LEY 7732/2002]), con conciencia y voluntad firme, decidida, clara y renuente de dejar de pagar la prestación periódica que le ha sido impuesta, es decir, debe dejar de cumplir la prestación asistencial sabiendo que no lo hace y queriendo abstenerse de cumplirlo (AP Madrid, Sección 2.ª, 358/2005, de 26 de julio [LA LEY 2113411/2005]), voluntariedad que resulta inexistente en los casos de imposibilidad objetiva de afrontar la prestación debida (1148/1999, de 28 de julio [LA LEY 11600/1999]; AP Almería, Sección 2.ª, 162/2005, de 11 de julio). Es decir, el sujeto activo debe dejar de pagar la prestación queriendo hacerlo a pesar de tener capacidad de pago (AP Barcelona, Sección 3.ª, 631/2005, de 10 de junio; AP Madrid, Sección 23.ª, 528/2005, de 4 de julio y 670/2005, de 8 de julio; y AP Alicante, Sección 1.ª, 280/2005, de 20 de abril [LA LEY 2026065/2005] y 26/2005, Sección 2.ª, de 25 de abril). El mandato judicial era claro e ineludible. El recurrente sabía y conocía perfectamente que el derecho no le permitía omitir la acción correspondiente. Tenía perfecta conciencia de lo injusto de su negativa a cumplir lo que se le ordenaba sin error posible. Su condición de obligado estaba inexorablemente determinada por su condición de padre, por su conciencia de que éste era su estado y por el mandato judicial (922/2007, de 28 de noviembre [LA LEY 216765/2007]).

Precisamente la exigencia de ese dolo específico provoca que la condena penal no sea automática tras la omisión del pago (AP Madrid, Sección 3.ª, 358/2005, de 1 de julio [LA LEY 2113411/2005]).

No es la parte acusadora quien ha de probar que la falta de pago ha sido la propia voluntad del acusado, sino que ha de ser éste el que ha de probar las causas de exclusión de la antijuridicidad o culpabilidad, justificando que la falta de pago ha sido totalmente involuntaria y ajena por completo a su intención (AP Barcelona, Sección 9.ª, de 8 de junio de 2005 [LA LEY 2067744/2005] y Sección 10.ª, de 9 de junio de 2005 [LA LEY 2067943/2005]; AP Almería, Sección 2.ª, 162/2005, de 11 de julio).

Error de tipo

Cabe **error de tipo vencible** por desconocimiento de la subsistencia de la obligación de pago: esposo que paga la pensión compensatoria a la esposa hasta que se entera de que ella ha encontrado trabajo, dejando de pagar unilateralmente, creyendo que la situación de desempleo había sido determinante para fijar la pensión (AP Barcelona de 28 de abril de 1997).

Error de prohibición

El **error de prohibición** no se puede presumir en delitos de índole natural o elemental, de comprensión generalizada como éste, cuya ilicitud es evidente y notoria (AP Barcelona 1236/1995, de

14 de junio), debiendo tenerse en cuenta para su posible apreciación las condiciones psicológicas y culturales del sujeto activo, así como las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento sobre la trascendencia de la acción (AP Tarragona, de 24 de enero de 1995).

Consumación

Es un delito de simple actividad (185/2001, de 13 de febrero [LA LEY 3939/2001]) en cuanto se consuma con el mero incumplimiento de la obligación, con la omisión del pago de la pensión, no siendo necesario que de ello derive ningún resultado perjudicial complementario del que ya es inherente a la falta misma de percepción de la prestación establecida.

No es un delito permanente, que se caracteriza por estar constituido por una acción u omisión cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Por el contrario, se trata de diferentes acciones que se van realizando nuevamente, cada vez que un nuevo plazo de la obligación se cumple y no se paga. Doctrinalmente se acerca mucho al delito continuado —existe una repetición de acciones, diferentes en el tiempo, con un similar propósito delictivo—, sin embargo es lo que se ha dado en llamar un delito de tracto sucesivo acumulativo: el propio precepto legal, al describir el tipo, exige la repetición de estas acciones, con determinada secuencia temporal. Por eso, los nuevos incumplimientos, no juzgados en el proceso anterior, no pueden incluirse en el efecto permanente del delito por el que ya se condenó. La denuncia o el escrito de acusación, si es que éste amplía los iniciales períodos incumplidos a los que se hayan seguido produciendo durante la instrucción de la causa, hasta el momento mismo de la calificación, pondrán los límites a los hechos objeto de enjuiciamiento. Todos los impagos que se produzcan con posterioridad conformarán un nuevo delito, si cumplen los requisitos legales, sin que quepa, respecto de éstos, aplicar la excepción de cosa juzgada, pues se trata de hechos diferentes en el tiempo aunque coincidan las personas (AP Barcelona, Sección 6.ª, 19/2005, de 10 de enero [LA LEY 920/2005]).

Es un delito de efectos permanentes lo que impide considerar la continuidad delictiva (AP Madrid, Sección 23.ª, 401/2005, de 28 de junio, y AP Barcelona, Sec. 7.ª, Sentencia 114/2007, de 23 de enero [LA LEY 235090/2007]). En el mismo sentido, la **AP Madrid, en su Acuerdo de 15 de mayo de 2007**, determinó que el delito de abandono de familia en esta modalidad es un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo.

Los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid resolvieron, en la reunión celebrada el 29 de mayo de 2004, para la unificación de criterios respecto de la aplicación de este precepto, que el pago de las pensiones atrasadas por parte del acusado después de recibir la citación del Juzgado de Instrucción, debe ponderarse en el momento de cuantificar la pena —por la posible aplicación de una atenuante de reparación del daño— o decidir sobre la posible concesión de la suspensión de la condena, pero no resulta suficiente para excluir la existencia del delito, que ya se ha consumado con anterioridad.

Concursos

Material

Con insolvencia punible, en un supuesto en que el esposo renunció al puesto de trabajo e, implícitamente, a la prestación por desempleo. Cuando lo hizo la ex esposa e hijos del acusado tenían frente a él unos créditos líquidos, vencidos y exigibles, siendo el elemento tendencial del delito de alzamiento de bienes la intención de defraudar a los acreedores haciendo desaparecer

el activo con que podrían satisfacerse sus créditos, consiguiendo el acusado colocarse en una situación de insolvencia que radicalmente obstaculizaba un eventual embargo de la parte de sus ingresos con que debía responder de sus mencionadas obligaciones (1350/2002, de 8 de julio [LA LEY 7732/2002] y 908/2003, de 16 de junio).

Continuidad delictiva

Se niega al tratarse de un delito permanente (AP Sevilla, 107/2002, de 7 de marzo [LA LEY 50606/2002] y AP Madrid 1048/2000, de 24 de julio), pues en la propia estructura del delito está inherente la omisión plural (AP Madrid 654/2001, de 26 de septiembre [LA LEY 168955/2001]), no siendo la voluntad del legislador la creación de un delito para cada período mínimo infringido (AP Madrid 1048/2000, de 24 de julio).

Hasta tanto sea objeto de enjuiciamiento se trata de una acción única, prolongada en el tiempo y constitutiva de un ilícito penal unitario. Si se entendiera lo contrario y que los hechos posteriores a la denuncia son un nuevo delito, se estaría negando el carácter de permanencia consustancial a este delito. La fecha de la denuncia concreta un hecho, que es el impago, por lo que hay que referirla al tiempo en el que el sujeto mantiene su conducta omisiva, que tiene su límite el día de la celebración del juicio, fecha hasta la que es posible determinar el alcance del impago y, en consecuencia, su resarcimiento (AP Madrid, Sección 16.ª, 91/2006, de 13 de febrero).

Los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid resolvieron, en la reunión celebrada el 29 de mayo de 2004 para la unificación de criterios respecto a la aplicación del artículo, que cuando se producen sucesivos impagos de pensiones debe considerarse que el delito de abandono de familia en esta modalidad es un delito permanente.

Cuestiones procesales

Según la teoría de la ubicuidad, reiteradamente seguida por la jurisprudencia, los delitos de omisión se tienen por cometidos en el lugar en el que se debió realizar la acción omitida, es decir, el lugar designado para el pago, siendo este el criterio que rige para la determinación de la competencia judicial (Autos TS de 12 de febrero de 1998 y 570/1998, de 15 de julio). Caso de haberse fijado explícitamente el lugar de pago, debe entenderse que éste debe verificarse en el domicilio del receptor (Auto TS de 21 de enero de 1998). El lugar designado para el pago no varía por el hecho de que el receptor pase temporada en otro domicilio (Auto TS 16 de noviembre de 1998).

Responsabilidad civil

Se establece expresamente en el apartado tercero de este artículo que la reparación del daño consistirá siempre en el pago de las cuantías adeudadas (576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001] y 1486/2004, de 13 de diciembre [LA LEY 261630/2004]), solventando de esta forma dudas anteriores sobre la existencia, o no, de responsabilidad civil derivada de este delito en razón de que dichas cuantías no eran daños que se derivaran del mismo, sino que eran necesariamente anteriores al mismo por constituir uno de los presupuestos fácticos de la infracción criminal. Así que, salvo que el perjudicado haya optado por reclamar ante la jurisdicción civil la cuantía debida (AP Murcia 91/2002, de 12 de abril y AP Orense, de 31 de marzo de 1997), el Juez Penal se pronunciará siempre sobre la pretensión indemnizatoria actuando de acuerdo con los principios de rogación y congruencia (AP Cantabria 64/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 155499/2001]). La AP Sevilla, Sec. 3.ª, en su Sentencia 602/2008, de 2 de diciembre [LA LEY 304239/2008], considera que, el ámbito de

las responsabilidades civiles debe quedar restringido, con independencia de la cuestión planteada en el recurso, y sobre la que el propio apelante admite la controversia existente en la doctrina y resoluciones de las AA.PP., a los impagos en los que la acusación ha basado su calificación como delito de abandono familiar.

En cuanto a su aplicación, debe tenerse en cuenta que si los incumplimientos se producen durante un largo período de tiempo, comenzando cuando estaba en vigor el CP 1973 y continuando ya con el CP 1995, se aplica por lo que se refiere a la responsabilidad civil este tercer párrafo para los incumplimientos producidos desde la entrada en vigor del CP 1995, debiendo reclamarse, en su caso, ante la jurisdicción civil las cantidades impagadas correspondientes al otro período (AP Granada 66/2002, de 31 de enero [LA LEY 25790/2002] y AP Málaga 12/2001, de 5 de enero [LA LEY 25790/2002]).

En su Sentencia 576/2001, de 3 de abril [LA LEY 4375/2001], el TS adopta una posición «privatista» sobre la posibilidad de compensar la deuda propia de la prestación económica en los supuestos de separación, etc., estimando que los únicos requisitos para admitir tal posibilidad son los que establece la legislación civil, y, por lo tanto, que ambas deudas sean líquidas, vencidas y exigibles. En este sentido considera que no pueden compensarse las deudas originadas por la pensión mensual establecida judicialmente en un supuesto de separación legal con pretendidas deudas generadas a lo largo de la relación conyugal, como el desembolso realizado por uno de los cónyuges para el pago de la hipoteca del piso común, la adquisición de joyas, etc., por el hecho de no poderse afirmar que de ello se hayan derivado unas deudas que reúnan los citados requisitos de liquidez, vencimiento y exigibilidad.

Respecto a cuáles son las cuantías adeudadas susceptibles de incluirse en la reclamación, los criterios de las Audiencias Provinciales son diferentes:

a) Ha de estarse al período de impago objeto de la denuncia (AP Córdoba 2/2001, de 8 de enero).

b) Hasta la fecha del escrito de acusación (AP Asturias 6/2001, de 4 de enero [LA LEY 9575/2001]).

c) Hasta la fecha del Auto de transformación de las Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado (AP Málaga 332/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 209152/2001], y AP Barcelona 673/1998, de 29 de julio).

d) Hasta la fecha de la formulación de la acusación en el trámite de conclusiones definitivas en el juicio oral (AP Madrid 419/2001, de 25 de octubre [LA LEY 190278/2001], AP Madrid 294/2000, de 11 de julio [LA LEY 142783/2000] y AP Zaragoza 211/2000, de 21 de junio).

e) Hasta la fecha de la Sentencia (AP Barcelona 855/2000, de 20 de noviembre y AP Murcia 71/1998, de 28 de mayo).

Los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid resolvieron, en la reunión celebrada el 29 de mayo de 2004 para la unificación de criterios respecto de la aplicación de este precepto, que la acusación puede extenderse a hechos ocurridos hasta la fecha de la celebración del juicio oral, delimitando las conclusiones definitivas el objeto del proceso, así como que cuando el acusado haya pagado las pensiones atrasadas después de recibir la citación del Juzgado de Instruc-

ción, dicho pago tardío debe tener efectos dentro del capítulo de la responsabilidad civil. Este criterio ha sido aplicado en, entre otras, la SAP Madrid 371/2005, Sección 2.^a, de 12 de septiembre.

Según el art. 131.1 CP, la prescripción de este delito se sitúa en tres años, así que las cantidades reclamadas en concepto de responsabilidad civil sólo pueden englobar los tres años anteriores a la fecha de la denuncia (AP Barcelona, Sección 10.^a, de 9 de junio de 2005 [LA LEY 2067943/2005]).

Artículo 228.

Los delitos previstos en los dos artículos anteriores, sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 25, 86 y 126.2.

CC: art. 158.

El delito de abandono de familia tiene, en todas sus modalidades, la naturaleza de semipúblico por razones de oportunidad y de conveniencia familiar, no pudiendo perseguirse de oficio sino, únicamente, previa denuncia de la persona ofendida, o, en su caso —cuando se trate de personas de todo punto desvalidas—, el Ministerio Fiscal, sin que nada se oponga a que, dicha denuncia, en caso de tratarse de menores o incapacitados, pueda presentarse por su representante legal, siendo evidente que la denuncia constituye un mero óbice de procedibilidad, o mejor dicho, el único modo de remover dicho óbice, sin que entrañe ejercicio de la acción penal ni constituya, en parte al denunciante, pudiéndose agregar que si en el inicio del procedimiento alguno de los ofendidos era menor de edad o se hallaba incapacitado habiendo formulado la denuncia, en su nombre, su representante, si, durante el decurso del procedimiento, cumpliera la edad de dieciocho años o recobrarla la capacidad, no por ello sería preciso que ahora en nombre propio formulara nueva denuncia o renovara y convalidara la ya deducida, sin perjuicio, claro está, de que, poseyendo plena capacidad, pudiera perdonar, expresamente o de modo presunto al sujeto activo de la infracción (30 de enero de 1989 [LA LEY 161-JF/0000]).

No debe confundirse el requisito de denuncia del agraviado (condición de procedibilidad) con una inexistente condición objetiva de punibilidad consistente en la previa reclamación civil del pago de la pensión (AP Asturias 128/2001, de 4 de abril [LA LEY 780919/2001]).

Aunque el legislador haya previsto como requisito de procedibilidad la necesidad de denuncia del agraviado o de su representante legal, ni el perdón ni la retirada de la denuncia no es causa extintiva de la acción puesta en marcha, que es indisponible por parte de una de las víctimas, careciendo de valor para enervar la acción penal y sus consecuencias, sin perjuicio de que el pago de las cantidades adeudadas antes del dictado de la Sentencia pueda ser tenido en consideración a efectos de atenuación por reparación del daño conforme al art. 227.3 CP (AP Madrid, Sección 23.^a, 964/2005, de 21 de octubre [LA LEY 2231898/2005] y AP Madrid, Sección 2.^a, 77/2006, de 21 de febrero [LA LEY 2255629/2006]).

Los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid resolvieron, en la reunión celebrada el 29 de mayo de 2004 para la unificación de criterios respecto de la aplicación de este precepto, que el cónyuge con el cual viven los hijos mayores de edad que no hacen vida independiente está legitimado para presentar denuncia por impago de los alimentos de dichos hijos.

El concepto de «persona agraviada» que viene establecido en el art. 228, como sujeto capacitado para accionar la denuncia por el delito del art. 227, no equivale a la persona que percibe efectivamente la cuantía económica objeto de prestación, sino a aquella en cuyo favor se establezca, esto es el titular del bien jurídico protegido por la figura delictiva (AP Barcelona, Sec. 7.^a, Sentencia 114/2007, de 23 de enero [LA LEY 235090/2007]).

Artículo 229.

1. El abandono de un menor de edad o un incapaz por parte de la persona encargada de su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años.

2. Si el abandono fuere realizado por los padres, tutores o guardadores legales, se impondrá la pena de prisión de dieciocho meses a tres años.

3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años cuando por las circunstancias del abandono se haya puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyera otro delito más grave.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 25 y 618.1.

CC: arts. 756.1.º, 852 y 854.

LOPJM.

L 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la normativa tributaria con esta finalidad

Aspectos generales

Tipo básico

El delito de abandono de niños constituye una modalidad específica del delito de abandono de familia, siendo indiscutible su homogeneidad (2743/1992, de 11 de diciembre [LA LEY 15173-R/1993]).

La acción típica consiste en una conducta activa u omisiva (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002] y 942/2003, de 30 de junio [LA LEY 114685/2003]) que suponga el abandono del menor, privándole de los cuidados que precisa y provocando una situación de desamparo por parte de quien se responsabiliza de su guarda y custodia (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]). Esta situación de desamparo supone por sí misma un riesgo para el menor, por lo que el ordenamiento jurídico protector de la infancia dispone medidas de protección mediante in-

tervenciones de carácter administrativo que las leyes regulan y los profesionales de los servicios sociales han de aplicar. Cuando la situación de desamparo es provocada y alcanza una singular relevancia, el Código Penal interviene para reprochar dicha conducta, subsumiéndola en el tipo penal del abandono de menores (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002]).

Por «abandono» ha de entenderse toda aquella dejación, exposición o renuncia al menor o incapaz que se manifiesta en el rechazo o exclusión por parte del sujeto pasivo de la esfera de cuidado personal que corresponde al sujeto activo —sea padre, tutor o guardador legal o de hecho—, no tratándose de un abandono asistencial (que está tipificado en el art. 226) sino de un abandono personal, de manera que el menor o incapaz sometido a guarda de alguna persona es privado de ella y liberado, dejando a su propia suerte (AP Sevilla 305/1999, de 2 de diciembre, AP Cádiz 423/2000, de 16 de octubre [LA LEY 185129/2000] y AP Granada 73/2002, de 6 de febrero [LA LEY 28739/2002]).

Concurre tal situación en el menor, de 23 meses de edad, que es abandonado a su suerte por su madre y por su hermana (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002]); y también en el incapaz, con trastorno mental, epilepsia y minusvalía declarada del 57%, que, a pesar de necesitar supervisión continua de otra persona adulta, es abandonado a su suerte por la persona encargada de su cuidado, no ocupándose en absoluto de él, dejado como un perro, a quien se le fue cortando el agua y el teléfono de la vivienda por falta de pago, sin calefacción, recibiendo esporádicas visitas los fines de semana por algún hermano que le traía alimentos y medicinas, situación que se prolongó durante tres meses hasta que una hermana se hizo cargo de él (AP Madrid, 443/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 5758/1999]). Asimismo, concurre situación de abandono en el menor, de 3 años de edad, al que se le deja en un parque hasta que es recogido por extraños que lo auxilian (617/2007, de 28 de junio [LA LEY 79331/2007]).

Bien jurídico protegido

Es la seguridad del menor o incapaz (187/1993, de 3 de febrero [LA LEY 2724-5/1993]), por el desamparo y peligro para la salud e integridad física del sujeto pasivo que supone el abandono (2743/1992, de 11 de diciembre [LA LEY 15173-R/1993] y 942/2003, de 30 de junio [LA LEY 114685/2003]). Trata de proteger al menor, a quien debe dispensarse los cuidados necesarios que requiere y que aparecen relacionados en la legislación protectora sobre el menor, básicamente recogida en el Código Civil y la Ley de Protección Jurídica del Menor (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es la persona que tiene atribuida la guarda (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]; AP Granada 73/2002, de 6 de febrero [LA LEY 28739/2002]), el responsable de la vigilancia y cuidado del menor o incapaz, aplicándose el tipo aunque otros familiares, ocasionalmente, le llevasen al abandonado alimentos, medicinas o dinero (ATS 1604/1998, de 9 de junio de 1999 y AP Madrid, 443/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 5758/1999]).

Puede ser un pariente (hermana de niño de 23 meses abandonado, 1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002]) o un extraño (amiga de la madre de dos niñas que voluntariamente acepta

quedarse al cuidado de ellas y posteriormente las abandona, 942/2003, de 30 de junio [LA LEY 114685/2003] y AP Barcelona, de 10 de diciembre de 2001 [LA LEY 4144/2002]).

La expresión legal «persona encargada de su guarda» utilizada en párrafo 1 del art. 229 CP es más amplia que el concepto «guardador de hecho». En el párrafo 2 se define una figura de este delito agravada por una condición particular del sujeto activo (la de ser padre, tutor o guardador legal). Quiere ello decir que hay otros posibles sujetos activos —los de la figura básica del párrafo 1.º—. Si en este párrafo 2.º se agrava el delito para «los padres, tutor o guardador de hecho», es porque pueden existir otras personas encargadas de la guarda del menor que pueden ser sujetos activos de este delito en su modalidad básica.

Es por ello que el concepto «encargado de su guarda» ha de interpretarse, no con referencia a la situación concreta de guardador de hecho, sino, con una mayor amplitud, a cualquier persona que está de hecho ejerciendo labores de custodia de un menor, de tal manera que ha de considerarse comprendido en los amplios términos aquí utilizados por el legislador quien por cualquier título, oneroso o gratuito, o incluso sin título alguno, tiene de hecho a su cargo el cuidado de una de estas personas tan necesitadas de protección (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]).

Lo es el responsable de una residencia de ancianos respecto de sus residentes, por haber asumido la obligación de cuidarlos en virtud de contrato verbal de entregar a esa residencia el importe de sus pensiones a cambio de esa contraprestación de cuidado (AP Sevilla, Sección 7.ª, 32/2004, de 11 de junio).

Sujeto pasivo

Son los menores y los incapaces. Cuando el CP utiliza el término «incapaz» no se está refiriendo a una persona que haya sido declarada legalmente incapaz tras el procedimiento regulado en la normativa civil, sino a aquellas personas que están en situación de desamparo por no poder atender por sí mismas las necesidades primarias —ya sea por su menor edad o por su situación de decrepitud física y/o mental— que requiere una persona para vivir dignamente. Lo contrario sería desproteger a aquellas personas incapaces de hecho que, por las circunstancias que sea, no han sido declaradas legalmente incapaces (AP Sevilla, Sección 7.ª, 32/2004, de 11 de junio).

Elementos subjetivos

Dolo

Se precisa la concurrencia de un dolo específico en el sujeto activo de abandonar de forma definitiva a la persona sometida a su vigilancia y custodia (1412/1993, de 15 de junio [LA LEY 3830-5/1993], 1138/2004, de 12 de septiembre y AP Granada 73/2002, de 6 de febrero [LA LEY 28739/2002]), pues el abandono temporal se tipifica en el art. 230, lo cual se deduce de la propia situación de total abandono en que se deja al sujeto pasivo sin preocuparse de él durante mucho tiempo.

Siendo elemento del tipo el dolo, se requiere el conocimiento por parte del sujeto activo de que en su comportamiento concurren los tres elementos objetivos: conocimiento de la edad del menor, conocimiento de que él mismo está encargado de su guarda y conocimiento de que con

una conducta suya, activa u omisiva, está ocasionando esa situación de abandono del menor (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]).

No existirá delito si no hubo interrupción maliciosa en los cuidados que el niño precisaba, que es requisito indispensable, sino dejación u olvido de las cautelas que una persona de normal comportamiento hubiese tomado (1412/1993, de 15 de junio [LA LEY 3830-5/1993]).

Consumación

Se consuma cuando se ha dejado al sujeto pasivo en situación de total abandono (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002] y AP Madrid 443/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 5758/1999]).

Abandono existe, no sólo cuando se deja a un niño (o incapaz) a su suerte desvinculándolo de su entorno habitual, de modo que queda excluido de la esfera de los cuidados que venía recibiendo. Éste es el caso ordinario en épocas pasadas cuando era frecuente dejar a un niño recién nacido o de corta edad en cualquier lugar con peligro de no ser atendido. Pero también existe abandono cuando un menor (o incapaz) no recibe las debidas atenciones por parte de quien lo está cuidando, de modo que llega a encontrarse en una situación tan extrema que hasta vulgarmente se habla de abandono por parte de esa persona que le cuida y lo hace sin la dedicación adecuada. Parece que la primera modalidad se corresponde con la figura del delito instantáneo, mientras que la segunda se comete por acciones u omisiones que se desarrollan en un período de tiempo más o menos prolongado (1138/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 29/2004]).

Subtipo agravado (art. 229.2)

La agravación de la pena a imponer viene determinada por la condición de progenitor, tutor o guardador legal del sujeto pasivo, circunstancia que se tiene en cuenta como cualificación agravatoria y, en consecuencia, no cabe la aplicación de la agravante genérica de parentesco del art. 23 CP (AP Madrid, 505/1999, de 15 de junio [LA LEY 9673/1999]).

Subtipo cualificado (art. 229.3)

Se trata de un delito de peligro concreto que debe conocer y querer el sujeto activo (AP Barcelona, de 10 de diciembre de 2002), debiendo concurrir el dolo de abandono y el de peligro, como sucede en el caso del padre que entrega a su hija de dos meses a una mujer probablemente drogadicta y prostituta, exponiéndola a un grave peligro para la vida al requerirse durante el primer año de vida atenciones y cuidados constantes (AP Madrid, 505/1999, de 15 de junio [LA LEY 9673/1999]).

Si el abandono produce el resultado de muerte, se presentarán problemas concursales con el delito de homicidio o asesinato de comisión por omisión (con agravante de parentesco en su caso).

La Sentencia 2862/1993, de 21 de diciembre [LA LEY 13662/1993], condenó a la acusada por un delito de parricidio rechazando la aplicación del tipo de abandono de menores, tal y como la misma había interesado. La madre había dejado solo a su hijo, de once meses de edad, con un fuerte catarro y sin asistencia médica durante cincuenta horas en el mes de noviembre, sin avisar a nadie de esta situación, siendo la misma puericultora, con el correspondiente conocimiento personal que tenía del enorme riesgo de producción de la muerte, muriendo el niño por bronquitis

con el intestino y estómago vacíos por falta de alimentos durante dichas horas. La Sala Segunda estimó que concurría dolo eventual siendo los hechos constitutivos de un delito de parricidio en su forma de comisión por omisión, en los que el dolo está constituido por el conocimiento de las circunstancias que condicionan el surgimiento de la posición de garante, el deber de actuar del omitente y su capacidad de realizar la acción requerida para evitar el resultado lesivo del bien jurídicamente protegido, entendiendo que no conducían las condiciones en que se produjo el abandono de la posición de garante a la culpa con previsión, sino al dolo eventual.

Tampoco se aplicó el tipo previsto en el art. 229.3.º CP en el caso resuelto por la Sala Segunda con Auto de inadmisión 628/2000, de 11 de mayo de 2001, por entender que la conducta enjuiciada iba más allá de dejar a un menor en circunstancias que implicaran un cierto peligro para su vida (bebé que nace en la madrugada del día 1 de enero de 1998, noche que fue fría y lluviosa, y que es depositado en una escombrera, a 10 kilómetros de la localidad más cercana, dentro de una bolsa de basura y tapado por unas uralitas, siendo finalmente encontrado con vida por terceras personas), sino que implicaba una situación de desamparo tal que aun desde la consideración de una simple casualidad se hace difícil comprender otra conclusión distinta que la de la muerte del bebé, por lo que concurrió dolo eventual siendo condenados los acusados por delito de homicidio en grado de tentativa.

Artículo 230.

El abandono temporal de un menor de edad o de un incapaz será castigado, en sus respectivos casos, con las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo anterior.

Elementos objetivos

Conducta típica

Como en el art. 229, se castiga el abandono de menores, si bien en este caso se trata de un abandono temporal o transitorio, por lo que es de menor gravedad, sin infringirse el principio acusatorio si se acusa por el delito previsto en el art. 229 y se condena por el del art. 230 (ATS 1604/1998, de 9 de junio de 1999).

El abandono, aunque sea temporal, supone una evidente puesta en peligro de los derechos del sujeto pasivo (AP León, 175/2001, de 19 de julio), si bien debe tener una cierta entidad atendidas su duración y las circunstancias concurrentes (AP Las Palmas, de 5 de diciembre de 1998 [LA LEY 132644/1998]).

Se ha aplicado a la amiga de la madre de dos niñas de ocho meses y dos años, a quien se las entregó mientras se iba a trabajar desde las 20,30 horas hasta la 1,30 horas y que, lejos de atenderlas, procedió a ingerir psicofármacos y heroína, permitió que otras personas entrasen en el domicilio, resultando con multitud de hematomas y desgarros anales la niña mayor, encontrándose jeringuillas y estupefacientes por toda la casa al alcance de las menores, circunstancias que constituyen *per se* el abandono porque, durante esas horas, tal persona se erigía en garante de su seguridad (AP Barcelona, de 10 de diciembre de 2001 [LA LEY 4144/2002] y 942/2003, de 30 de junio).

También a la madre que sale de casa a las cuatro de la madrugada y regresa a las 10,30 horas dejando al niño solo en casa, que fue encontrado por la Policía en el rellano de la escalera llorando, desasistido y con frío (**AP León, 175/2001, de 19 de julio**).

Y a los padres que dejan solos en la vivienda durante más de dos horas al día, durante varios días, a dos gemelos sin haber adoptado ninguna prevención o precaución, yéndose al hospital de una localidad cercana donde estaba ingresado otro hijo al que, sin embargo, podía acompañar el padre que también se encontraba allí (AP Cádiz 423/2000, de 16 de octubre [LA LEY 185129/2000]). También a la madre que deja solo en casa a un niño de cinco años, al menos durante la noche, con posibilidad de acceso a espacios abiertos, como es una azotea (**AP Sevilla, 305/1999, de 2 de diciembre**). Asimismo, a los progenitores que, al menos durante dos días, abandonaron a su hija de cinco años, a la que ni siquiera proporcionaron comida, aunque la abuela, que vivía en otra casa, le daba comida a escondidas (**AP Las Palmas, 39/1998, de 6 de marzo**).

La AP Guipúzcoa considera que no se cometió un delito de abandono temporal de un menor de edad al dejar a una menor de seis años durmiendo e irse de la vivienda, al entender que no existió una puesta en peligro de la vida o integridad física de la menor (SAP Guipúzcoa Sec. 1.ª, 202/2008, de 21 de julio [LA LEY 197113/2008]).

Artículo 231.

1. El que, teniendo a su cargo la crianza o educación de un menor de edad o de un incapaz, lo entregare a un tercero o a un establecimiento público sin la anuencia de quien se lo hubiere confiado, o de la autoridad, en su defecto, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Si con la entrega se hubiere puesto en concreto peligro la vida, salud, integridad física o libertad sexual del menor de edad o del incapaz, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 221 y 622.

Artículo 232.

1. Los que utilizaren o prestaren a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad, incluso si ésta es encubierta, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si para los fines del apartado anterior se traficare con menores de edad o incapaces, se empleare con ellos violencia o intimidación, o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 39.
CP: art. 24 y Disposición Final Sexta.
CC: arts. 172 y ss. y 215 y ss.
LOPJM.

Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (ratificada el 30 de noviembre de 1990, *BOE* de 31 de diciembre de 1990).

Aspectos generales

La utilización de menores para la mendicidad constituyó una falta tipificada en el art. 584 del Código Penal de 1973, castigándose con arresto menor o multa de 1.500 a 15.000 pesetas a los padres, tutores o guardadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernoctando en parajes públicos, si no probaren ser ajenos a tales hechos, así como a las personas que se hiciesen acompañar de menores de dieciséis años, fueran, o no, de su familia, con objeto de implorar la caridad pública. Y castigaba con igual pena a los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, así como los que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años a otras personas para mendigar.

La práctica de la mendicidad utilizando a menores se convierte en delito por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce un nuevo art. 489 bis que castiga con pena de arresto mayor a los que utilizen o presten a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad. Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 justifica la condición de delito de la utilización de menores para la mendicidad afirmando que es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad de tan lamentable actualidad.

El vigente Código Penal recoge en el apartado primero del art. 232 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado segundo se contiene un tipo cualificado cuando se traficaren con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad. La dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos (1731/2000, de 10 de noviembre [LA LEY 11323/2000]).

Bien jurídico protegido

Se protege el quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso, una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado por el adulto para la obtención de dinero (1731/2000,

de 10 de noviembre [LA LEY 11323/2000] y **AP Zaragoza 194/2002, de 14 de junio**). No se sanciona la actividad de la mendicidad ni la obtención de un beneficio económico más o menos legítimo (**AP Murcia 86/1998, de 25 de junio**), sino que se trata de proteger a los menores o incapaces frente a su explotación para la mendicidad (**AP Madrid 57/2000, de 2 de febrero**).

También se protege la indemnidad y seguridad del menor, así como su normal desarrollo (AP Barcelona de 15 de abril de 2002 y AP Madrid 400/1997, de 4 de septiembre), pues utilizarlos, prestarlos o traficar con ellos supone tratarlos como objetos, no como personas (AP Cádiz, 39/2000, de 26 de abril [LA LEY 87516/2000] y AP Huelva 53/2000, de 1 de febrero), y se les sustrae de las actividades que les son propias, como la escolarización y otras que garantizan su desarrollo integral para el futuro (**AP Alicante 21/1999, de 16 de enero** y **AP Barcelona de 14 de octubre de 1997**).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Cualquiera, dado el tenor del precepto (AP Pontevedra 43/2001, de 29 de mayo [LA LEY 107651/2001]), pudiendo existir vínculos familiares entre los adultos que utilizan a los menores e incapaces y éstos (AP Cádiz 39/2000, de 26 de abril [LA LEY 87516/2000]), o no (**AP Murcia 86/1998, de 25 de junio** y AP Soria 38/1998, de 27 de abril [LA LEY 51239/1998]).

Sujeto pasivo

Es preciso que sean los menores o incapaces quienes pidan limosna, pues el mero acompañamiento no puede ser equiparado a la utilización para la práctica de la mendicidad (1731/2000, de 10 de noviembre [LA LEY 11323/2000]), debiendo ser el menor o incapaz mediatizado, inducido, incitado u obligado a hacerlo (AP Madrid 57/2000, de 2 de febrero), resultando beneficiaria de la actividad mendicante la persona adulta (AP Barcelona 5 de octubre de 2001 [LA LEY 176854/2001]).

Aunque no es un elemento expreso del tipo la habitualidad o reiteración (AP Barcelona, de 15 de abril de 2000 y AP Cádiz 39/2000, de 26 de abril [LA LEY 87516/2000]), siendo la mendicidad el estado o condición de mendigo (**AP Zaragoza 225/1998, de 5 de mayo**), parece exigirse una cierta continuidad o reiteración en la conducta del sujeto activo (AP Sevilla 4/2001, de 10 de enero y AP Cádiz 39/2000, de 26 de abril [LA LEY 87516/2000]), porque:

a) Es una exigencia del principio de proporcionalidad entre la importancia de la conducta y la gravedad de la pena (**AP Lugo 31/1999, de 28 de enero**).

b) Sólo esta dedicación reiterativa justifica la tipificación de la conducta dentro de los delitos de abandono de menores (**AP Sevilla 4/2001, de 10 de enero**, **AP Madrid 57/2000, de 2 de febrero**, y **AP Alicante 21/1999, de 16 de enero**).

c) La expresión «los que utilizen» parece indicar no un acto concreto y aislado, sino una cierta reiteración o repetición de los actos (**AP Sevilla 4/2001, de 10 de enero**).

En algunas ocasiones se ha estimado la «adecuación social» como causa que excluye la tipicidad, cuando las acciones mendicantes son practicadas por poblaciones claramente marginales

y verdaderamente necesitadas (AP Málaga 110/2000, de 11 de abril [LA LEY 79506/2000] y **AP Madrid 400/1997, de 4 de septiembre**), en especial si se trata de mendicidad familiar.

Conducta típica

Consiste en instrumentalizar o dirigir al menor o incapaz, directa o encubiertamente, a la recaudación de dinero, mendigando los menores o incapaces en beneficio de otros, que se aprovechan de su explotación (**AP Madrid, Sec. 7.ª, 41/2003, de 4 de febrero, AP Madrid, Sec. 17.ª, de 7 de noviembre**), pero deben ser ellos quienes soliciten la limosna, no siendo típica la conducta del recaudador o mendicante adulto que se hace acompañar de menores o incapaces (en el regazo, de la mano) para practicar la mendicidad (AP Madrid, Sec. 17.ª, 249/2004, de 5 de abril [LA LEY 83127/2004] y AP Madrid, Sec. 7.ª, 662/2008, de 15 de julio [LA LEY 183079/2008]) usando a éstos para una mejor puesta en escena y para despertar sentimientos de compasión, ya que no puede equipararse la utilización del menor o incapaz para la práctica de la mendicidad con practicar la mendicidad en compañía de un menor o incapaz (1731/2000, de 10 de noviembre [LA LEY 11323/2000], **AP Zaragoza 194/2002, de 14 de junio, AP Huelva 57/2000, de 1 de febrero** y AP Madrid, Sec. 4.ª, auto 22/2008, de 18 de enero [LA LEY 10787/2008]).

La Sala Segunda del Tribunal Supremo ha entendido que la mera presencia de los menores (o incapaces) con el adulto mendicante utilizada para provocar la generosidad de los demás resulta penalmente irrelevante, contrayéndose la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto, pues otra interpretación del tipo básico, previsto en el apartado 1.º del art. 232 del Código Penal, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical —nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad, como ocurría en el apartado 10 del art. 584 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio—; histórico —los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se refiere expresamente a «**destinar** a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad»—; lógico ni sistemático —dado el bien jurídico que se pretende tutelar—. Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al Derecho penal y acarrearía efectos criminógenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica. Ello no significa indiferencia ante situaciones que, aunque no típicas, representen un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces. El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del art. 3 de Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, arts. 172 y siguientes del Código Civil, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud (1731/2000, de 10 de noviembre [LA LEY 11323/2000]).

No obstante lo expuesto, la Sentencia 546/2005, de 16 de diciembre, de la AP Madrid, Sección 6.ª [LA LEY 242449/2005], consideró que la conducta de la acusada, que tenía a su niña de siete meses en los brazos y pedía limosna mientras decía «dame una limosna para mi niña, mira que está malita» para despertar la compasión y la caridad de los viandantes, está encuadrada en el tipo penal que examinamos.

El tipo incluye las actividades mendicantes encubiertas, es decir, la solicitud y percibo de dádiva o liberalidad a cambio o con ofrecimiento de alguna pequeña contraprestación (AP Málaga 110/2000, de 11 de abril [LA LEY 79506/2000]).

No habrá delito si la petición de dinero obedeció a una petición espontánea del menor (**AP Barcelona 187/2002, de 27 de febrero**).

Elementos subjetivos

Dolo

Se exige la concurrencia de dolo consiste en: a) conocimiento de la minoría de edad, lo que se deduce en muchas ocasiones por la evidencia (AP Madrid 57/2000, de 2 de febrero **AP Madrid 57/2000, de 2 de febrero y AP Alicante 21/1999, de 16 de enero**); b) el carácter mendicante de la dedicación (AP Guadalajara de 28 de enero de 1993), es decir, las circunstancias negativas que sobre el menor podría tener su conducta (AP Madrid 323/1999, de 1 de julio [LA LEY 104257/1999]).

En ocasiones se ha aludido a un elemento subjetivo de lo injusto: finalidad de aprovecharse de la compasión, piedad o ternura que genera la miseria en la ingenua y tierna infancia (**AP Barcelona de 29 de marzo de 2000**).

Error

El **error de prohibición** debe ser probado, sin que sea suficiente la alegación de pertenencia a la etnia gitana de la acusada, de escasa formación, joven y cargada de hijos, lo que no permite concluir, siquiera indiciariamente, que desconociera la ilicitud de su conducta (**AP Madrid 572/1997, de 6 de noviembre**).

Consumación

Al ser un delito de simple actividad, basta la utilización o préstamo de los menores o incapaces para la práctica de la mendicidad, siendo irrelevante el éxito de la misma, pues no se exige para la perfección del delito que realmente se consiga un beneficio económico (**AP Guadalajara, de 28 de enero de 1993, AP Murcia 90/1997, de 12 de noviembre y AP Murcia 86/1998, de 25 de junio**).

Tipo cualificado (art. 232.2)

Se trata de un tipo cualificado (548/1999, de 12 de abril [LA LEY 5610/1999]) que se aplica cuando se emplea sobre el menor o incapaz violencia o intimidación para obligarle a la actividad mendicante.

Se aplica tanto si los menores o incapaces tienen con el sujeto activo vínculo familiar (**AP Barcelona 62/1999, de 27 de enero**) como cuando dicho vínculo no existe (548/1999, de 12 de abril [LA LEY 5610/1999]), encuadrándose en el tipo las conductas de empleo efectivo de violencia (obligaban a la menor a pedir por las calles de las localidades exigiéndole que llevara algo a casa y, si no lo cumplía, le pegaban, 548/1999, de 12 de abril [LA LEY 5610/1999]) o de intimidación consistente en la amenaza de pegar al menor en caso de negarse a mendigar (**AP Barcelona 62/1999, de 21 de enero**).

Artículo 233.

1. El Juez o Tribunal, si lo estima oportuno en atención a las circunstancias del menor, podrá imponer a los responsables de los delitos previstos en los arts. 229 a 232 la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad o de los derechos de guarda, tutela, curatela o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.

2. Si el culpable ostentare la guarda del menor por su condición de funcionario público, se le impondrá además la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

3. En todo caso, el Ministerio Fiscal instará de la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor.

CONCORDANCIAS

CE: art. 39.

CP: arts. 24, 39.b), 42, 46, 56.3.º, 192.2 y Disposición Final Sexta.

CC: arts. 170, 172 y ss. y 215 y ss.

LOPJM.

Instrucción de la FGE de 30 de julio de 2008: actuación del Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, guarda, tutela, curatela y acogimiento.

Esta pena accesoria, regulada en los arts. 39.b) y 46 CP, implica, en el caso de la patria potestad, la privación al penado de los derechos inherentes a la misma, mientras que en el caso de la tutela, la guarda y el acogimiento, supone su extinción, así como la incapacidad para obtener un nombramiento para dichos cargos durante el tiempo de la condena.

Será de aplicación atendidas las circunstancias del caso (AP Málaga 110/2000, de 11 de abril [LA LEY 79506/2000]). Su imposición no es preceptiva sino, por el contrario, se trata de una medida excepcional y potestativa, no bastando para establecerla constatar únicamente un incumplimiento, aunque sea grave (AP Baleares 275/1999, de 28 de diciembre [LA LEY 192199/1999]) de los deberes paterno-filiales, sino que es necesario que su adopción venga aconsejada por las circunstancias concurrentes (AP Navarra 142/1997, de 26 de septiembre).

No siempre existe correlación entre la duración de la pena privativa de libertad impuesta y la de inhabilitación. Así, por ejemplo, mientras que respecto del art. 230 en alguna ocasión se ha impuesto la máxima de ambas penas (STS 924/2003, de 30 de junio [LA LEY 114685/2003]; dos años de prisión y diez de inhabilitación, AP Barcelona de 10 de diciembre de 2001 [LA LEY 4144/2002]), en otras se impone, en relación con el art. 229.2, la mínima de prisión (nueve meses), pero siete años de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad (1772/2001, de 4 de octubre [LA LEY 19/2002]), o tres años de privación de libertad y siete de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad al padre por un delito de sustracción de su hijo menor (AP Madrid, Sección 16.ª, 100/2005, de 11 de febrero), o condenados ambos progenitores por el art. 230, lo son a diferentes penas privativas de libertad (doce y nueve meses respectivamente), pero a idéntica inhabilitación (cuatro años, ATS de inadmisión 1604/1998, de 9 de junio de 1999).

La SAP Madrid, Sección 16.^a, 100/2005, de 11 de febrero [LA LEY 33186/2005], entendió que la aplicación de la pena accesoria de privación del ejercicio de la patria potestad impuesta al padre por sustracción de su hijo menor (art. 225 bis CP) no implica la supresión o modificación del régimen de visitas.

Para la imposición de la pena accesoria es preciso que el derecho (patria potestad, tutela, guarda, acogimiento) haya tenido relación directa con el delito cometido (629/2001, de 9 de abril [LA LEY 76351/2001] y 1029/2001, de 30 de mayo [LA LEY 6146/2001]), debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación (1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005]), de tal manera que la privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece de fundamento legal en el CP (780/2000, de 11 de septiembre [LA LEY 10780/2000]).

Esta interpretación, acorde con el principio de legalidad penal, no es contraria a los intereses del menor, pues, como pone de manifiesto la Sentencia 780/2000, de 11 de septiembre [LA LEY 10780/2000], *«la reforma del CC operada por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la jurisdicción civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los canales procesales específicamente creados para ello»*.

Por lo que se refiere a la posibilidad de que en un proceso penal se determine, conforme al art. 170 CC, la privación del derecho a la patria potestad pero como **pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de cualquier otro derecho siempre que hubiera tenido relación con el delito cometido** (que, con la duración de la pena principal como señala el art. 33.6 CP, fija el art. 56.1.3.º CP para las penas de prisión inferiores a diez años), la referida Sentencia 780/2000 [LA LEY 10780/2000] (en similar sentido, Sentencia 1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005]) delimita esta posibilidad señalando lo siguiente:

«El art. 170 CC dispone, en efecto, que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. Pero este precepto —dejando aparte la referencia a la causa matrimonial donde la posible privación de la patria potestad se rige por el art. 92 CC— no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación —en el proceso civil o en el proceso penal— de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes, sino que para privar de la patria potestad, la alternatividad se establece precisamente entre, de una parte, una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella y, de otra parte, una Sentencia dictada en causa criminal, es decir, que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento, o bien se priva de ella en una causa criminal, lo que necesariamente supone que no cabe en el proceso penal privar de la patria potestad por razón del incumplimiento obligacional que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir, en el CP. Por lo tanto, no supone el art. 170 CC una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de su imposición como pena principal o accesoria de un delito».

Este criterio restrictivo para la imposición de la pena de privación de la patria potestad, ha tenido su reflejo en el **Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 26 de mayo de 2000**.

Es decir, que en estos casos, el Ministerio Fiscal o el otro progenitor podrán instar la correspondiente demanda de privación de patria potestad, en cuyo procedimiento el órgano civil deberá aceptar los hechos probados en la Sentencia penal, sin perjuicio de la valoración que les otorgue conforme al pedimiento planteado (1378/2004, de 29 de noviembre [LA LEY 439/2005]).

TÍTULO XIII

DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA EL ORDEN SOCIOECONÓMICO

CAPÍTULO I

De los hurtos

Artículo 234.

El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a 18 meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el art. 623.1 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 235, 244, 252, 268, 269, 432 y 623.

CC: arts. 609, 610, 611, 612, 613 y 617.

Modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que añadió el párrafo segundo, entrando en vigor el 1 de octubre de 2003, y por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

El delito de hurto es un delito contra la propiedad. En consecuencia, no es sólo la privación del valor de la cosa lo que constituye la lesión del bien jurídico, sino también la privación de la sustancia misma de la cosa que corporiza un determinado valor (955/2002, de 24 de mayo [LA LEY 99663/2002], con cita de la de 24 de diciembre de 1990 [LA LEY 1207/1991]).

Requisitos generales

Un apoderamiento (con ánimo de lucro) de cosas muebles ajenas, realizado sin la voluntad de su dueño, no mediando fuerza, violencia ni intimidación y excediendo de cincuenta mil pesetas la cuantía de lo sustraído (1091/2003, de 25 de julio [LA LEY 130505/2003]).

Objeto material

El concepto de **cosa** en el hurto, se trate de un delito o de una falta, no se agota en la materia que puede ser objeto de apropiación. La teoría y la jurisprudencia han establecido que el objeto de la apropiación puede ser también el valor que la cosa representa o corporiza. Esto es, el hurto se comete tanto cuando el autor se apropia de la materia de la cosa, como cuando lo hace del valor que ésta materializa. Como concurre con el título-valor que permite obtener una determinada suma de dinero, por corporizar un concreto valor, realizable a la presentación del mismo en el establecimiento bancario, sí reúne todos los requisitos necesarios para su validez (955/2002, de 24 de mayo [LA LEY 99663/2002]).

La cosa que se toma ha de ser **mueble**, en el sentido de ser susceptible de traslado de un patrimonio a otro. En este aspecto, no coincide el concepto de cosa mueble con el que se tiene en el ámbito civil. Son cosas muebles a efectos del delito de hurto, y en general, en todos los delitos de apoderamiento, los inmuebles por destino o incorporación —30 de mayo de 1983 [LA LEY 37153-NS/0000]—. Las minas son consideradas como tales por el art. 334.8.º CC, aunque para ellas la propia dicción del precepto y la consideración del mineral como fruto, hagan que cuando se separe aquél, tenga la consideración de bien mobiliario —18 de febrero de 1970— (25 de abril de 1988 [LA LEY 3662-JF/0000]).

La noción de **ajenidad** en estos delitos patrimoniales hay que contemplarla desde una perspectiva negativa, de no pertenencia al que se apodera ilícitamente de la cosa; ahora bien, pueden existir cosas ajenas que por su carácter de *res derelictae* —cosas abandonadas, art. 460.1 CC—, *res nullius* —art. 610 CC— y en las denominadas *res communes omnium* —cosas de todos—, son susceptibles de apoderamiento de ocupación, sin comportar lesión patrimonial alguna; por este motivo, junto a la nota indicada de no pertenencia, se suele completar la noción de ajenidad con la exigencia de que no sean susceptibles de ocupación (661/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13129/1993], con cita de la de 11 de julio de 1984 [LA LEY 8990-JF/0000]). En sentido parecido se ha dicho que la cosa mueble ha de ser además ajena. La ajenidad de la cosa se caracteriza por dos notas negativas: que no sea propia, y que no sea susceptible de ocupación. Falta la ajenidad de la cosa, en los supuestos de *res derelictae* o cosa abandonada y en las *res nullius*: no es necesario —11 de julio de 1984 [LA LEY 8990-JF/0000]— que conste quién sea el titular de la cosa apropiada. En definitiva, para determinar cuándo una cosa es o no ajena, habrá de acudir a la legislación civil, pues no existe un concepto penal sobre tal término (25 de abril de 1988 [LA LEY 3662-JF/0000]). La **cosa común** es ajena en todo lo que excede de la cuota del sustractor (871/1993, de 14 de abril [LA LEY 3309-5/1993], con cita de la de 20 de enero de 1981). La jurisprudencia civil ha declarado que la titularidad indistinta de dos o más personas de cuenta o depósito bancario no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales (335/2003, de 10 de marzo [LA LEY 12741/2003]). La 399/2005, de 28 de marzo [LA LEY 1304/2005], referida al caso del fallecimiento de uno de los dos integrantes de una pareja de hecho, establece que no puede predicarse la ajenidad de la cosa sin antes determinar en vía civil qué bienes eran privativos y cuáles comunes, así como los que podrían adjudicarse al superviviente a título de herencia.

El delito de hurto precisa inexcusablemente que la cuantía de lo sustraído exceda de **cincuenta mil pesetas**. Si no se precisa la cuantía dineraria, ni siquiera se hace referencia a que el valor económico de la cosa superara el tope de las cincuenta mil pesetas requerido para configurar el delito de hurto, no se trata ya de aplicar la doctrina del *in dubio pro reo*, sino de constatar la ausencia de un elemento esencial configurador de aquella figura delictiva, que solamente podría ser salvada con una interpretación *in malam partem* y en perjuicio del reo, lo que no es posible (24/1999, de 18 de enero [LA LEY 2547/1999]). La cantidad sustraída, que fue exactamente de cincuenta mil pesetas, no excede de la que se fija como límite en los dos indicados artículos del

CP para marcar la diferencia entre delito y falta, por lo que hay que entender que los hechos constituyeron tan sólo la infracción menor (743/1998, de 26 de mayo [LA LEY 6915/1998]).

Conducta

La jurisprudencia —196/1994, de 8 de febrero [LA LEY 41244-JF/0000] y 1217/1997, de 10 de octubre [LA LEY 18/1998]— ha distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el **tomar las cosas** ajenas del hurto: a) la *contrectatio*, que supone el tocamiento o contacto con la cosa; b) la *aprehensio* o aprehensión de la cosa; c) la *ablatio*, que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla, y d) la *illatio*, que significa el traslado de la *res furtiva* a un lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando a la conclusión de que los delitos de apoderamiento quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas; disponibilidad que pueda ser momentánea o fugaz y basta que sea potencial —entre otras, 196/1994 de 8 de febrero [LA LEY 41244-JF/0000] y 1077/1995, de 27 de octubre [LA LEY 14798/1995] y 349/2001, de 9 de marzo [LA LEY 4584/2001]—.

Inexistencia de fuerza en las cosas

El art. 238 del CP, aunque no es definidor del delito de robo con fuerza en las cosas, sí es integrador del tipo cuando señala los diversos medios y útiles —constitutivos de fuerza en las cosas— que pueden ser utilizados en su comisión, que según ha señalado la jurisprudencia tienen el carácter de *numerus clausus* de tal forma que no pueden extenderse por analogía ni aparecer descritos de forma inconcreta, porque precisamente lo que caracteriza al robo con fuerza en las cosas es la coordinación de dos acciones distintas que funcionan en una relación de medio a fin, éste —el fin— consiste en la apropiación de lo ajeno, aquél —el medio— en la utilización de alguno de los vehículos o circunstancias señaladas y concretadas en el art. 238, de tal manera que si falta el segundo elemento no se puede hablar de robo, sino simplemente de hurto (1668/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 172077/2001]). Se ha considerado que no existe fuerza en las cosas: en la manipulación de una cerradura con objeto no precisado sin causar daños (1668/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 172077/2001]); cuando no se describe con claridad la forma en que se entró en el recinto de la vivienda y en ésta (529/2002, de 23 de marzo [LA LEY 5008/2002]); en los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la planta baja sin constar la altura (648/1999, de 20 de abril [LA LEY 5630/1999]) o de una ventana a nivel de calle (24/1999, 18 de enero [LA LEY 2547/1999]); cuando se franquea un muro de un metro de altura (1615/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 198173/2001]).

Inexistencia de violencia o intimidación

Por último, se ha estimado que no concurren violencia o intimidación: si es preponderante la habilidad sobre la fuerza, por ser ésta apenas perceptible, pero sólo en los casos excepcionales en los que no existe un tirón propiamente dicho, es decir, el aislamiento violento del objeto, de modo que el hecho se realiza sin la voluntad del despojado —hurto— más que contra la voluntad del mismo —robo— (1935/2001, de 25 de octubre [LA LEY 190152/2001]); o cuando la entrega de la cosa tiene lugar por miedo puramente subjetivo y anímico del sujeto pasivo no provocado por una actitud amenazante del sujeto activo (1321/2001, de 4 de julio [LA LEY 8292/2001]).

Elementos subjetivos

La jurisprudencia interpreta ampliamente el concepto jurídico del ánimo de lucro como cualquier beneficio, ventaja o utilidad (incluso meramente contemplativa (1392/1993, de 10 de junio [LA LEY 3795-5/1993], citando la de 8 de junio de 1992).

Formas de aparición

Cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada —ahora tentativa— se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa —*contrectatio*—, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido —*ablatio*—, sino en el de la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material. Y ello en base a que los verbos «apoderar» y «tomar», requisito formal y núcleo o esencia de la definición ofrecida por los arts. 234 y 237, implica la apropiación de la cosa ajena, que pasa a estar fuera de la esfera del control y disposición de su legítimo titular, para entrar en otra en la que impera la iniciativa y autonomía decisoria del aprehensor, a expensas de la voluntad del agente. Precisándose por la doctrina legal, con fuerza aleccionadora y de síntesis, haberse alcanzado el momento consumativo cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad —facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir— de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración (737/1998, de 26 de mayo).

En los supuestos de persecución, el depredador perseguido no consigue la disponibilidad, ni el delito de apoderamiento llega a consumarse si la persecución fue ininterrumpida, sin haber sido perdido de vista en ningún momento los autores del hecho fugitivos. En los supuestos de sustracciones en un local no se consigue la disponibilidad, ni se alcanza la consumación del delito o apoderamiento, mientras el autor del apoderamiento no sale del local con las cosas sustraídas (349/2001, de 9 de marzo [LA LEY 4584/2001]).

Concursos

El delito de hurto tiene lugar cuando su autor sustrae una cosa mueble ajena que se encuentra en poder de otra persona; mientras que la apropiación indebida existe cuando alguien, que ha recibido la misma cosa mueble ajena por un título que produce obligación de entregarla o devolverla, se la apropia o la distrae (362/2007, de 3 de marzo [LA LEY 20332/2007]).

Se ha apreciado la existencia de un **delito continuado de hurto** en el caso de diferentes sustracciones de cuantía cada una inferior al límite establecido entre el delito y la falta pero cuya suma es superior (884/1992, de 15 de abril [LA LEY 2703-JF/0000]).

El **ánimo depredatorio** que concurre en el delito de hurto **excluye** la concurrencia del **ánimo de allanar** (712/2001, de 30 de abril [LA LEY 6672/2001], citando, entre otras, 375/2000, de 11 de marzo [LA LEY 5893/2000] y 194/2000, de 16 de febrero [LA LEY 3993/2000]).

Existe un **concurso medial entre el delito de hurto y el de falsedad**, cuando se sustrae un talonario y diversos talones en blanco no puede ser sancionado autónomamente porque constituye un acto preparatorio para la falsificación de los mismos (1922/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 1757/2001]). También contempla un concurso medial entre el hurto y la falsedad la 609/2000, de 11 de abril [LA LEY 6668/2000].

Se ha apreciado un **concurso real entre el delito de hurto y el de infidelidad en la custodia de documentos** en el caso de un funcionario de correos que se apodera de un cheque cruzado y lo ingresa en una cuenta, dado que se lesionan bienes jurídicos distintos (1305/1993, de 1 de junio [LA LEY 13194/1993]).

Diferencias con otros delitos

Hurto y estafa

La doctrina es prácticamente unánime en considerar que será de apreciar este elemento típico —la disposición patrimonial— cuando el sujeto engañado por acción, tolerancia u omisión, produce directamente una disminución patrimonial (lesión). A partir de esta definición de disposición patrimonial la misma doctrina considera que los casos en los que el engaño sólo produce una reducción de la custodia de una cosa mueble por parte del sujeto engañado y es el propio autor del engaño el que se apropia de la cosa, no es posible admitir que el encargado de la custodia haya ejecutado una disposición patrimonial que directamente haya provocado la disminución patrimonial del titular del bien. En estos casos, la tolerancia del encargado de la custodia no produjo la disminución patrimonial, sino que ésta es consecuencia de la apropiación de la cosa de la que es autor el otro sujeto. El encargado de la custodia, por lo tanto, sólo aparece vinculado indirectamente con el perjuicio del titular, pues entre su conformidad y el daño fue necesaria la apropiación por parte del autor (756/2003, de 16 de septiembre [LA LEY 11880/2004]).

Hurto y apropiación indebida

La diferencia con el delito de hurto no sólo radica en la concurrencia del elemento de la defraudación por el sujeto activo de la confianza, o al menos de la buena fe, que el propietario del dinero o de la cosa deposita en el autor del hecho. También en que la esencia de la apropiación está en el ataque a la propiedad del dueño, puesto que la posesión de la *res furtiva* ya la tenía el acusado, en tanto que el hurto ataca a la vez y de modo pleno ambas facultades dominicales —posesión y propiedad—, de modo que bastará reconocer esa previa posesión de la cosa por el *accipiens* para tipificar el hecho como apropiación y no como hurto (1311/2000, de 21 de julio [LA LEY 10834/2000] y 844/2000, de 12 de mayo [LA LEY 7210/2000]).

Hurto y malversación

No existe vulneración del principio acusatorio al ser considerado delito homogéneo el delito de hurto respecto del de malversación de caudales públicos, pues eliminado alguno de los elementos específicos que caracterizan esta última figura delictiva —la condición de funcionario público o asimilado, caudales o efectos públicos y que éstos se tengan por razón de sus funciones— cabe una condena por hurto o apropiación indebida, pues aquella acusación comprende todos los hechos constitutivos de estos otros delitos, por lo que pudo defenderse de todo aquello por lo que fue acusado (544/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5006/2002], con cita de la 1089/1996, de 30 de diciembre [LA LEY 1434/1997]).

Artículo 235.

El hurto será castigado con la pena de prisión de uno a tres años:

- 1. Cuando se sustraigan cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.**
- 2. Cuando se trate de cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público, siempre que la sustracción ocasionare un grave quebranto a éste, o una situación de desabastecimiento.**

3. Cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración.

4. Cuando ponga a la víctima o a su familia en grave situación económica o se haya realizado abusando de las circunstancias personales de la víctima.

CONCORDANCIAS

CE: art. 46.

CP: arts. 234, 241 y 250.1.º, 5.º y 6.º.

Ley 16/1985, de 25 de junio, sobre patrimonio histórico.

Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico

La interpretación amplia de la consideración de un bien como de interés cultural, histórico o artístico, aunque no reúna los requisitos formales de orden administrativo, contemplados en la Ley del Patrimonio Histórico de 1985 —inclusión en Inventario general, etc.—, aplicable al tiempo de los hechos enjuiciados y precedente de la hoy vigente, de 21 de enero de 1994, viene establecida en el propio art. 46 CE que encomienda a los Poderes públicos la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. A efectos de la calificación penal del supuesto especialmente agravado del delito de hurto, por recaer éste sobre bienes de tal naturaleza, ya decía la Sentencia de 12 de noviembre de 1991 [LA LEY 14301-R/1992] que la circunstancia séptima del art. 506 se introduce por la Reforma de 1983 y no hace sino obedecer al mandato constitucional, que no exige en el art. 46 la previa declaración administrativa y permite que se actúe la protección penal cualquiera que sea el régimen jurídico de los bienes y su titularidad (189/2003, de 12 de febrero [LA LEY 1338/2003]).

Cosas de primera necesidad o destinadas a un servicio público

Se han considerado cosas destinadas a un servicio público: el hilo de coche de RENFE que intercepta comunicaciones telefónicas (2695/1992, de 3 de diciembre [LA LEY 15224-R/1993]); los cables de línea telefónica (2042/1992, de 2 de octubre [LA LEY 1904-5/1993] y 17 de marzo de 1989 [LA LEY 593-JF/0000]); los cables de farolas de alumbrado (20 de noviembre de 1991 [LA LEY 750/1992]); y los cables telegráficos (18 de enero de 1989 [LA LEY 113876-JF/0000]).

Ver jurisprudencia del art. 250.1.º.

Especial gravedad

El dato de no llegar la cantidad sustraída a los dos millones de pesetas, cifra fijada jurisprudencialmente para hechos perpetrados en los primeros años de la década de los noventa, unido al endurecimiento de las penas llevado a cabo por el CP 1995 respecto a los delitos de hurto, inducen a concluir que una sustracción de 1.920.000 pesetas es insuficiente por sí sola para dar vida al subtipo agravado del art. 235.3 del vigente CP (1702/2002, de 15 de octubre [LA LEY 170153/2002]). Por su parte, la 2209/2000, de 15 de septiembre, aplica el tipo agravado por ser la cantidad sustraída superior a 2.000.000 de pesetas.

Ver jurisprudencia del art. 250.6.º.

Grave situación económica de la víctima o abuso de circunstancias personales de la misma

Se ha apreciado este tipo agravado en el caso de carencia de autonomía personal de una de las víctimas que a causa de una demencia senil presentaba un deterioro cognitivo severo; y por encontrarse dormida la otra víctima al tiempo de producirse los sucesivos atentados contra su patrimonio (832/2004, de 30 de junio [LA LEY 13740/2004]).

Ver jurisprudencia del art. 250.6.º.

Artículo 236.

Será castigado con multa de tres a 12 meses el que, siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de éste, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que el valor de aquélla excediere de 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 268, 455 y 623.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Se ha aplicado el precepto al caso del propietario de un vehículo que lo sustrae del lugar en el que había sido depositado después del embargo (955/1998, de 20 de julio [LA LEY 9804/1998]).

CAPÍTULO II**De los robos****Artículo 237.**

Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 234, 238, 243, 244, 248, 268, 269 y 455.

En cuanto al apoderamiento, su consumación, las cosas muebles, la ajenidad y el ánimo de lucro, ver la jurisprudencia del art. 234.

Bien jurídico protegido

El delito de robo con violencia o intimidación del art. 242.1 es pluriofensivo porque afecta principalmente a la propiedad como bien jurídico, pero también a la integridad física o salud, y a

la libertad en cuanto el tipo exige, además de apoderamiento, la realización de actos intimidantes o violentos, como medio comisivo para la consecución de aquél (201/2009, de 28 de febrero [LA LEY 8802/2009]).

Fuerza en las cosas

El art. 238 del CP, aunque no es definidor del delito de robo con fuerza en las cosas, sí es integrador del tipo cuando señala los diversos medios y útiles —constitutivos de fuerza en las cosas— que pueden ser utilizados en su comisión, que según ha señalado la jurisprudencia tienen el carácter de *numerus clausus*, de tal forma que no pueden extenderse por analogía ni aparecer descritos de forma inconcreta, porque precisamente lo que caracteriza al robo con fuerza en las cosas es la coordinación de dos acciones distintas que funcionan en una relación de **medio a fin**, éste —el fin— consiste en la apropiación de lo ajeno, aquél —el medio— en la utilización de alguno de los vehículos o circunstancias señaladas y concretadas en el art. 238, de tal manera que si falta el segundo elemento no se puede hablar de robo sino simplemente de hurto (1668/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 172077/2001]).

El art. 237 establece un requisito adicional al exigir que las modalidades típicas de fuerza se empleen específicamente para acceder al lugar donde las cosas se encuentren. El legislador ya no define el robo, diferenciándolo del hurto, mediante la exclusiva referencia al empleo de fuerza en las cosas —art. 514 CP 1973—, sino que concreta el significado instrumental de la utilización de la fuerza, exigible para que ésta tenga virtualidad jurídica a fin de convertir el apoderamiento en robo: posibilitar el acceso al lugar donde se encuentran, debidamente protegidas, las cosas muebles ajenas. En consecuencia sólo aquellas modalidades típicas de fuerza, encuadrables en lo prevenido en el art. 238 CP 1995, que sean utilizadas instrumentalmente en el sentido determinado por el art. 237, tienen relevancia jurídico-penal suficiente para transmutar la mera sustracción hurto en el delito más grave de robo (1030/1999, de 25 de junio [LA LEY 9252/1999]). La expresión «para acceder al lugar donde éstas se encuentran» significa que indistintamente el delito se comete empleando el instrumento como medio de acceso al continente o lugar mediato donde se encuentran las cosas muebles ajenas, o bien al concreto receptáculo comprendido en dicho continente provisto de su propio mecanismo de seguridad o cierre. Ello tampoco constituye ninguna novedad si tenemos en cuenta la doble función de las tarjetas de crédito —como llaves en sentido estricto que permiten acceder al continente donde se ubica el cajero y como instrumento que activa el funcionamiento de este último— y el entendimiento de la comisión del delito de robo tanto en un caso, acceso al lugar donde se encuentra el cajero, como en otro, apertura del mecanismo de funcionamiento del propio cajero, analogía evidente puesto que es indiferente que el sistema de apertura sea mecánico o electrónico. En síntesis, lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido (257/2000, de 18 de febrero [LA LEY 41407/2000]).

Se ha considerado que no existe fuerza en las cosas: en la manipulación de una cerradura con objeto no precisado sin causar daños (1668/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 172077/2001]); cuando no se describe con claridad la forma en que se entró en el recinto de la vivienda y en ésta (529/2002, de 23 de marzo [LA LEY 5008/2002]); en los casos de entrada a través de una ventana abierta sita en la planta baja sin constar la altura (648/1999, de 20 de abril [LA LEY 5630/1999])

o de una ventana a nivel de calle (24/1999, 18 de enero [LA LEY 2547/1999]); cuando se franquea un muro de un metro de altura (1615/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 198173/2001]).

Violencia e intimidación

A los efectos del robo, constituye violencia la acción de ímpetu o fuerza que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia natural a la desposesión de algo que le pertenezca; mientras que intimidación es el anuncio o conminación de un mal inmediato, grave y posible, susceptible de inspirar temor en el interlocutor (2366/2001, de 14 de diciembre [LA LEY 225596/2001]). La violencia y la intimidación suponen una conducta que por sí misma suponga una efectiva lesión de un bien jurídico eminentemente personal protegido por la norma penal. Dicha conducta debe ser relevante, jurídicamente típica, y ejercerse de forma incontestada, pues de mediar consentimiento la conducta carecería de la nota de relevancia penal, es decir, carecería de la entidad suficiente para limitar la voluntad del sujeto pasivo que la recibe y no ha de olvidarse que en el delito de robo la conducta violenta o intimidatoria va dirigida, precisamente, a vencer la voluntad del sujeto pasivo contrario al desapoderamiento de un bien mueble que le pertenece o detenta. La diferencia entre la violencia y la intimidación radica, precisamente, en que la primera consiste en la que se desarrolla para lesionar la capacidad de actuación del sujeto pasivo, en defensa del bien jurídico mueble bajo su ámbito de dominio, en tanto que la intimidación es aquella que se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende sustraer (373/2002, de 28 de febrero [LA LEY 4962/2002], citando la 554/1999, de 12 de abril [LA LEY 4456/1999] y 110/2002, de 29 de enero [LA LEY 23541/2002]). La 2442/1992, de 16 de noviembre y la 2395/1993, de 30 de octubre han considerado violencia a efecto del delito de robo la privación total del conocimiento suministrando narcóticos a la víctima. Y la 1332/2004, de 11 de noviembre [LA LEY 10181/2005] establece la misma doctrina cuando, aun no siendo total la privación del conocimiento producida por el suministro de narcóticos, la víctima queda inhabilitada para darse cuenta del alcance de sus actos.

Cuando se utiliza la violencia o la intimidación **antes de alcanzarse la consumación del delito de apoderamiento, como medio de conseguir la disponibilidad sobre los objetos** sustraídos, aun cuando el apoderamiento inicial se haya producido sin violencia ni intimidación, éstas se integran con el apoderamiento y transmutan el hurto en robo —572/1998, de 27 de abril, 725/1998, de 19 de mayo [LA LEY 6538/1998], 1041/1998, de 16 de septiembre [LA LEY 10006/1998], 281/1999, de 26 de febrero [LA LEY 4085/1999] y 190/2004, de 17 de febrero [LA LEY 1589417/2004], entre otras—. Asimismo, en el Pleno de 21 de enero de 2000 se adoptó como criterio jurisprudencial unificado el acuerdo de que la violencia física o intimidación ejercidas antes de la consumación delictiva, y como medio de conseguir el apoderamiento, integran el delito de robo violento, criterio aplicado en resoluciones posteriores —858/2000, de 22 de mayo [LA LEY 104297/2000], 914/2001, de 23 de mayo [LA LEY 6863/2001] y 2095/2002, de 28 de febrero [LA LEY 1785/2003], entre otras— (1122/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 137139/2003]). Y con posterioridad en la 234/2009, de 4 de marzo [LA LEY 14387/2009].

Por otra parte, la moderna doctrina jurisprudencial exige todavía otro requisito además de que la violencia o la intimidación surjan antes de la consumación, cual es el que afecta a la finalidad o intencionalidad del sujeto y que consiste en que esos actos de agresión física o de amenazas estén relacionados causalmente con la acción depredatoria, pues sólo la violencia o la intimidación que se ejerza con el fin de conseguir el apoderamiento convertirá en robo del art. 242 lo que, en principio, fuera un simple hurto o un robo con fuerza, pero no cuando esos actos se ejecutan exclusi-

vamente para la huida, como venganza o con cualquier otra finalidad diferente de la lucrativa, ya que en estos últimos supuestos se rompe la relación de causalidad —**de medio a fin**— entre los actos de violencia o intimidación y el apoderamiento, de manera que aquéllos habrán de ser calificados y sancionados separadamente, pero no calificarán el hecho como constitutivo del tipo penal previsto en el art. 242 CP (1122/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 137139/2003], 1637/2002, de 3 de octubre [LA LEY 10555/2003] y 1072/2000, de 13 de junio [LA LEY 8682/2000]).

Por último, se ha estimado que **no concurren** violencia o intimidación: si es preponderante la habilidad sobre la fuerza, por ser ésta apenas perceptible, pero sólo en los casos excepcionales en los que no existe un tirón propiamente dicho, es decir, el aislamiento violento del objeto, de modo que el hecho se realiza sin la voluntad del despojado —hurto— más que contra la voluntad del mismo —robo— (1935/2001, de 25 de octubre [LA LEY 190152/2001]); o cuando la entrega de la cosa tiene lugar por miedo puramente subjetivo y anímico del sujeto pasivo no provocado por una actitud amenazante del sujeto activo (1321/2001, de 4 de julio [LA LEY 8292/2001]).

Esta Sala se ha pronunciado a favor de la **compatibilidad de la circunstancia agravante de abuso de superioridad con el delito de robo con violencia**. Así, en la Sentencia de 21 de septiembre de 1998 se analiza la posición de la jurisprudencia y se expresa que tal doctrina no ha sido unánime sobre la aplicabilidad de tal circunstancia en el delito de robo violento o intimidatorio. Ya la Sentencia de 19 de diciembre de 1988 se hizo eco de esta cuestión, señalando las discrepancias en la cristalización jurisprudencial. Mientras determinadas resoluciones han señalado que el abuso de superioridad se encuentra ínsito en el robo con intimidación —ver Sentencias de 17 de junio de 1985, 7 de marzo de 1986 y 31 de marzo de 1987— otras han apreciado tal agravación —ver Sentencias de 23 y 28 de enero de 1986, 4 de noviembre de 1992, 23 de marzo y 30 de noviembre de 1994 y 5 de junio de 1995—. Esta última doctrina, más reciente, exige para ello la concurrencia de determinados requisitos: en primer lugar, que exista una situación de superioridad o lo que es lo mismo, un destacado desequilibrio de fuerzas a favor del agresor con respecto a la víctima, por cualquier circunstancia, medios empleados, concurrencia de personal, etc. Asimismo, que tal superioridad produzca una notable disminución de las posibilidades reactivas de defensa del ofendido, sin precisar su eliminación, pues ello nos conduciría a la alevosía, de la que el abuso de superioridad es sustancia menor o incompleta en cuanto al aseguramiento de la ejecución. Finalmente, que el agresor conozca tal situación de desequilibrio y la aproveche para la mayor facilitación en la realización de la infracción criminal (1630/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 1065/2004]).

Ánimo de lucro

El ánimo de lucro es un elemento del tipo subjetivo del delito de robo cuya existencia se obtiene a través de un razonamiento inferencial realizado sobre la base de datos objetivos previamente acreditados. El apoderamiento de un objeto de ajena pertenencia seguido de la incorporación más o menos duradera a la esfera de dominio del autor, permite afirmar racionalmente la existencia del ánimo de lucro que exige el tipo del art. 237 CP, siempre que no existan otras circunstancias de sentido contrapuesto (886/2005, de 5 de julio [LA LEY 13270/2005]). Cuando se trata de apoderamiento de cosas muebles ajenas que tienen un valor efectivo y concreto, como lo eran en el caso los pendientes de oro y la cadena de plata, en el mismo hecho del apoderamiento va implícito el ánimo de lucro, a no ser que consten otros móviles en contrario que lo desvirtúen de modo inequívoco. La devolución posterior, aunque sólo hubieran transcurrido unas horas desde la apropiación violenta, sólo puede afectar a la concurrencia de la circunstancia atenuante de reparación del

art. 21.6.^a CP con el carácter de muy cualificada (722/2005, de 6 de junio [LA LEY 12793/2005]). El ánimo de lucro propio del robo existe abstracción de que lo sustraído no responda a las expectativas que tenía el actor. Además, en el presente caso el robo está bien calificado como consumado si tenemos en cuenta que los efectos sustraídos —monedero con documentación personal y unas llaves— tenían en sí mismos una valoración económica, que aunque de limitada utilidad para el acusado, no por eso dejan de tener un valor económico (1441/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10694/2004]).

Formas de aparición

La jurisprudencia de esta Sala —349/2001, de 9 de marzo [LA LEY 4584/2001]— ha distinguido los distintos momentos que cabe apreciar en el apoderamiento del robo, o en el tomar las cosas ajenas del hurto: a) la *contrectatio* que supone el tocamiento o contacto con la cosa; b) la *aprehensio* o aprehensión de la cosa; c) la *ablatio*, que implica la separación de la cosa del lugar donde se halla; y d) la *illatio* que significa el traslado de la *res furtiva* a un lugar que permita la disponibilidad de la misma; llegando la jurisprudencia de esta Sala a la conclusión de que los delitos de apoderamiento, y entre ellos, por tanto, los robos violentos, quedan consumados cuando se alcanza la disponibilidad de las cosas sustraídas (1502/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 1000/2004]).

El delito de robo se consuma cuando el infractor ha tenido la libre disponibilidad —facultad propia y característica del dominio que se trata de adquirir— de la cosa mueble, siquiera sea de modo momentáneo, fugaz, o de breve duración (1502/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 1000/2004], 1150/2003 de 19 de septiembre [LA LEY 10879/2004]; 1122/2003, de 8 de septiembre [LA LEY 137139/2003] y 823/1999, de 27 de mayo [LA LEY 6429/1999], entre otras). Con base en esta doctrina cuando, pese a la aprehensión de la cosa por el sujeto, el mismo es sorprendido in fraganti o perseguido inmediatamente después de realizado el hecho, sin solución de continuidad, hasta darle alcance, sin que en ningún momento pudiera disponer de lo sustraído, ha de convenirse que en la perpetración del hecho no se ha traspasado el área característica de la tentativa acabada (1150/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 10879/2004], 823/1999, de 27 de mayo [LA LEY 6429/1999] y 1217/1997, de 10 de octubre [LA LEY 18/1998], entre otras). Ahora bien, el hecho de la inmediata persecución de los autores de la infracción por parte de la policía no significa, en modo alguno, que la misma se hubiera producido «sin perderles de vista», por lo que el delito se habría consumado (841/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 216115/2008]).

También se ha considerado que existe tentativa en los casos de: no obtención del dinero al no contenerlo la cartera (2170/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 203469/2001]); obtención de una cosa sin valor económico (166/2002, de 29 de mayo [LA LEY 102428/2002]).

Autoría y participación

Es autor quien suministra los instrumentos necesarios para la comisión de delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada (1856/2001, de 21 de septiembre).

Los actos de vigilancia son actos constitutivos de autoría criminal. Los actos de vigilancia desempeñada dentro de un plan conjunto, mientras se ejecuta materialmente por otros la sustracción integradora del robo, constituyen una aportación esencial en el dominio del hecho, que trasciende los límites de una mera cooperación no necesaria y se integra por ello en el ámbito de la autoría (2306/2001, de 3 de diciembre, 12/2001, de 19 de enero [LA LEY 18226/2001], citando

las de 26 de mayo de 1987 [LA LEY 12271-JF/0000], 2 de abril de 1990 [LA LEY 1791-2/1990], 8 de febrero de 1991 [LA LEY 1549/1991] y 29 de enero de 1992).

Se ha considerado cómplice a quien informa sobre la capacidad económica de la víctima, traslada a su vivienda a los autores y los recoge dos horas más tarde (415/2004, de 25 de marzo [LA LEY 12115/2004]).

La consumación por alguno de los autores del hecho, por existir decisión común entre todos, afecta a todos los partícipes, aunque alguno haya sido detenido antes de poder disponer de lo sustraído, logrando huir otros con determinadas cosas muebles, no siendo necesario que todos los que llevaron a cabo la sustracción lograsen apropiarse de las cosas objeto del robo (490/2007, de 7 de junio [LA LEY 51991/2007], con cita de la 1035/2001, de 4 de junio [LA LEY 7532/2001], y 1419/2002, de 29 de julio [LA LEY 7789/2002]).

Concursos

La jurisprudencia es reiterada **excluyendo** en los supuestos de **robos con violencia o intimidación** la calificación de **delito continuado**, puesto que dicho tipo penal implica el ataque a bienes eminentemente personales junto a otros de naturaleza patrimonial (372/2003, de 14 de marzo, citando, entre otras, la 1336/2000, de 20 de julio [LA LEY 9951/2000] y la 78/2000, de 31 de enero [LA LEY 5164/2000]).

Cuando el perjudicado entró en su casa no se había producido apoderamiento de cosa alguna, por lo que debe decirse que en aquel momento la ejecución del robo con fuerza en las cosas estaba todavía, técnicamente, en grado de tentativa y de tentativa inacabada. Fue precisamente entonces cuando la acusada, empujando a la víctima sobre un sillón y utilizando consiguientemente violencia, aunque de menor entidad, consiguió su propósito depredatorio y le arrebató la exigua suma de 850 ptas. A la vista de tales hechos, hay que optar entre un **delito de robo con fuerza en las cosas en casa habitada en grado de tentativa y un delito consumado de robo con violencia** de menor entidad, **curso de normas** a resolver, de acuerdo con la regla 4.^a del art. 8 CP, en favor del precepto penal más grave (799/2000, de 12 de mayo [LA LEY 122561/2000]). Se sanciona una sola infracción, pese a la duplicidad de modalidades sustractivas —violenta una y sin violencia la otra— bajo los argumentos de unidad de acción o progresión delictiva, cuando distintos actos, unificados en el tiempo y en el espacio, merecen una consideración jurídico-penal de carácter y naturaleza unitaria. La unidad del acto, si no se rompe espacial y temporalmente, obliga a calificar en una misma infracción supuestos distintos de apropiación patrimonial adquiriendo relevancia que el hacer intimidatorio sea único y que la voluntad del sujeto activo tiende sólo y, exclusivamente a la sustracción de bienes ajenos, postulando la absorción cuando los hechos que los fundamentan se han propiciado sin solución de continuidad, es de todo punto evidente porque el dolo criminal, la acción básica y el aprovechamiento ilícito devienen de un todo único (282/2008, de 22 de mayo [LA LEY 53329/2008], con cita de la 188/2003, de 14 de febrero [LA LEY 1998/2003], **3316/2001**, y la de 22 de octubre de 1991 [LA LEY 495/1992]).

En los casos en que, junto al robo con intimidación o violencia en las personas, aparece una privación de libertad de la víctima que podría encajar en el delito de **detención ilegal**, podemos distinguir varios supuestos para examinar cómo han de resolverse los problemas que se suscitan acerca de si hay un **curso de normas —art. 8 CP— o un concurso de delitos, real —art. 73 CP— o ideal —art. 77 CP—, según los casos.**

1.º El que podemos considerar ordinario, que parte de la concepción de que en todo delito de robo con violencia o intimidación en las personas hay siempre una privación de la libertad ambulatoria, consecuencia necesaria del acto de amenaza o de fuerza física que paraliza los movimientos de la víctima. Habría aquí concurso de normas, con particular aplicación de la regla de la absorción del número 3.º del art. 8 CP, porque el precepto más amplio o complejo —el robo— consume en su seno aquel otro más simple —la detención ilegal—. En este supuesto encajan no sólo los casos de comisión más o menos instantánea o breve del robo, sino también aquellos otros en que, por la mecánica de la comisión delictiva elegida por el autor, hay alguna prolongación temporal, de modo que también el traslado forzado de un lugar a otro de la víctima o de un rehén o su retención mientras se obtiene el objeto del delito se considera que forman parte de esa intimidación o violencia que se utiliza contra el sujeto pasivo. Si hay una coincidencia temporal entre el hecho de la obtención del elemento patrimonial y el de la privación de libertad ambulatoria, puede aplicarse esta regla de la absorción. En este grupo habría que incluir, en principio, los casos tan frecuentes de obtención de dinero con tarjeta de crédito mediante el traslado forzado de la víctima a un cajero automático.

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

3.º Por último, puede ocurrir que sí exista esa coincidencia temporal entre los dos delitos pues la detención se produce durante el episodio central del robo, es decir, mientras se están realizando las actividades necesarias para el apoderamiento de la cosa; pero ello durante un prolongado período de tiempo durante el cual simultáneamente se está produciendo el despojo patrimonial y el atentado a la libertad personal. Nos encontraríamos entonces ante un concurso ideal de delitos del art. 77 CP. Así se viene pronunciando esta Sala en casos de duración claramente excesiva, aunque hay que comprender la dificultad que existe para distinguir este supuesto del examinado en primer lugar (85/2009, de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009], 892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/], 1020/2007, de 29 de noviembre [LA LEY 202431/2007], 557/2007, de 21 de junio [LA LEY 52019/2007], 53/2005, de 26 de enero [LA LEY 869/2005], 875/2004, de 29 de junio [LA LEY 1839/2004], 372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003], 48/2003, de 23 de enero [LA LEY 1388/2003] y 1632/2002, de 9 de octubre [LA LEY 8009/2002]). En sentido análogo se pronuncia la 186/2004, de 12 de febrero [LA LEY 11898/2004].

Cuando con ocasión del **robo** se causan **lesiones** se produce un **concurso real** (1890/2002, de 13 de noviembre [LA LEY 777/2003]). Además, si se utilizan armas u otros medios peligrosos, ambos delitos —robo y lesiones— se aprecian en su modalidad agravada (2044/2002, de 3 de diciembre [LA LEY 1130/2003] y ATS de 20 de abril de 2001 [LA LEY 80575/2001]). Más recientemente se ha profundizado en la cuestión señalando que no toda violencia cometida en el apoderamiento de lo ajeno ha de quedar necesariamente subsumida en su medio comisivo: la violencia propia del robo es el acometimiento físico de carácter agresivo que constituya ejercicio de fuerza, en cuanto resulta precisa para el desapoderamiento. Ha de estar respecto a éste en relación funcional o instrumental como violencia necesaria para vencer la voluntad contraria de la víctima. Pero como en

la violencia física caben intensidades diferentes en posible graduación progresiva de la lesividad para la integridad física o para la vida, la violencia que excede de lo necesario para el logro del desapoderamiento o la ejercida en acción distinta o sin relación con éste, queda fuera del desvalor del robo del art. 242.1, y debe ser calificado con arreglo al tipo penal en que se subsuma. A ello se refiere el art. 242.1, cuando dispone que el culpable de robo con violencia o intimidación será castigado «sin perjuicio de lo que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase». La cuestión a resolver es determinar si el concurso a que el precepto da lugar es real, medial o ideal: a) La pluriofensividad misma del tipo penal del robo mediante violencia ya entraña lo propio de un concurso ideal, que está integrado en la estructura del tipo y, por lo mismo abarcado en su desvalor. De modo que será el exceso de la violencia que desborda la ya comprendida en el tipo lo que requiere tratamiento autónomo. b) El mecanismo del concurso medial o instrumental, apreciado en la Sentencia recurrida por una parte parece resolver este problema ya que presupone una diferenciación de hechos, que se da en la hipótesis que contemplamos en cuanto se diversifican resultados diferentes —apoderamiento violento y además lesiones— lo que permite hablar de hechos también distintos, dado que para la individualización de los hechos se ha de atender a la acción y también al resultado. Pero por otra parte esta solución del concurso medial presenta el inconveniente de que esa instrumentalización de un hecho respecto al otro, propia de este concurso, casa mal con la idea de la innecesariedad funcional o instrumental del exceso lesivo respecto al apoderamiento que ha de cometerse mediante la violencia necesaria. En efecto, la inclusión de toda la violencia en el plan del sujeto no basta para otorgarle carácter medial. La medialidad precisa una relación de necesidad instrumental objetiva, como ya señalara la S de 22 de mayo de 1993 [LA LEY 13253/1993], cuya doctrina ha sido reiterada en S de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 1390/2003], y repetimos ahora: «no basta tal relación de medio a fin en el propósito del sujeto activo, pues la ley exige que sea necesaria, esto es, que no obedezca a una mera conveniencia o mayor facilidad para cometer el delito, sino que haya una conexión instrumental de carácter objetivo, situada más allá del mero pensamiento o deseo del autor de los hechos para entrar en el ámbito de lo imprescindible según la forma en que realmente ocurrieron». En el caso del robo violento, las lesiones causadas por violencia superior a la que es necesaria para el apoderamiento, se sitúan fuera de la estructura del tipo de robo violento que no exige la causación de tales resultados. Por consiguiente no es predicable de ese exceso lesivo una instrumentalidad medial que sólo concurre objetivamente en la violencia que sea necesaria para el logro del ataque a la propiedad. c) Por ello se postula la solución del concurso real. A su favor un sector doctrinal argumenta: la dicción literal del precepto («sin perjuicio»); el que la consumación del acto violento y el apoderamiento recorran caminos separados, lo cual se ajusta más a la técnica del concurso real que del ideal; el que no todos los casos en los que concurre violencia o intimidación son medios necesarios para el apoderamiento; y por último las distorsiones penológicas que se producirían en caso de ocasionar varios resultados lesivos, pues la regla del concurso ideal no permite tenerlos a todos en cuenta. La S de 16 de mayo de 2005 [LA LEY 109495/2005] también señaló la dificultad que plantea un posible concurso ideal ya que exige que un solo hecho constituya dos o más infracciones, y es por ello inaplicable cuando se trata de dos hechos diferentes, aunque relacionados temporal y espacialmente, uno configurado por el ataque a la persona y el otro por el apoderamiento de sus bienes, constituyendo cada uno de ellos una realidad jurídica y además también una realidad física o natural independiente. El concurso medial se rechazó también en la citada Sentencia por no considerar la acción lesiva como medio necesario para el apoderamiento (201/2009, de 28 de febrero [LA LEY 8802/2009]). En sentido análogo dice la 141/2009, de 12 de febrero [LA LEY 2659/2009], que la violencia física causante de las lesiones tiene autonomía propia si se ha desarrollado adicional e innecesariamente por medio de una agresión física y debe ser penada independientemente sin conexión medial alguna.

El abuso de superioridad se ha considera integrante del robo con violencia en la 626/2002, de 11 de abril [LA LEY 224914/2002]. Pero cuando el atentado violento hubiese resultado manifiestamente innecesario, por excesivo, para el fin del despojo, en términos de experiencia corriente y a tenor de las circunstancias personales y de la posición de los sujetos, esa violencia sobreaundante no debe quedar impune y pasaría a constituir la circunstancia de agravación de abuso de superioridad (664/2002, de 11 de abril [LA LEY 4879/2002] y 85/2009, de 6 de febrero [LA LEY 2662/2009]).

Existe un **concurso real** con el delito de **robo con violencia o intimidación** cuando la violencia o intimidación desplegadas para una **agresión sexual** sirven, además, para el apoderamiento de objetos (396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008], 310/2007, de 2 de abril [LA LEY 14308/2007], 822/2005, de 23 de junio [LA LEY 2025035/2005], 722/2005, de 6 de junio [LA LEY 12793/2005] y 1313/2004, de 19 de noviembre [LA LEY 1859936/2004]).

Se vienen declarando **compatibles el robo con violencia o intimidación y el allanamiento de morada**, ya que ambas figuras delictivas protegen bienes distintos (144/2008, de 27 de febrero [LA LEY 31964/2008], 875/2004, de 29 de junio [LA LEY 1839/2004], 580/2003, de 21 de abril [LA LEY 73392/2003], 372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003] y 1634/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 1674/2002], entre otras). La 474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004], admite la posibilidad de un **concurso medial** entre el **allanamiento de morada** y el **robo con violencia o intimidación**.

La 179/2007, de 7 de marzo [LA LEY 10723/2007], se ha ocupado de un supuesto de **pluralidad de conexiones mediales encadenadas: un delito —allanamiento— es medio para cometer otro —robo—, que a su vez es medio de un tercero —detención ilegal de dos personas—**. La doctrina se encuentra dividida y señala como posibles tres opciones: 1.^a) aplicar el art. 77 tantas veces sean los nexos de medio a fin; 2.^a) un solo concurso medial en concurso real con el delito o delitos sobrantes (criterio aplicado en las SS de 13 de marzo [LA LEY 8666-JF/0000] y 2 de noviembre de 1984 [LA LEY 9307-JF/0000]) que se penarían con independencia; y 3.^a) todos los delitos en concurso medial (191/1995 de 14 de diciembre [LA LEY 1453/1996] con cita de la de 8 de julio de 1985 [LA LEY 10168-JF/0000]). Descartada la primera por cuanto presenta serias objeciones desde el principio *non bis in idem*, la posición que sostiene la aplicación del art. 77.1.2 a una de las conexiones mediales en concurso con el hecho delictivo sobrante trata de evitar el supuesto privilegio para el autor, sin embargo es contraria al sentido del precepto que quiere unificar aquellas infracciones que se encuentran en relación medio a fin de forma objetivamente necesaria. De igual manera que el inciso primero del art. 77.1 CP [LA LEY 3996/1995] no impide el concurso ideal cuando sean más de dos los tipos realizados por una única acción, tampoco debe excluirse la apreciación de una sola conexión medial en caso de que las plurales realizaciones típicas se encuentren relacionadas teológicamente. Ahora bien, esta solución en el caso concreto, debe ser corregida, por cuanto concurren dos delitos de detención ilegal, pues fueron dos los sujetos pasivos afectados en un bien tan individual y personalismo como es el de la libertad, de forma que cada ataque infligido a este derecho fundamental dará lugar a tantos delitos independientes y distintos como sean las personas afectadas, (1397/2003 de 16 de octubre [LA LEY 10673/2004], 788/2003, de 29 de mayo [LA LEY 2736/2003], y 1261/1997, de 15 de octubre [LA LEY 10709/1997]). Siendo así en el caso presente ambos delitos de detención ilegal estarían en relación de concurso medial con el delito de robo con violencia, acorde con la doctrina de esta Sala de la que son exponentes las Sentencias 1588/2005, de 16 de diciembre [LA LEY 10815/2006], 73/2005, de 31 de enero [LA LEY 11560/2005] y 452/2003, de 18 de marzo [LA

LEY 12710/2003], que declararon, en supuestos similares, que cuando los sujetos pasivos del delito de detención ilegal en relación medial con el robo son varios, dicho concurso lo es de cada delito de detención ilegal con un delito de robo, pero no de un único concurso medial integrado por los delitos de detención ilegal perpetrados como medio para cometer el delito de robo, como modalidad múltiple de un único concurso medial.

Diferencias con otros delitos

Cuando para la recuperación de lo propio, actuando fuera de las vías legales, se emplea violencia, el hecho es constitutivo de un delito de **realización arbitraria del propio derecho** del art. 455 del CP. Además dicho delito y el de robo no son heterogéneos (768/2008, de 21 de noviembre [LA LEY 189422/2008]).

Para que exista un delito de robo con intimidación lo decisivo es que la amenaza, sea de un mal presente o de un mal futuro, se haga para la entrega inmediata de la cosa. Por el contrario, estaríamos ante un delito de **amenazas** si la finalidad del acto fuera la entrega de la cosa en el futuro (650/2008, de 23 de octubre [LA LEY 169573/2008] con cita de la SS de 27 de octubre de 1982 [LA LEY 28851-NS/0000], 27 de junio de 1985 [LA LEY 62764-NS/0000] y 16 de enero de 1991 [LA LEY 32764-JF/0000]).

Artículo 238.

Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Escalamiento.

2.º Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana.

3.º Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo.

4.º Uso de llaves falsas.

5.º Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 239 y 248.

LECrím.: art. 328.

Escalamiento

Frente a la doctrina tradicional que estimaba escalamientos a la llegada al alcance de las cosas que se pretendían sustraer por una vía insólita o desacostumbrada, distinta del acceso natural —1975/1992, de 22 de septiembre [LA LEY 1811-5/1993] y 2315/1992, de 28 de octubre [LA LEY 15084-R/1993], entre otras—, una nueva doctrina manifestada, entre otras, en las Senten-

cias de 20-3-1990 [LA LEY 1671-2/1990], 661/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13129/1993], 586/1999, de 15 de marzo y 368/2000, de 10 de marzo [LA LEY 5537/2000], no consideró calificador de robo el escalamiento de salida o huida, y en cuanto al escalamiento de entrada estimó que supone la utilización de un lugar no destinado para la entrada, y además, el empleo de un esfuerzo o destreza de cierta importancia, el despliegue de una energía criminal de cierta entidad, para el acceso al lugar desde se hallan los objetos que se pretenden sustraer (1615/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 198173/2001], 933/2001, de 23 de mayo [LA LEY 6142/2001] y ATS 1441/2001, de 29 de junio, entre otras).

El escalamiento implica una acción o conducta equiparada en la tipología del art. 238 a la fuerza, significando el despliegue de una energía similar. El acceso al lugar de los hechos a través de una vía no destinada a ello por su dueño debe implicar, pues, un esfuerzo físico de cierta significación, necesario para quebrantar la defensa de la propiedad desplegada por el titular del inmueble de que se trate, pues si no fuese así podría suscitarse la existencia del tipo del art. 234 CP (852/2002, de 16 de mayo [LA LEY 7309/2002]).

Reiterada jurisprudencia ha venido marcando una definida tendencia a rechazar cualquier interpretación extensiva, no estrictamente normativa, de una circunstancia cuyos efectos agravatorios sobre la calificación jurídica del hecho son evidentes. No sólo se debe tener un concepto extremadamente preciso de esta circunstancia —escalamiento—, sino que debe estar perfectamente acreditado que se ha utilizado una energía criminal, tendente a superar las barreras protectoras para la defensa no sólo de la intimidad de los recintos de las viviendas, sino también de elementos arquitectónicos que tratan de canalizar el acceso por las vías normales utilizadas para tener acceso a una vivienda (529/2002, de 23 de marzo [LA LEY 5008/2002]).

Se ha considerado que no existe escalamiento en los siguientes casos: saltar un muro de más de un metro (712/2001, de 30 de abril [LA LEY 6672/2001]), si bien la 1665/2002, de 11 de octubre [LA LEY 1054/2003] consideró escalamiento saltar una valla de un metro y medio; cuando no se describe la destreza o el esfuerzo físico realizado (648/1999, de 20 de abril [LA LEY 5630/1999]); entrar en recinto de empresa por agujero ya existente en valla metálica (24/1999, de 18 de enero [LA LEY 2547/1999]).

Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana

Por fractura ha de entenderse romper o quebrantar con esfuerzo el mecanismo de cierre de puertas o ventanas. El empleo de utensilios que actúan a modo de palanca para multiplicar la eficacia del esfuerzo humano, facilitando así la superación del mecanismo de cierre de una puerta o ventana, integra claramente la fuerza típica prevenida en el tipo, pues en definitiva se trata de un supuesto de aplicación de fuerza para violentar el funcionamiento ordinario del sistema de cerramiento, aun cuando no se ocasionen desperfectos definitivos (143/2001, de 7 de febrero [LA LEY 3857/2001]).

Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea en el lugar del robo o fuera del mismo

Los términos rompimiento, fractura y quebrantamiento, son sinónimos, en su significación, a la de violentar una cosa con esfuerzo o dejarla fuera de función mediante la fuerza ejercitada sobre ella y no comprende sólo el rompimiento o fractura de puerta o ventana sino que abarca a las

cerraduras en cualquiera de sus elementos, cerrojos, picaportes, aldabas, fallebas, candados y sus anillas de sujeción, cadenas de seguridad o a cualquier mecanismo de cierre o seguridad ya sean mecánicos, eléctricos o electrónicos, en cuanto que el término forzar o el de fuerza equivale a vencer los obstáculos que los propietarios suelen poner para la defensa o protección de sus bienes (ATS 13 de julio de 1999, citando S de 8 de febrero de 1991 [LA LEY 1551/1991]).

Uso de llaves falsas

Ver jurisprudencia del art. 239.

Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda

Quedan excluidos de la sanción como robo aquellos supuestos en que la inutilización de los sistemas de alarma o guarda no se haya realizado para acceder al lugar donde las cosas se encuentren (1130/1999, de 25 de junio [LA LEY 9252/1999]).

Artículo 239.

Se considerarán llaves falsas:

1.º Las ganzúas u otros instrumentos análogos.

2.º Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal.

3.º Cualesquiera otras que no sean las destinadas por el propietario para abrir la cerradura violentada por el reo.

A los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 238 y 248.

La jurisprudencia ha consolidado un concepto jurídico relevante desde la perspectiva del delito de robo a lo largo del tiempo por lo que hace al entendimiento de la expresión normativa llave falsa que, a su vez, el propio legislador de 1995 expresa en el hoy art. 239 CP, antes 510, ampliando los supuestos de la consideración legal del instrumento referido. Así, la de 5 de noviembre de 1987 [LA LEY 53218-JF/0000] se refiere en relación al antiguo 504.4, «uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes», a haber sido interpretado por la doctrina de esta Sala en el sentido de que el empleo de cualquier instrumento, distinto de la llave legítima, que resulte idóneo para abrir una puerta cerrada, se constituye en medio de fuerza que convierte en delito de robo la sustracción de la cosa mueble ajena, lo que quiere decir que la semejanza exigible entre las llaves falsas y ganzúas y cualquier otro instrumento es de índole meramente funcional y no morfológico, bastando que el instrumento en la práctica sea apto para accionar un mecanismo de cierre de una puerta dejando abierto y expedito lo que previamente estaba cerrado. Las de 6

de marzo de 1989 [LA LEY 11807-R/1989] y 27 de febrero de 1990 [LA LEY 30973-JF/0000] inciden en que el concepto de llaves falsas no se corresponde con el significado vulgar y usual de la misma, sino que es eminentemente funcional. La de 20 de septiembre de 1990, tratándose del supuesto tan debatido en su momento de las tarjetas bancarias o de crédito, incide en lo anterior, haciendo especial hincapié en que dicha funcionalidad, que permite entender como llaves las referidas tarjetas, lo que no agravia el principio de legalidad porque no existe una extensión analógica de llave superadora del art. 25 CE, sino una simple aplicación analógica expresamente autorizada en el Texto penal bajo la fórmula legal de enumerar o mencionar previamente algunos medios concretos, de suerte que el juicio de semejanza o analogía no queda entregado a la libre valoración del Tribunal, lo que es relevante como después veremos. La de 8 de mayo de 1992 [LA LEY 2053/1992] que se ocupa extensamente de la cuestión en relación también especialmente con las tarjetas y la doble función de las mismas como llaves en sentido estricto que permiten acceder al continente donde se ubica el cajero y como instrumento que activa el funcionamiento de este último. También la 367/1996, de 25 de abril [LA LEY 6292/1996], y, por último, la 427/1999, de 16 de marzo [LA LEY 3587/1999], que compendia la anterior doctrina al respecto también en un caso de tarjetas magnéticas, afirmando, a los efectos del delito de robo, que la llave no tiene que ser un instrumento metálico o compuesto de un material determinado, como dice la definición primera que nos ofrece al respecto el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, pudiendo ser de cualquier material y cualquiera que sea el mecanismo de apertura o cierre, exigiéndose simplemente que sirva para abrir o cerrar tal mecanismo sin producir rotura, con cuya utilización conforme a su propio destino se logra acceder al lugar o al interior del objeto donde se encuentra la cosa mueble que se sustrae. Después de la entrada en vigor del CP 1995, el último párrafo del nuevo art. 239 equipara a llaves por asimilación legal las tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia (257/2000, de 18 de febrero [LA LEY 41407/2000]).

Ganzúas u otros instrumentos análogos

El artificio empleado, a efectos de respetar el principio de legalidad, deberá ser incluido en la asimilación legal del número 1.º del art. 239 CP, que se refiere a las ganzúas u otros instrumentos análogos, y habida cuenta que se trata de un tipo cerrado dicha analogía deberá serlo en relación con el artificio descrito por el propio legislador. El Diccionario de la RAE explica el sustantivo ganzúa en primer lugar como «alambre fuerte y doblado por una punta, a modo de garfio, con que, a falta de llave, pueden correrse los pestillos de las cerraduras», de forma que cualquier artificio que funcionalmente pueda servir para dicha finalidad debe ser reconducido a la cualidad de instrumento análogo previsto por el legislador. Por todo lo cual se considera instrumento análogo a la ganzúa, una moneda unida a un hilo muy fino y papel de celofán que permite liberar, abriéndolo, el mecanismo de una máquina expendedora de tabaco, obtener éste y la devolución del cambio, recuperando la moneda (257/2000, de 18 de febrero [LA LEY 41407/2000]).

Las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal

El art. 238 CP incluye en los supuestos de fuerza típica el uso de llaves falsas y el número 2.º del art. 239 del mismo texto legal considera llave falsa las llaves legítimas perdidas por el propietario u obtenidas por un medio que constituya infracción penal. La jurisprudencia entendió por llave falsa los supuestos de uso de la llave legítima cuando no se está autorizado, incluido los casos de sustracción de llaves olvidadas y extraviadas —SS de 27 de mayo de 1985 [LA LEY

61492-NS/0000], 26 de marzo de 1982 [LA LEY 21390-NS/0000] y 1 de julio de 1981 [LA LEY 12870-NS/0000]— a pesar de que el texto legal se refería exclusivamente a «las llaves legítimas sustraídas al propietario». Otras Sentencias, como es exponente la de 22 de diciembre de 1997 [LA LEY 389/1998], han venido entendiendo que la palabra «sustraídas» se ha identificado con el desapoderamiento previo de las llaves de que se hace objeto a su dueño con una cierta carga, al menos, intencional o dolosa. Y en la 635/1997, de 27 de junio [LA LEY 7883/1997] se dice que cuando el precepto habla de llaves «obtenidas por un medio que constituya infracción penal» ha de entenderse los casos de robo, hurto, retención indebida, acción engañosa o, en definitiva, por un medio que constituya infracción penal, entre lo que incluye la apropiación indebida, comprendiendo tanto a los delitos como a las faltas (ATS de 10 de octubre de 2001, 1313/2001, de 25 de junio [LA LEY 6463/2001] y 190/2000, de 7 de febrero [LA LEY 3994/2000]). Dentro del concepto de infracción penal se comprende tanto a los delitos como a las faltas, y el hecho de retener indebidamente una llave sin devolverla a su legítimo dueño queda tipificada como una falta de apropiación indebida del art. 623.4 CP (635/1997, de 27 de junio [LA LEY 7883/1997]).

Si no consta cómo han sido obtenidas las llaves, dicha falta de convicción no puede ser sustituida por una presunción contraria al reo (1395/1998, de 17 de noviembre [LA LEY 299/1999]).

Tarjetas, magnéticas o perforadas, y los mandos o instrumentos de apertura a distancia

Ya antes de la introducción del párrafo último del art. 239 CP vigente, esta Sala venía atribuyendo el carácter de llave falsa a las tarjetas magnéticas que permiten, al igual que las tradicionales llaves metálicas, la apertura sin romperlo de un mecanismo que permite acceder al lugar donde se guarda el objeto mueble que se sustrae. No cabe duda de que tras la inclusión expresa de las **tarjetas magnéticas o perforadas** en el texto legal se las ha de considerar **llaves**, y se habrán de considerar falsas, a efectos de entender cometido un delito de robo con fuerza en las cosas, cuando, como dice el número 2.º del repetido art. 239, la tarjeta sea la llave legítima del propietario que han sido obtenidas por quien luego la utiliza mediante un medio que constituya infracción penal (1656/2001, de 26 de septiembre [LA LEY 27/2002], citando las 1658/1998, de 22 de diciembre [LA LEY 1261/1999] y 666/1999, 29 de abril [LA LEY 8885/1999]). Ahora bien, el nuevo art. 237, frente al 500 CP 1973 añade la expresión, cuando se trata de robo con fuerza en las cosas, «para acceder al lugar donde éstas se encuentran», y ello significa que indistintamente el delito se comete empleando el instrumento como medio de acceso al continente o lugar mediato donde se encuentran las cosas muebles ajenas, o bien al concreto receptáculo comprendido en dicho continente provisto de su propio mecanismo de seguridad o cierre. Así, la comisión del **delito de robo tanto en el caso de acceso al lugar donde se encuentra el cajero, como en el de apertura del mecanismo de funcionamiento del propio cajero**, analogía evidente, puesto que es indiferente que el sistema de apertura sea mecánico o electrónico. En síntesis, lo esencial es la posibilidad de liberar un mecanismo cerrado en principio que preserva el depósito y libre disposición de los bienes muebles de que se trate, sin que ello signifique la necesidad de la previa apertura de la caja o mueble donde dicho mecanismo está alojado, mediante la utilización de un artificio o instrumento que funcionalmente sea idóneo para ello, quebrantando de esta forma el dispositivo de seguridad establecido (1313/2001, de 25 de junio [LA LEY 6463/2001]). En consecuencia, es reiterada la jurisprudencia, anterior y posterior a la entrada en vigor del CP 1995, que subsume en el delito de robo con fuerza en las cosas los apoderamientos de dinero utilizando tarjetas de crédito de las que se conoce el número secreto que permite el acceso a los fondos depositados —1658/1998, de 22 de diciembre [LA LEY 1261/1999], 427/1999, de 16 de marzo [LA LEY 3587/1999], 666/1999,

de 29 de abril [LA LEY 8885/1999] y 35/2004, de 22 de enero [LA LEY 632/2004]—. Y es que, en efecto, el apoderamiento dinerario a través de la introducción en el cajero automático de una entidad bancaria, cualquiera que sea el lugar de su ubicación conociéndose el número secreto constituye un delito de robo fuera ya de su conexión con la sustracción inicial de la tarjeta, porque tiene lugar el apoderamiento de una cosa mueble sin la voluntad de su dueño mediante el uso de una llave falsa, dado que la tarjeta magnética obtenida según se declara probado tiene la consideración de llave falsa. Así, **no existe colisión de normas entre los artículos que tipifican el delito de robo con fuerza en las cosas y la estafa del art. 248.2**. El art. 248.2 CP exige en su redacción la realización de actos de manipulación informática o artificio semejante, elemento de la acción que no concurre cuando lo que se realiza es un apoderamiento de dinero mediante el empleo de una tarjeta válida y el número secreto correspondiente, sin ninguna manipulación informática sino el empleo de una llave, art. 239, último párrafo, sustraída a su titular (2016/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 3212/2001] y 666/1999, de 29 de abril [LA LEY 8885/1999]). En definitiva, con relación al nuevo art. 248.2 CP 1995 hay que entender que dicho fraude informático no contempla la sustracción de dinero a través de la utilización no autorizada de tarjetas magnéticas sobre los denominados cajeros automáticos, porque la dinámica comisiva no aparece alejada de la clásica de apoderamiento, aunque presenta la peculiaridad de la exigencia del uso de la tarjeta magnética para poder acceder al objeto material del delito. Constituye así este supuesto una mera sustracción de dinero mediante la utilización por un tercero del específico medio de acceso del propietario del mismo, pero no alcanza a la conducta igualmente delictiva de transferencia de activos patrimoniales mediante la manipulación informática. No supone por ello el uso de la tarjeta por el no titular la «manipulación informática» o artificio semejante que requiere el precepto al no concurrir en supuestos de utilización de tarjeta legítima, encontrada o sustraída a sus titulares (427/1999, de 16 de marzo [LA LEY 3587/1999]). Sin embargo, la anterior doctrina ha sido rectificada en el sentido de apreciar la existencia del delito de estafa informática cuando se utilizan en cajeros tarjetas de crédito ilegítimamente obtenidas (1476/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 397/2005], 185/2006, de 24 de febrero [LA LEY 19971/2006], 692/2006, de 26 de junio [LA LEY 70367/2006], y 39/2007, de 9 de mayo [LA LEY 23131/2007]).

Por último, si bien la tarjeta es asimilada, en efecto, a la llave falsa, según el párrafo segundo del art. 239 CP, tal asimilación se refiere a los supuestos de apoderamiento de cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar en que éstas se encuentran, que integran el delito de robo de art. 237 CP. Sin embargo, cuando se trata del **uso de tarjetas en comercios**, lo que se producen son unas **conductas defraudatorias**, necesitadas del concurso de quien presta el servicio o pone a disposición del autor los bienes con los que éste ilícitamente se enriquece y, por supuesto, sin empleo alguno de fuerza para acceder al lugar en que se ubican tales bienes objeto de apropiación, como acontece en las hipótesis de apertura de locales cerrados, cajas de seguridad, cajeros automáticos, etc., que son para las que la norma lleva a cabo la referida asimilación entre llave falsa y tarjeta, sobre la base de la funcionalidad de ésta para franquear el acceso a los lugares cerrados ya referidos (948/2002, de 8 de julio [LA LEY 7710/2002]).

Artículo 240.

El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 237 y 268.

Artículo 241.

1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en el art. 235, o el robo se cometa en casa habitada, edificio o local abiertos al público o en cualquiera de sus dependencias.

2. Se considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar.

3. Se consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 235 y 268.

Aspectos generales

La agravante de casa habitada se ha previsto en el CP 1995, para el robo con fuerza en las cosas, en el art. 241, y no para el robo con violencia e intimidación (372/2003, de 14 de marzo [LA LEY 1653/2003] y 1634/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 1674/2002]).

Es de aplicación a los casos en que se sustrae una caja de caudales sin fuerza y luego, fuera ya del domicilio, se fractura la caja para hacerse con su contenido (1658/1998, de 22 de diciembre [LA LEY 1261/1999], con cita de la de 19 de enero de 1998 [LA LEY 1410/1998]).

Casa habitada

El **fundamento de la agravación** que radica en la lesión a la intimidad personal o familiar —564/1995, de 7 de abril [LA LEY 16837-R/1995]— y en el incremento de riesgo que supone su realización en una vivienda a la que pueden concurrir, en cualquier momento, sus moradores con el consiguiente riesgo a bienes jurídicos de carácter personal. Ese fundamento es de aplicación a las **casas de temporada** que puedan ser ocupadas en cualquier momento y en las que el ataque a la intimidad personal o familiar subsiste pese a que los autores se hubieran cerciorado de la imposibilidad de su ocupación por los moradores. Así lo hemos declarado reiteradamente, por todas 629/1998, de 6 de mayo [LA LEY 6072/1998] (1272/2001, de 28 de junio [LA LEY 7867/2001]). En efecto, el concepto de casa habitada no debe ser entendido como domicilio de una persona (63/2001, de 23 de enero [LA LEY 3559/2001]). También han considerado que concurre la agravante de casa habitada en los supuestos de segundas viviendas o casas de temporada la 1723/2000, de 10 noviembre [LA LEY 2245/2001] y el ATS de 1 de marzo de 2000. Sin embargo, ha sido inaplicada la agravante en el caso de intento de entrada en masía al no poder

afirmarse que el cuidador de la misma viviese en ella (1961/2001, de 23 de octubre [LA LEY 1813/2002]).

La **autocaravana**, durante su ocupación por su titular, debe ser considerada como casa habitada en el sentido de este artículo, cuando reúna todas las características de una morada habitual (36/2002, de 25 de enero [LA LEY 3695/2002] y 419/2000, de 17 de marzo [LA LEY 4988/2000]). Por el contrario, no ha sido considerada tal cuando no hay constancia en la causa de indicios probados que permitieran afirmar que el vehículo objeto de robo constituyera la morada de su propietaria (106/2003, de 1 de febrero [LA LEY 12405/2003]).

Edificio o local abierto al público

Una doctrina muy reiterada, que se inicia con un acuerdo adoptado en un pleno de la Sala Segunda celebrado el 22 de mayo de 1997 y recogida en múltiples Sentencias, particularmente la 729/1998, de 22 de mayo [LA LEY 6599/1998], que hace un estudio profundo del tema, en virtud de la cual, para que pueda aplicarse este tipo de robo con fuerza en las cosas cualificado por haberse cometido en edificio o local abierto al público o en cualquiera de sus dependencias, es necesario, no sólo que se trate de lugar destinado a una actividad que se desarrolla con puertas abiertas para que pueda entrar quien lo desee, sino que efectivamente en el momento concreto del hecho delictivo se encuentre abierto, de modo que en aquellas horas o días en que se halle cerrado no cabe aplicar esta norma. Y ello porque, conforme al principio de legalidad, no caben interpretaciones extensivas que se producirían si se apreciara esta agravación cuando el local de hecho no está abierto al público sino cerrado por la razón que sea (1506/2001, de 20 de julio [LA LEY 7761/2001], con cita de numerosísimas Sentencias anteriores).

Dependencias de casa habitada

La jurisprudencia viene considerando el **trastero** como dependencia de casa habitada, diferenciando la distinta protección del domicilio desde la perspectiva del derecho constitucional, derecho a su inviolabilidad, y desde el ordenamiento penal, que se extiende a sus dependencias —204/1999, de 12 de febrero [LA LEY 2703/1999]—. En este sentido, la 953/1996, de 4 de marzo de 1997 [LA LEY 4394/1997], reconociendo que el trastero no constituye un domicilio especialmente protegido constitucional —art. 18 CE— y legalmente —arts. 545 y siguientes LECrim.—, afirma que sí es accesorio en el sentido jurídico-civil o dependencia de casa habitada especialmente primada en la protección penal; en el primer caso, por conceptos de funcionalidad e incluso de unidad jurídica inmobiliaria, y en el segundo, porque por su cercanía existe el mismo fundamento —peligrosidad— que en la protección de la propia casa habitada. Añadiendo que el trastero es un espacio que forma una unidad física con las viviendas sitas en el edificio, que esté en comunicación interior con ellas, y que incluso es susceptible de ser habitado en algún momento, con lo que cumple los requisitos previstos en el art. 241.3 CP (1380/2000, de 11 de septiembre [LA LEY 4178/2001]).

También se consideran dependencias de casa habitada las terrazas o balcones, tanto por ser contiguos al edificio y en comunicación interior con él como por formar una unidad física con la propia vivienda, ya que, cuando existen tales terrazas, son parte integrante de los pisos, tienen comunicación propia, no son accesibles sino mediante la entrada a la vivienda y a través de una de sus habitaciones, y se reseñan registralmente como parte de un piso o finca, habiendo, incluso, la jurisprudencia de esta Sala considerado como tales dependencias los **garajes**, cuando no son

de libre acceso, sino de limitada entrada (729/2000, de 24 de abril [LA LEY 6992/2000], citando la 565/1998, de 28 de abril [LA LEY 6398/1998]).

Y, en fin, se ha considerado que se trataba de una dependencia de casa habitada, con comunicación interna y formando una unidad física, el **bar** de un recinto cerrado y custodiado, como es el **cuartel** de artillería, en cuyo interior existen diversas dependencias, entre ellas, además de los bares donde ocurrieron los hechos, dormitorios (112/2000, de 26 de enero [LA LEY 23800/2000]).

Concursos

Se ha apreciado **delito continuado de robo con fuerza en las cosas con la agravante específica de casa habitada** en un supuesto de un primer robo en el que ha existido fuerza sobre la cerradura de acceso al interior de una vivienda, seguido de otro en almacén o caseta que no tiene la condición de casa habitada, lo que favorece a los autores, ya que su escisión llevaría a una pena mayor (1568/2000, de 16 de octubre [LA LEY 822/2001]).

Artículo 242.

1. El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años, sin perjuicio de la que pudiera corresponder a los actos de violencia física que realizase.

2. La pena se impondrá en su mitad superior cuando el delincuente hiciere uso de las armas u otros medios igualmente peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida y cuando el reo atacare a los que acudiesen en auxilio de la víctima o a los que le persiguieren.

3. En atención a la menor entidad de la violencia o intimidación ejercidas y valorando además las restantes circunstancias del hecho, podrá imponerse la pena inferior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 73, 77, 148, 237 y 563 y ss.

Uso de armas u otros medios igualmente peligrosos

El tipo agravado derivado del empleo de medios peligrosos responde, desde su estructura típica, a la agravación del mayor peligro que para la vida y la integridad del sujeto pasivo que recibe la intimidación o la violencia dirigida al desapoderamiento. El **presupuesto de la agravación** lo integra tanto la llevanza de armas como otros medios igualmente peligrosos. El concepto de arma no es un elemento puramente normativo a completar con el Reglamento de Armas, como así ocurre en otros tipos penales. En su determinación hemos partido del mencionado Reglamento y de una concepción sociológica que permite la consideración de arma a todo instrumento capaz de hacer expulsar proyectiles susceptibles de producir una lesión. El que deba entenderse por arma, a los efectos del subtipo agravado en el delito de robo con intimidación, habrá que analizarlo desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, como dijimos el riesgo para la vida y la integridad física

en un delito de robo. En este supuesto, los proyectiles susceptibles de ser disparados con la pistola tienen una capacidad lesiva considerable, incluso mortal, que permiten su integración en el tipo que agrava el delito de robo con intimidación. El **concepto de medio peligroso** requiere su determinación jurisprudencial partiendo del término «igualmente» que se contiene en el tipo, de lo que resulta que ese medio peligroso, al igual que el arma, debe tener una potencialidad lesiva a bienes jurídicos susceptibles de agresión. En esa determinación jurisprudencial esta Sala llegó a declarar la condición de medio peligroso a las pistolas simuladas con apariencia de reales, acentuando el fundamento subjetivo de la agravación por la intensidad de la intimidación, criterio ya abandonado, con acierto, al destacar que por aparentes que fueran no pueden desencadenar nunca el peligro efectivo de lesión que la fundamenta —5 febrero 1988 [LA LEY 1080-2/1988]—. En la de 6 noviembre 1990 [LA LEY 32593-JF/0000] se proporcionó un nuevo concepto de medio peligroso como todo instrumento que tiene un poder mortífero o vulnerante, potenciando, aumentando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intervención de su portador. Es decir, el medio peligroso debe serlo objetivamente como refuerzo de una finalidad perseguida. La más reciente jurisprudencia de esta Sala —417/1999, de 16 marzo [LA LEY 4473/1999] y 1401/1999, de 8 febrero 2000 [LA LEY 32202/2000]— nos indica que la agravación por el medio peligroso y el arma supone el empleo de un instrumento susceptible de aumentar o potenciar la capacidad agresiva del autor del desapoderamiento creando un mayor riesgo al atacado con mengua efectiva de su capacidad de defenderse. El arma o medio peligroso debe ser un instrumento objetivamente peligroso susceptible de producir daño a la vida, a la integridad o a la salud del sujeto que recibe la intimidación, aumentando el riesgo y la capacidad agresiva del autor al tiempo que trata de impedir las posibilidades de defensa del perjudicado y de actuar una voluntad contraria al desapoderamiento. Destacamos, por lo tanto, las características de las armas y de los medios peligrosos derivadas de: a) su naturaleza objetiva, pues el medio, por sí mismo, debe serlo, lo que nos permite descartar aquellos instrumentos que aunque generen temor o miedo, objetivamente no lo son; b) su empleo, y dentro de este término cabe la llevanza, pues debe crear o potenciar una situación de riesgo para la vida, la integridad y la salud; y c) su utilización debe estar dirigida, de medio a fin, al desapoderamiento de un bien mueble, pues la violencia o intimidación típica es instrumental al delito de robo y con su empleo debe constreñirse la voluntad del sujeto pasivo al desapoderamiento (1455/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 10198/2003]).

La **exhibición** de armas con clara finalidad intimidatoria **equivale al uso** agravado que contempla el apartado 2 del art. 242 CP 1995 (445/2003, de 1 de septiembre [LA LEY 134815/2003], citando 645/1998, de 13 de mayo, 719/1998, de 25 de mayo [LA LEY 6911/1998], 869/1998, de 24 de junio, 1281/1998, de 28 de octubre [LA LEY 417/1999], 239/1999, de 22 de febrero [LA LEY 3161/1999], 289/1999, de 24 de febrero [LA LEY 3017/1999] y 355/2000, de 28 de febrero [LA LEY 5808/2000]).

En los supuestos de uso de **armas o instrumentos peligrosos no portados por el sujeto, sino cogidos *in situ*, no es apreciable la agravante** específica prevista actualmente en el apartado 2 del art. 242 CP 1995 —1336/1997, de 31 de octubre [LA LEY 10720/1997], 1047/1998, de 29 de septiembre y 1335/1998, de 4 de noviembre [LA LEY 682/1999]—, y se justifica la exclusión de la agravación por respeto al principio de legalidad y a los términos del art. 4.1 CP 1995, que obliga a no aplicar las Leyes penales a casos distintos que los comprendidos expresamente en ellas, y teniendo en cuenta que el término llevar significa gramaticalmente transportar, conducir una cosa de un sitio a otro, en la primera de las múltiples acepciones registradas en el Diccionario de la RAE. Pero además se considera por la jurisprudencia justificada la limitación de la

agravación a los supuestos en que el arma se llevase al lugar del robo por la mayor peligrosidad, y por ende, mayor antijuridicidad, que supone el portar o poseer de antemano los instrumentos peligrosos —1336/1997, de 31 de octubre [LA LEY 10720/1997]— (517/2002, de 18 de marzo [LA LEY 5000/2002] y 824/2002, de 13 de mayo [LA LEY 91456/2002]). En el mismo sentido, la 771/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 189419/2008] y la 557/2007, de 21 de junio [LA LEY 52019/2007], con cita esta última de la 1768/2003, de 2 de enero de 2004 [LA LEY 1004/2004], la 1279/2002 de 4 de julio [LA LEY 376/2003] y el **Acuerdo en Junta General de 9 de febrero de 2001**, precisan que el subtipo agravado del art. 242.2 exige que el acusado lleve el arma desde un momento anterior al momento en que ejecuta el delito. Ahora bien, la 1572/2003, de 25 de noviembre [LA LEY 1034/2004] ha matizado que cuando el delincuente toma los medios peligrosos *in situ*, como una incidencia más en los actos de despojo, sin que instantes antes de cometerlos hubiere proyectado hacer uso de los mismos, no operará la cualificación. Pero, cuando antes de cometer el hecho el delincuente consigue estos medios, incluso *in situ*, y se sirve de ellos en la ejecución del acto apoderativo proyectado como formando parte del desarrollo secuencial del mismo, también debe alcanzar la agravación.

La jurisprudencia viene entendiendo, al aplicar este precepto, que por **arma** han de entenderse tanto las armas de fuego (esto es, las que pueden propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora), como las armas blancas (puñales, cuchillos, navajas, hachas, etc.); precisando que, cuando de armas de fuego se trate, es menester para la aplicación de este subtipo que se puedan disparar proyectiles con ellas, y que, por tanto, no puede agravar el delito de robo el uso de pistolas simuladas, si bien, cuando se conocen las características de los materiales con que estén fabricadas pueden llegar a considerarse —a los efectos de la aplicación de este subtipo agravado— como medio o instrumento peligroso (32/2008, de 24 de enero, [LA LEY 12939/2008] con las SS de 11 de junio de 1997 [LA LEY 7350/1997], 13 de febrero [LA LEY 2731/1998], 21 de abril [LA LEY 5750/1998] y 22 de octubre de 1998 [LA LEY 561/1999]). Entre otros, **se han considerado armas o medios peligrosos**: las botellas de cristal (417/1999, de 16 marzo [LA LEY 4473/1999]); el gas mostacilla (1031/1998, de 22 septiembre [LA LEY 10443/1998]); la pistola inutilizada para disparar, pero que tiene la condición de objeto contundente (1455/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 10198/2003]); la pistola de fogeo peligrosa en la utilización a corta distancia (329/2002, de 27 de febrero [LA LEY 4986/2002]); un cúter (96/2003, de 31 de enero [LA LEY 1779/2003]); un ciclomotor (1595/2002, de 3 de octubre [LA LEY 162517/2002]); un vaso (1572/2003, de 25 de noviembre [LA LEY 1034/2004]). La 753/2004 de 11 de junio [LA LEY 1729102/2004] hace una larga enumeración, citando: estiletes, cortaplumas, navajas (cualesquiera que sean sus características, salvo que se trate de una miniatura), jeringuillas, armas blancas, garrotes, palos, estacas y tenedor de tres puntas. El automóvil (772/2007, de 4 de octubre [LA LEY 154070/2007], con cita de la 656/2000, de 11 de abril [LA LEY 6671/2000] y de 10 de noviembre de 1988 [LA LEY 98675-JF/0000]).

No se ha apreciado la agravante en los casos de falta de acreditación de las características del objeto (416/1999, de 4 de abril, 320/2002, de 21 de febrero [LA LEY 4204/2002] y 1739/2002, de 23 de octubre [LA LEY 145/2003], entre otras). **Tampoco se ha apreciado la agravante** en el caso de jeringuilla que, por estar encapuchada, se ignora si llevaba o no aguja, no sirviendo tampoco para la agravación la que portaba en el bolsillo, con aguja y también encapuchada, pues no hizo uso de ella (24/2004, de 30 de enero).

En el caso de actuación conjunta de varias personas **la agravante se comunica a quienes no portando las armas o los objetos peligrosos saben que otro u otros las llevaban** (455/2003, de

26 de marzo [LA LEY 58612/2003], 406/2003, de 17 de marzo [LA LEY 2181/2003] y 1524/2002, de 20 de septiembre [LA LEY 10210/2003], entre otras).

Menor entidad de la violencia o intimidación y restantes circunstancias

Esta norma constituye una interesante novedad del CP 1995 que viene a permitir unas mejores posibilidades de adaptación de la pena a las circunstancias concretas del caso, una más adecuada proporcionalidad en definitiva, a fin de solucionar aquellos supuestos que, mereciendo la cualificación de robos, y no de hurtos, por existir realmente una violencia o intimidación, sin embargo, por la poca importancia del elemento coaccionador contra la víctima, resultaban con una pena desproporcionada (1787/2001, de 8 de octubre [LA LEY 1268/2002], con cita de la 663/2000, de 18 de abril [LA LEY 8294/2000]). En sentido análogo, la 1388/2002, de 16 de julio [LA LEY 134605/2002].

La norma hace referencia:

1.º «Menor entidad de la violencia o intimidación», criterio principal, sin duda alguna, como se deduce de la expresión «además» que encabeza la referencia al otro criterio, y que por otro lado, tiene una mayor concreción y hace referencia, de los dos bienes jurídicos protegidos en esta clase de robos —personas y patrimonio—, al más relevante de ellos: la libertad e integridad de la persona.

2.º «Además, las restantes circunstancias del hecho», elemento de menor importancia que el primero, pero imprescindible para la aplicación del precepto, de modo que la sola consideración de la entidad de la violencia o intimidación no permite aplicar la rebaja en grado aquí previsto.

Hay que examinar las otras circunstancias del hecho, indeterminadas en la propia norma y, por tanto, de muy variada condición:

a) El **lugar** donde se roba: no es lo mismo hacerlo en la calle a un transeúnte que en un establecimiento comercial, y tampoco puede equipararse el robo en una pequeña tienda al que se comete contra una entidad bancaria.

b) Con relación al **sujeto activo**, habrá de considerar si se trata de una persona o si hubo un grupo de coautores, así como, en su caso, la forma de actuación de ese grupo y si se hallaba más o menos organizado.

c) Asimismo podrá considerarse el **número de las personas atracadas** y su condición en orden a su situación económica o a las mayores o menores posibilidades de defenderse.

d) La experiencia nos dice que de todas estas «restantes circunstancias del hecho», la que con mayor frecuencia se presenta para decidir si se aplica o no esta norma jurídica, es el **valor de lo sustraído**, de modo que ha de excluirse esta aplicación cuando tal valor alcanza cierta cuantía que, desde luego, no cabe determinar en una cifra concreta, pues habrá de variar según esas otras circunstancias antes indicadas o cualesquiera otras que pudieran conferir al hecho mayor o menor antijuridicidad. Quizá, sin pretender un encorsetamiento del arbitrio del Tribunal, pueda atenderse, como criterio de gravedad, a la cifra de 50.000 ptas. que el legislador señala como línea divisoria, en ciertos delitos contra el patrimonio. Así, las cantidades próximas a esa cifra o superiores a ella, no deberían reputarse amparadas por la norma privilegiada.

Todos **estos criterios habrán de tenerse en cuenta conjuntamente**, a fin de poder valorar de modo global la gravedad objetiva de lo ocurrido, para determinar en definitiva si la pena básica a imponer —la del 242.1 o la del 242.2— es proporcionada a esa gravedad o si ha de considerarse más adecuada la rebaja en un grado que prevé el 242.3 (1388/2002, de 16 de julio [LA LEY 134605/2002], citando la 545/2001, de 3 de abril [LA LEY 5277/2001]).

La apreciación del subtipo ha de ser **excepcional**. La comparación con las penas del delito de robo con fuerza en las cosas conduce a considerar por vía de principio ese carácter restrictivo y excepcional, pues por esa vía se permite el castigo inferior del robo violento o intimidatorio que el robo con fuerza, pese a la mayor gravedad de éste. Esa constatación, para salvar la coherencia del Código, requiere el uso prudente y cauto de esa facultad atenuatoria, sin hacer de la misma una utilización generalizada e indiscriminada, lo que introduciría elementos de descompensación y de desproporción en las penas que administra el Derecho penal (1157/2002, de 20 de junio [LA LEY 10149/2003]).

Se ha apreciado el subtipo atenuado, entre otros, en los siguientes casos: empujones (1592/2002, de 4 de octubre [LA LEY 1875/2003] y 644/2004, de 18 de mayo [LA LEY 1695951/2004]); hacer amago de sacar un arma para la entrega de 600 pesetas (2233/2001, de 22 de noviembre [LA LEY 210304/2001]); intimidación verbal (477/2002, de 12 de marzo); empujar a la víctima, tirándola al suelo sin causarle lesiones (365/2004, de 22 de marzo [LA LEY 1649819/2004]).

En el supuesto de robo por el procedimiento del «tirón»: se ha apreciado cuando no existe lesión ni caída y la cuantía de lo sustraído no supera las 50.000 pesetas (416/2002 [LA LEY 53298/2002], citando la 1327/2001, de 29 de junio [LA LEY 8180/2001]); y se ha denegado cuando el tirón produjo lesiones (2226/2001, de 22 de noviembre [LA LEY 210307/2001]) y cuando se acompañó de forcejeo (718/2002, de 22 de abril [LA LEY 77913/2002]).

Se ha denegado, entre otros, en los siguientes casos: uso de bastón y colocación de destornillador en el costado (753/2004, de 11 de junio [LA LEY 1729102/2004]); uso de navaja (8/2002, de 18 de enero [LA LEY 15160/2002] y 92/2002, de 1 de febrero [LA LEY 26668/2002]); uso de jeringuilla (2509/2001, de 28 de diciembre [LA LEY 2839/2002]); y uso de objeto punzante (745/2001, de 27 de abril [LA LEY 86041/2001]). Y, en términos generales, la 1165/2004, de 22 de octubre [LA LEY 238/2005], dice que en la medida en la que el acusado puso sus manos sobre la víctima con fuerza como para zarandearla, no es posible considerar que la violencia ejercida haya sido de menor entidad.

Compatibilidad entre el subtipo agravado —art. 242.2— y el subtipo atenuado —242.3—

La compatibilidad de la aplicación del subtipo prevenido en el apartado tercero del art. 242 con la eventual utilización de medios peligrosos a que se refiere el apartado segundo del mismo artículo ha sido admitida por una reiterada doctrina jurisprudencial desde la Sentencia 1396/1997, de 21 de noviembre [LA LEY 11755/1997], ratificada por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala celebrado el 27 de febrero de 1998. La apreciación del apartado tercero, entendido como tipo atenuatorio por la menor entidad de la intimidación ejercida y demás circunstancias concurrentes, en los supuestos en que también se aprecia el apartado segundo del art. 242, empleo de medios peligrosos, tiene un **carácter excepcional** y concurre únicamente cuando el Tribunal aprecie una disminución real del contenido del injusto atendiendo a la menor entidad de la violencia o intimidación y a las demás circunstancias concurrentes, como el lugar del robo, la realización del hecho por un único autor, por el número de personas atacadas, el valor de lo sustraído y cualesquiera otras en las que pueda destacar una menor antijuridicidad o una menor culpabilidad —1360/1999, de 2 de octubre [LA LEY

129/2000], 663/2000, de 18 de abril [LA LEY 8294/2000] y 753/2004, de 11 de junio [LA LEY 1729102/2004]—. Como señala la Sentencia 1749/1999, de 13 diciembre, procede aplicar de modo compatible ambos apartados cuando el Tribunal aprecie una disminución relevante del contenido de injusto del delito, tanto por la ínfima cuantía de lo sustraído, como por la menor entidad de la intimidación pese a la utilización de un medio peligroso (mera exhibición —sin uso violento— de instrumentos de no acentuada peligrosidad), de modo que la penalidad derivada de la aplicación de la agravación prevenida en el párrafo segundo vulnerase el principio de proporcionalidad en caso de no hacer uso de esta facultad legal (976/2003, de 4 de julio [LA LEY 13205/2003]).

En los casos de compatibilidad la **determinación de la pena** tiene lugar aplicando primero la atenuante, degradando la pena del tipo básico establecida en el apartado 1 del art. 242, y sobre la pena resultante —de uno a dos años de prisión— se aplicará la agravante específica, imponiendo la pena en su mitad superior —de un año y seis meses a dos años de prisión—. Este criterio se inicia con la Sentencia 1396/1997, de 21 de noviembre [LA LEY 11755/1997] y se consolida en el Pleno no jurisdiccional de 27 de febrero de 1998, manteniéndose la doctrina en Sentencias posteriores, como la 355/2000, de 28 de febrero [LA LEY 5808/2000], 1882/2000, de 7 de diciembre [LA LEY 223944/2000] y 1220/2002, de 27 de junio [LA LEY 120903/2002], entre otras muchas (346/2003, de 26 de junio [LA LEY 112469/2003]).

CAPÍTULO III

De la extorsión

Artículo 243.

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

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 73, 77, 169, 172, 237 y 269.

Bien jurídico protegido

Entre los delitos contra el patrimonio se encuentran al menos dos delitos que no protegen el patrimonio sin más, sino que protegen la libertad o autodeterminación del sujeto en el ámbito patrimonial: la extorsión —art. 243 CP—, que protege el patrimonio frente a las agresiones contra la libertad del sujeto pasivo consistentes en violencia o intimidación, y la estafa —art. 248 CP—, que protege la autodeterminación patrimonial del sujeto pasivo frente a acciones engañosas (1221/2001, de 14 de septiembre [LA LEY 160568/2001]). La naturaleza del delito de extorsión tipificado en el art. 243 CP es compleja. Tiene que ver con los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico. Sin embargo, es evidente que la extorsión tiene también indudables relaciones con los delitos contra la libertad de las personas, singularmente, los de amenazas y coacciones, como se describe en dicho precepto que exige la presencia de violencia o intimidación (370/2003, de 15 de marzo [LA LEY 1680/2003]).

Elementos del delito

Los elementos del delito de extorsión según aparece definido en el art. 243 CP son:

- 1.º Obligar a una persona a realizar un negocio jurídico de disposición de un dinero de su propiedad.
- 2.º Utilizando la intimidación.
- 3.º Tal disposición de dinero debe producir un perjuicio en su patrimonio a dicho señor.
- 4.º Todo ello movido por el ánimo de lucro (1174/2004, de 21 de octubre [LA LEY 91/2005]).

Conducta

En el tipo actual la extorsión se comete siempre que se emplee violencia o intimidación para obligar a otro a realizar u omitir algún acto o negocio jurídico en perjuicio de su patrimonio o de un tercero, sin necesidad de que suscriba documento alguno (707/2002, de 26 de abril [LA LEY 4477/2002]). Sin embargo, se ha sostenido la necesidad de la suscripción del documento (1050/1998, de 18 de septiembre [LA LEY 9135/1998]).

Es un delito de resultado cortado, en el que la consumación se produce tan pronto se consigue la realización u omisión del acto o negocio jurídico, con ánimo de lucro y propósito defraudatorio, aunque cualquier episodio posterior ha de pertenecer no al tracto comisivo de la infracción, sino a su fase de agotamiento (1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000]). Pero también se ha dicho que se consuma una vez ejercitadas la violencia o la intimidación y lograda la entrega del beneficio económico (ATS de 19 de enero de 2000, citando la 1050/1998, de 18 de septiembre [LA LEY 9135/1998]).

Elementos subjetivos

Son el ánimo de lucro y la finalidad defraudatoria (1050/1998, de 18 de septiembre [LA LEY 9135/1998] y 1382/1999, de 29 de septiembre [LA LEY 1480/2000]).

Concursos

Si la **detención** aparece como medio necesario para cometer los delitos de robo y extorsión, estas últimas figuras delictivas absorben la privación de libertad ya que habría que considerar la necesaria y precisa para la realización de esos delitos (735/2002, de 20 de abril [LA LEY 5959/2002]). Por el contrario, si la detención excede del tiempo necesario para cometer el delito de extorsión ha de apreciarse un concurso real entre dicho último delito y el de detención ilegal (892/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 198357/2008]).

CAPÍTULO IV

Del robo y hurto de uso de vehículos

Artículo 244.

1. El que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con

la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el art. 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

2. Si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas, la pena se aplicará en su mitad superior.

3. De no efectuarse la restitución en el plazo señalado, se castigará el hecho como hurto o robo en sus respectivos casos.

4. Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas, se impondrán, en todo caso, las penas del art. 242.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 237, 240, 242, 268 y 623.

RDL 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial.

Modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, que añadió el último párrafo del apartado 1, entrando en vigor el 1 de octubre de 2003; y por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que, de un lado, en el apartado 1 utiliza junto al término «sustrajere» la expresión «utilizare sin la debida autorización», y, de otro, en el mismo apartado 1 del precepto ha sustituido: 1.º 50.000 pesetas por 400 euros; 2.º la pena de arresto de fin de semana por la de trabajos en beneficio de la comunidad; y 3.º la pena de multa de tres a ocho meses por la pena de multa de seis a doce meses, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

Con la originaria redacción del art. 244 CP 1995, se señaló que el delito tipificado en el mismo tenía la misma naturaleza que los delitos de robo y hurto, puesto que el robo y el hurto de uso de vehículos —llamados de nuevo así— se cometen únicamente mediante la misma acción típica —la de sustraer— y lesionan el mismo bien jurídico que el robo y el hurto, aunque sea distinta en aquél y en éstos la extensión y duración de la lesión, que en el hurto y en el robo afecta a todas las facultades dominicales de modo indefinido y, en el robo y hurto de uso de vehículos afecta sólo de modo temporal a algunas de ellas (119/1999, de 5 de febrero [LA LEY 1823/1999]). En la actualidad, junto al término «sustrajere» se utiliza el de «utilizare sin la debida autorización».

Conducta

Tras la modificación operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, la conducta típica no se limita a la sustracción del vehículo sino, alternativamente, a la utilización del mismo sin la debida autorización.

Con la anterior redacción del precepto fue doctrina general, fundada en el uso del término «sustrajere» frente al de «utilizare» del art. 516 bis CP 1973, que sólo cabía condenar como autores de los delitos de hurto o robo de uso de vehículo a quienes intervinieron de algún modo en el momento inicial del apoderamiento del vehículo ajeno, no a quienes lo condujeran u ocuparan en un momento posterior, conductas que fueron atípicas porque el legislador quiso excluirlas de acuerdo con el principio de intervención mínima, que constituye uno de los rectores del Derecho penal y que es utilizado con frecuencia para excluir las condenas penales en casos de ilicitudes menores (1851/2002, de 8 de noviembre [LA LEY 749/2003] y 1157/2002, de 20 de junio [LA LEY 10149/2003], entre otras). Por tales razones, aun admitiendo que el acusado se hubiera encontrado el vehículo abandonado por los autores de la sustracción a su propietario, y lo había utilizado pese a advertir, por la existencia del puente en el cableado de ignición, que había sido previamente sustraído, no cabía extender a esta utilización con conocimiento de la ilícita procedencia la condición de nueva sustracción, pues nos encontrábamos, a lo sumo, ante una apropiación indebida de uso atípica entonces en nuestro ordenamiento. La conversión en sucesivas sustracciones de los supuestos posteriores de utilización del vehículo por quien no hubiese participado en la sustracción a su propietario, implicaba una interpretación del precepto que excede la significación usual y gramatical de la expresión sustracción —extraer algo de la disponibilidad de su titular—, e interpreta extensivamente el tipo, por lo que no era compatible con el principio de taxatividad —art. 4.1.º CP—. Por otra parte, de este modo se equiparaba utilizar con sustraer, revitalizando el antiguo tipo penal en contra de lo prevenido en la anterior redacción legal (1599/2000, de 20 de octubre [LA LEY 142/2001]). Por lo tanto, **quedaban fuera del tipo** las conductas consistentes en usar un vehículo que ya se tiene porque se ha recibido de su propietario para su reparación o custodia. Tampoco cometía entonces este delito el conductor habitual del automóvil, si episódicamente usaba el automóvil sin autorización en su propio provecho. Otra exclusión importante, que se producía como consecuencia de la nueva redacción, es que quien usaba el vehículo como simple pasajero sin haber tomado parte en la sustracción, no resultaba responsable de este delito. Era preciso, en todo caso, extraer el vehículo de motor o ciclomotor de la esfera de disponibilidad del propietario de modo clandestino o subrepticio —es decir, aprovechando que el dueño no se apercebe de ello— absolutamente del mismo modo que se realiza la acción en un hurto común (119/1998, de 3 de febrero [LA LEY 1816/1998]).

Elementos subjetivos

Aunque no expresado literalmente en el texto del art. 242 CP, también en estos casos de robo o hurto de uso hay ánimo de lucro en el autor, habida cuenta del amplio concepto que al respecto viene dando la doctrina de esta Sala que considera que tal ánimo existe aunque la ventaja obtenida o pretendida por el autor del hecho no tuviera un contenido económico: es suficiente al respecto cualquier utilidad o beneficio, tanto propio como de otra persona, incluso un beneficio de carácter recreativo o de mero placer (2206/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 2680/2002]). De otro lado, la sustracción debe tener lugar sin ánimo de apropiación; solamente con intención de utilizarlo temporalmente (945/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9634/2000]). En sentido análogo de excluir el propósito de haber el vehículo como propio, la de 19 de abril de 1988 [LA LEY 1522-2/1988], citando la de 8 de marzo de 1985 [LA LEY 9794-JF/0000].

Autoría y participación

La anterior redacción del tipo penal del art. 244 dejaba fuera del ámbito de lo punible, entre otros supuestos, la de aquellas personas que se limitaban a usar el vehículo con conocimiento de

su ilícita procedencia, pero sin haber tomado parte material en la sustracción (261/1999, de 12 de marzo). Sin embargo, es indudable que el apoderamiento material puede realizarse por una o por varias personas en concurso de voluntades, de tal manera que la confluencia de un grupo en el momento del apoderamiento del automóvil o la motocicleta los convierte a todos ellos en autores del hecho delictivo al haber materializado el verbo tipo que no es otro que llevar a efecto el acto de apoderamiento (1023/1999, de 23 de junio [LA LEY 8428/1999]). Si todos coadyuvan con actos relevantes al fin delictivo todos deben responder (683/2000, de 12 de abril [LA LEY 6674/2000]).

Concursos

La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando que la conducta que se inicia con el despojo violento del dinero o bienes del propietario de un vehículo de motor y que culmina con el apoderamiento del vehículo, que es utilizado para huir y después se abandona, nos sitúa ante un comportamiento que denota o responde a un unitario móvil de lucro, en el que la conducta tiene un desarrollo progresivo, pero no por ello pierde su unidad por lo que debe ser penada como conducta única. Si estableciésemos un concurso real agravaríamos la respuesta penal frente a los que utilizan, sólo de manera momentánea el automóvil, respecto de los que se apoderan definitivamente de éste, que serían autores de un solo delito de robo (378/2000, de 11 de marzo [LA LEY 57239/2000]). En sentido análogo, la 157/2001, de 9 de febrero [LA LEY 3931/2001], con cita de las de 9 de marzo de 1992 [LA LEY 1615/1992], 10 de junio de 1992 [LA LEY 14813-R/1992] y 13 de octubre de 1992 [LA LEY 1980-5/1993]. Sin embargo, distinta es la solución en el caso de dos conductas distintas, con fases perfectamente diferenciadas, con dos actos de intimidación diversos y dos apoderamientos de bienes perfectamente diversificables. Así, el robo violento a una entidad comercial constituye una acción delictiva íntegra, que se agota y consume en el momento en que los acusados salen de la misma y consiguen huir sin que nadie les detenga. En el curso de la fuga, deciden utilizar un vehículo que pasaba por las proximidades, para lo que realizan una acción totalmente independiente sobre bienes jurídicos distintos y con una autonomía funcional que la dota de absoluta independencia, sobre el delito anteriormente cometido por lo que nos encontramos ante un concurso real (378/2000, 11 de marzo [LA LEY 57239/2000]).

En los casos de sustracción de un vehículo con fuerza en las cosas seguido de un apoderamiento de efectos existentes en su interior, también se establece una progresión delictiva en la que el delito menor, el de robo de uso, queda subsumido por el de mayor rango punitivo que en este caso lo fue el de robo con fuerza, acorde con la doctrina de esta Sala (626/1999, de 22 de abril [LA LEY 5807/1999]).

Obligar a la víctima a trasladarle en vehículo a otra localidad cercana se ha calificado como delito de coacciones y no como delito de robo o hurto de uso (157/2001, de 9 de febrero [LA LEY 3931/2001]).

Empleo de fuerza en las cosas

Para determinar qué debemos entender por empleo de fuerza en las cosas al efecto de calificar las conductas descritas en los delitos contra el patrimonio, debemos llevar a cabo una interpretación armónica y sistemática del CP y entender que, para la existencia del delito de robo, no es suficiente efectuar el hecho empleando la fuerza sobre las cosas objeto de la sustracción, sino que es preciso que tal fuerza revista alguna de las modalidades descritas por el legislador en el art. 238: lo que denominamos fuerza típica (945/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9634/2000]).

Restitución

La restitución indirecta existe si se deja el automóvil o motocicleta en forma o lugar de fácil localización o hallazgo por su titular, y no cuando se efectúa el abandono en vía pública y dejado a su suerte y en lugar totalmente ignorado por el dueño del vehículo (518/2001, de 31 de marzo [LA LEY 5262/2001], con cita de las de 17 de noviembre de 1980 [LA LEY 5821-JF/0000], 25 de noviembre de 1982 [LA LEY 30079-NS/0000], 22 de marzo de 1983 y 16 de julio de 1988).

Violencia o intimidación

Para el tipo del art. 244.4 no se requiere un determinado valor en el objeto usado indebidamente. Igual que ocurre con el robo con violencia o intimidación en las personas del art. 242, para que exista este delito no se requiere cuantía alguna mínima en el valor de la cosa mueble robada. No hay una figura paralela de falta para cuando no se alcance una cuantía determinada. Apoderarse de una cosa mueble por la fuerza en las personas o mediante intimidación en nuestro CP siempre es delito, nunca falta: así lo requiere la gravedad del ataque a la persona que existe siempre en estas infracciones. Y todo este razonamiento es aplicable al caso de robo de uso de vehículo en la modalidad de su realización mediante violencia o intimidación en las personas del art. 244.4. Basta examinar el art. 623.3, párrafo último, para corroborar la anterior argumentación: el robo de uso de un vehículo realizado mediante violencia o intimidación en las personas, siempre se considera pena conforme a lo dispuesto en el art. 244, nunca como falta, aunque el valor del vehículo no exceda de esas 50.000 pesetas (2206/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 2680/2002]).

CAPÍTULO V

De la usurpación

Artículo 245.

1. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real inmobiliario de pertenencia ajena, se le impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias ejercidas, una multa de seis a dieciocho meses, que se fijará teniendo en cuenta la utilidad obtenida y el daño causado.

2. El que ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 73, 77, 202, 203, 204 y 237.

CC: arts. 334.1.º y 10.º.

En relación con el delito de usurpación tipificado en el art. 517 del anterior CP (hoy 245.1) se ha señalado que la ajenidad de la cosa constituye uno de los elementos del delito, y que, caso de tratarse de una cosa propia podríamos estar ante un delito de coacciones (27 de abril de 1982).

Artículo 246.

El que alterar términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, si la utilidad reportada o pretendida excede de 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 268 y 624.1.

CC: arts. 345, 338 y ss., 384 y ss. y 560.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas: arts. 41 a 44.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido por el tipo delictivo del art. 518 CP (hoy 246) es la arcaica, aunque permanente e inmutable *actio finium regundorum* del Derecho romano, y recogida en su esencia en nuestro CC en el art. 384 (7 de diciembre de 1981 [LA LEY 17613-NS/0000]). El delito de usurpación previsto en el art. 518 del CP (hoy 246), tiende a proteger el derecho de exclusión inmobiliaria que a todo propietario corresponde, como facultad de dominio, en defensa del deslinde e individualización de sus predios en relación con los contiguos ajenos (21 de abril de 1981 [LA LEY 10083-NS/0000]).

Conducta

Las alteraciones in situ de los términos o lindes de las heredades, sean de dominio público o privado, realizadas con ilícita apropiación de terreno, que suponga desposesión de un lado y correlativo acrecentamiento de otro, con enriquecimiento sin causa, por tratarse de una infracción de apoderamiento lucrativo, que reporta o debe reportar utilidad al sujeto activo, lo que presupone la ajenidad del terreno usurpado, al pertenecer indudablemente a persona o entidad pública o particular distinta del inculpado, dueño de la finca colindante beneficiada (21 de abril de 1981 [LA LEY 10083-NS/0000]). En sentido análogo, la de 7 de diciembre de 1981 [LA LEY 17613-NS/0000], que añade que la conducta puede consistir en el cambio o desaparición de hitos o mojones o signos materiales equivalentes. Por su parte, la 1282/1993, de 31 de mayo [LA LEY 3660-5/1993], ha significado que la usurpación no ofrece especial dificultad cuando la usurpación haya sido de la totalidad o parte importante de una finca pero adquiere especial complejidad cuando afecte tan sólo a un trozo sito en el punto de colindancia de dos fincas, declarando que no se comete el delito cuando, tratándose de fincas que no se hallaban delimitadas por hitos o mojones, al cerrar una se ocupó parte de la otra.

Elementos subjetivos

Ha de manifestarse una intención dolosa finalista, de lucro injusto implícitamente establecida en el tipo, con el exigido aumento del terreno propio y merma del ajeno, que supone el despojo cauteloso de la propiedad con ánimo de defraudar —6 abril 1888 y 15 octubre 1920—, ya que la infracción no se produce por la mera objetividad de la alteración del linde, que sería simple acción

lesiva de daños, si no la acompaña el deseo de un beneficio económico ilegal —26 enero 1901 y 9 octubre 1967 (21 de abril de 1981 [LA LEY 10083-NS/0000])—. El fin propuesto por el culpable es la ilícita apropiación (7 de diciembre de 1981 [LA LEY 17613-NS/0000]). Se requiere ánimo de lucro (1282/1993, de 31 de mayo [LA LEY 3660-5/1993]).

Artículo 247.

El que, sin hallarse autorizado, distrajere las aguas de uso público o privativo de su curso, o de su embalse natural o artificial, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses si la utilidad reportada excediera de 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 268 y 624.2.

RDLeg. 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

CAPÍTULO VI

De las defraudaciones

SECCIÓN 1.^a

De las estafas

Artículo 248.

1. Cometén estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

2. También se consideran reos de estafa los que, con ánimo de lucro, y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante consigan la transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de tercero.

3. La misma pena se aplicará a los que fabricaren, introdujerén, poseyerén o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 238, 239, 268, 269 y 623.

CC: arts. 1101 y 1102.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de añadir el apartado 3, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico que se protege en la estafa es el patrimonio privado ajeno, cuando es atacado por medios insidiosos o fraudulentos —engaño— (746/2002, de 19 de abril [LA LEY 6302/2002] y 1235/2001, de 20 de junio [LA LEY 6366/2001]).

Elementos del delito

Son los siguientes:

1.º **Un engaño precedente o concurrente**, antes traducido en alguno de los ardidés o artificios incorporados al listado del CP 1973, y hoy, tras la LO 8/1983 y el CP 1995, concebido con criterio amplio, sin enunciados ejemplificativos, atendiendo a la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece.

2.º Dicho engaño ha de ser «**bastante**», es decir, suficiente y proporcional para la consecución de los fines propuestos, habiendo de tener adecuada entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, debiendo valorarse aquella idoneidad tanto atendiendo a módulos objetivos como en función de las condiciones personales del sujeto afectado y de todas las circunstancias del caso concreto; la maniobra defraudatoria ha de revestir apariencia de realidad y seriedad suficientes para engañar a personas de mediana perspicacia y diligencia. La idoneidad abstracta se complementa con la suficiencia en el específico supuesto contemplado.

3.º Originación o producción de un **error esencial en el sujeto pasivo** desconocedor o con conocimiento deformado e inexacto de la realidad, por causa de la mendacidad, fabulación o artificio del agente, lo que le lleva a actuar bajo una falsa presuposición, a emitir una manifestación de voluntad partiendo de un motivo viciado, por cuya virtud se produce el traspaso patrimonial.

4.º **Acto de disposición patrimonial**, con el consiguiente y correlativo **perjuicio** para el disponente, es decir, que la lesión del bien jurídico tutelado, el daño patrimonial, será producto de una actuación directa del propio afectado, consecuencia del error experimentado y, en definitiva, del engaño, acto de disposición fundamental en la estructura típica de la estafa que ensambla o cohesiona la actividad engañosa y el perjuicio irrogado, y que ha de ser entendido, genéricamente, como cualquier comportamiento de la persona inducida a error, que arrastre o conlleve de forma directa la producción de un daño patrimonial en sí misma o en un tercero, no siendo necesario que concurra en la misma persona la condición de engañado y de perjudicado.

5.º **Ánimo de lucro**, como elemento subjetivo del injusto, exigido de manera explícita por el art. 528 CP 1973 y el art. 248 CP 1995, entendido como propósito por parte del infractor de obtención de una **ventaja patrimonial** correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues, la incriminación a título de imprudencia.

6.º **Nexo causal** o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose éste como resultancia del primero, lo que implica que el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate; aquel dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de

su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima (1485/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 10690/2005].1628/2003, de 2 de diciembre [LA LEY 11979/2004] y 507/2003, de 9 de abril [LA LEY 2298/2003]). A propósito del nexo causal también se ha dicho que el engaño debe ser el origen del error; el error debe dar lugar al acto de disposición y éste ha de ser la causa del perjuicio patrimonial (237/2009, de 3 de marzo [LA LEY 8783/2009], 1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005], y 956/2003, de 26 de junio [LA LEY 13211/2003], entre otras muchas).

La esencia de la estafa es el **engaño**, o sea, cualquier ardid, argucia o treta que utiliza el autor para inducir a error al sujeto pasivo, provocando con ello un conocimiento inexacto o deformado de la realidad operante en la voluntad y en su consentimiento, y le determina a realizar una entrega de cosa, dinero o realización de prestación, que de otra manera no hubiera realizado —79/2000, de 27 de enero [LA LEY 4395/2000]—. Hacer creer a otro algo que no es verdad —161/2002, de 4 de febrero [LA LEY 4083/2002], y 47/2005, de 28 de enero [LA LEY 842/2005]—. El engaño típico en el delito de estafa es aquel que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno. La valoración de la idoneidad del engaño no puede prescindir de las reales y concretas circunstancias del sujeto pasivo, conocidas o reconocibles por el autor —390/2002, de 8 de marzo [LA LEY 3014/2002], 2202/2002, de 2 de enero de 2003 [LA LEY 2356/2003], 1485/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 10690/2005], y 57/2005, de 26 de enero. El engaño puede concebirse a través de los más diversos ardises o actuaciones, dado lo ilimitado del ingenio humano y «la ilimitada variedad de supuestos que la vida real ofrece» —44/1993, de 25 de enero [LA LEY 2649-5/1993] y 733/1993, de 2 de abril [LA LEY 3252-5/1993]—; puede consistir en toda una operación de puesta en escena fingida, que no responde a la verdad y que, por consiguiente, constituye un dolo antecedente —1349/2000, de 26 de julio [LA LEY 9949/2000] y 315/2000, de 2 de marzo [LA LEY 4977/2000]—. Se añade que el engaño sea bastante para producir error en otro —514/2002, de 29 de mayo [LA LEY 4880/2002], y 367/2003, de 12 de marzo [LA LEY 11266/2003]—; es decir, que sea capaz en un doble sentido: primero, para traspasar lo ilícito civil y penetrar en la ilicitud penal —SS de 6 de abril [LA LEY 9580-NS/0000] y 12 de diciembre de 1981 [LA LEY 17819-NS/0000], 27 de mayo de 1982 [LA LEY 23908-NS/0000] y 23 de febrero de 1983 [LA LEY 33153-NS/0000]— y, en segundo lugar, que sea «idóneo, relevante y adecuado para producir el error que genera el fraude, no bastando un engaño burdo, fantástico o increíble, incapaz de mover la voluntad de las personas normalmente constituidas intelectualmente, según el ambiente social y cultural en que se desenvuelven» —SS de 26 de marzo de 1982 [LA LEY 13369-JF/0000], 29 de marzo de 1990 [LA LEY 1755-2/1990], 101/2002, de 2 de febrero [LA LEY 26851/2002], y 802/2007, de 16 de octubre [LA LEY 165804/2007]—, capaz de mover la voluntad normal de un hombre —S de 10 de febrero de 1987—, es decir, como sostienen las SS de 5 [LA LEY 8430-NS/0000] y 24 de marzo [LA LEY 9109-NS/0000] y 24 de septiembre de 1981 [LA LEY 13875-NS/0000], que sea normalmente considerado como estímulo operativo del traspaso patrimonial defraudatorio. Centrándonos en el elemento del engaño bastante —el alma del delito de estafa, se ha dicho—, y en concreto, en el calificativo bastante, este concepto ha sido objeto tradicionalmente de debate doctrinal, considerándose, de un lado, que tal elemento ha de interpretarse en términos muy estrictos entendiéndose que el engañador ha de representar una verdadera *mise en scene* capaz de provocar error a las personas más «avispadas», mientras que, de otro, se parte de un concepto más laxo entendiéndose que el engañado puede ser el ciudadano medio, con conocimientos normales, de inteligencia y

cuidado también normal, e incluso puede entenderse bastante cuando el estafador ha elegido a sus víctimas debido precisamente a su endeble personalidad y cultura. Es decir, modernamente la postura restrictiva del engaño ha sido rechazada, y así se acude a un doble módulo para determinar su eficacia, el objetivo y el subjetivo. Objetivamente «debe ser valorado como bastante para producir error aquella maquinación engañosa que adopte apariencias de veracidad y de realidad creíble por la media de las personas»; subjetivamente entra en juego el principio de la buena fe y las condiciones personales del sujeto engañado, que por su incultura, situación, edad o déficit intelectual, es más sugestionable, lo que significa que la condición de bastante se debe valorar *intuitu personae*. Resumiendo la doctrina de esta Sala, señalaremos que la determinación de la suficiencia del engaño, amén de que no puede definirse de modo genérico, sino que necesita ser examinada en cada caso concreto, necesita partir de una regla general que sólo debe quebrar en situaciones excepcionales y muy concretas. Esa regla general podemos enunciarla del siguiente modo: el engaño ha de entenderse bastante cuando haya producido sus efectos defraudadores, logrando el engañador, mediante el engaño, engrosar su patrimonio de manera ilícita, o lo que es lo mismo, es difícil considerar que el engaño no es bastante cuando se ha consumado la estafa. Como excepción a esa regla sólo cabría exonerar de responsabilidad al sujeto activo de la acción cuando el engaño sea tan burdo, grosero o esperpéntico que no puede inducir a error a nadie de una mínima inteligencia o cuidado. Y decimos esto porque interpretar ese requisito de la suficiencia con un carácter estricto, es tanto como trasvasar el dolo o intencionalidad del sujeto activo de la acción, al sujeto pasivo, exonerando a aquél de responsabilidad por el simple hecho, ajeno normalmente a su voluntad delictual, de que un tercero, la víctima, haya tenido un descuido en su manera de proceder o en el cumplimiento de sus obligaciones.

Las SS de 23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000], 75/1998, de 23 de enero [LA LEY 1860/1998] y 756/1999, de 4 de mayo [LA LEY 5735/1999], entienden que el engaño consiste en la afirmación como verdadero de un hecho falso, o bien la ocultación o deformación de hechos verdaderos. También se ha dicho que el engaño es cualquier tipo de ardid, maniobra o maquinación, mendacidad, fabulación o artificio del agente determinante del aprovechamiento patrimonial en perjuicio del otro, y así se ha entendido extensivo el concepto legal a cualquier falta de verdad o simulación, cualquiera que sea su modalidad, o apariencia de verdad (615/2005, de 12 de mayo [LA LEY 12760/2005] 1491/2004, de 22 de diciembre [LA LEY 354/2005]). Las SS de 22 de noviembre de 1986 [LA LEY 11571-JF/0000], 857/1995, de 10 de julio [LA LEY 2663/1995], 1117/1996, de 31 de diciembre [LA LEY 1363/1997], 94/1997, de 7 de febrero [LA LEY 1152/1997], 756/1999, de 4 de mayo [LA LEY 5735/1999], 83/2004, de 28 de enero [LA LEY 1008/2004], 79/2004, de 27 de febrero [LA LEY 12315/2004], 534/2005, de 28 de abril [LA LEY 12492/2005], 106/2007, de 22 de febrero [LA LEY 6626/2007], 631/2008, de 15 de octubre [LA LEY 158340/2008], 710/2008, de 30 de octubre [LA LEY 175937/2008], y 337/2009, de 31 de marzo [LA LEY 49561/2009], han admitido la posibilidad de un engaño **omisivo** como elemento integrador de la estafa, cuando la ocultación de datos significativos constituye el motor decisivo para que la parte desinformada acceda a realizar o autorizar la prestación y el consiguiente desplazamiento patrimonial.

La idoneidad o adecuación del engaño ha de medirse por todo el cúmulo de circunstancias personales, objetivas y contextuales que inciden en el caso concreto, de suerte que una cosa es que la maniobra engañosa sea absolutamente incapaz de provocar un error en el sujeto pasivo, al ser el engaño consecuencia de una manifiesta desidia e indiligencia de éste, y otra muy distinta reducir las dimensiones de la tipicidad de la estafa excluyendo de la misma aquellas conductas o

mecanismos falaces que muchos —no todos— podían desenmascarar con cierta facilidad. De todas formas constituye una realidad inocultable que *ex post* es sencillo calificar de burdo, increíble o grosero un engaño cuando se recapacita y reconsideran serenamente los hechos, pero *ex ante* el número de personas susceptibles de ser sugestionadas no es tan reducido (161/2009, de 25 de febrero [LA LEY 7033/2009]). En sentido parecido, se ha afirmado que la calidad del engaño ha de ser examinado conforme a un baremo objetivo y otro subjetivo. El baremo objetivo va referido a un hombre medio y a ciertas exigencias de seriedad y entidad suficiente para afirmarlo. El criterio subjetivo tiene presente las concretas circunstancias del sujeto pasivo. En otras palabras, la cualificación del engaño como bastante pasa por un doble examen, el primero desde la perspectiva de un tercero ajeno a la relación creada y, el segundo, desde la óptica del sujeto pasivo, sus concretas circunstancias y situaciones, con observancia siempre, de la necesaria exigencia de autodefensa, de manera que se exigirá en el examen del criterio subjetivo una cierta objetivización de la que resulta una seriedad y entidad de la conducta engañosa. Pero además, en esta graduación del engaño, es preciso tener en cuenta la situación de peligro para el patrimonio sobre el que se desarrolla la conducta engañosa. Es decir, la valoración de la conducta engañosa difiere si ésta se desarrolla sobre un patrimonio en peligro, por su actuación en el mercado, o cuando éste no está en esa situación y la conducta engañosa, precisamente, supone su puesta en peligro, pues la misma se desarrolla contra un patrimonio que no tiene peligro alguno al tratarse de relaciones privadas entre autor y víctima del error con una proyección económica creada por la actuación del actor que utiliza la conducta engañosa (534/2005, de 28 de abril [LA LEY 12492/2005]). Pero también se ha dicho que el engaño se mide en función de la actividad engañosa activada por el sujeto activo, no por la perspicacia de la víctima. De extremarse este argumento, si los sujetos pasivos fueran capaces siempre de detectar el ardid del autor o agente del delito, no se consumiría nunca una estafa (945/2008, de 10 de diciembre [LA LEY 235220/2008]); y que la Ley requiere que el engaño sea bastante y con ello exige que se pondere la suficiencia de la simulación de verdad para inducir a error, a tenor del uso social vigente en el campo de actividad en el que aconteció la conducta objeto de examen y considerando la personalidad del que se dice engañado. Así, pues, se trata de un juicio no de eficacia *ex post*, que sería empírico o de efectividad, sino normativo-abstracto y *ex ante*, sobre las particularidades concretas de la acción, según resulte de la reconstrucción probatoria, y, en particular, sobre su aptitud potencial, en términos de experiencia corriente, como instrumento defraudatorio frente al afectado (211/2005, de 17 de febrero [LA LEY 1952596/2005]).

Respecto del momento en el que debe aparecer el engaño en la dinámica defraudatoria del agente, la doctrina de esta Sala es uniforme y reiterada al señalar que la maquinación o el artificio engañoso sobre la víctima tiene que anteceder o ser concurrente, no valorándose penalmente el dolo *subsequens*, esto es, el sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate, siendo ello así porque es la insidia o maquinación desplegada por el sujeto activo sobre el sujeto pasivo la que determina en la víctima el error, el cual, a su vez, genera el acto de disposición patrimonial (567/2007, de 20 de junio [LA LEY 52013/2007], con cita de la 1242/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175848/2006], entre otras muchas).

En atención al llamado principio de **autoprotección o autorresponsabilidad** se ha negado que el engaño sea bastante en aquellos casos en que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal constituyen el origen del acto dispositivo (585/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 137768/2008], con cita de 425/2008, de [LA LEY 96271/2008], 1024/2007, de [LA LEY 202436/2007] y 449/2004, de [LA LEY 12811/2004], entre otras). Esta Sala ha apli-

cado el principio de autorresponsabilidad en relación a la exigencia de que el engaño, ha de ser bastante para que sea relevante penalmente —1285/1998, de 29 de octubre [LA LEY 12751/2003], 529/2000, de 27 de marzo [LA LEY 6012/2000], 738/2000, de 3 de mayo [LA LEY 8931/2000], 2006/2000, de 22 de diciembre [LA LEY 1661/2001], 1686/2001, de 24 de septiembre [LA LEY 167062/2001], 161/2002 de 4 de febrero [LA LEY 4083/2002], 880/2002, de 14 de mayo [LA LEY 92348/2002] y 464/2003 de 27 de marzo [LA LEY 12751/2003], entre otras—, siempre en un riguroso juicio individualizado en atención a las concretas circunstancias de cada caso, ya que es evidente la prudencia con que debe ser aplicada porque por esta vía se puede producir un desplazamiento del dolo del autor —que ya se trate de un engaño torpe o sofisticado, siempre existe— a la persona de la propia víctima para hacer depender su existencia de su viveza o habilidad para no caer en el engaño. En realidad, la exigencia de que el engaño sea bastante es una manifestación de la doctrina que distingue entre una antijuridicidad material y formal, estimando que sólo la material tiene entidad para justificar la reacción penal como última *ratio* ante la entidad del ataque a los bienes jurídicos que por lo que se refiere a los de naturaleza patrimonial deben ser protegidos por sus titulares, dejando extramuros de la respuesta penal aquellos que, no obstante ejecutar la acción descrita, carecen de la entidad suficiente por no padecer bienes jurídicos —caso del principio de insignificancia en materia de drogas—, o haber colaborado de forma relevante la víctima en su propia victimización como ocurre en el delito de estafa desde la exigencia de que el engaño sea relevante (1612/2003, de 27 de noviembre [LA LEY 1064/2004]). Sin embargo, la exigencia de una cierta diligencia en la puesta en marcha de los deberes de autoprotección no puede llevarse hasta el extremo de significar la imposibilidad real y efectiva de la estafa, toda vez que su eficacia la excluiría en todo caso, ni a instaurar en la sociedad un principio de desconianza que obligue a comprobar exhaustivamente toda afirmación de la contraparte negocial. La diligencia exigible será la propia del ámbito en que se desarrollen los hechos según los usos habituales en el mismo, de forma que la omisión de aquélla pudiera considerarse una conducta excepcional, por su negligencia (41/2008, de 25 de enero [LA LEY 17690/2008], con cita de la 986/2003, de 26 de junio [LA LEY 13211/2003]). De otro lado, las circunstancias del caso concreto pueden conducir a considerar adecuada al uso social, al que antes se hizo referencia, la debilitación de ese deber de autoprotección, precisamente porque los mecanismos utilizados por el autor del hecho inciden directamente sobre ella (956/2003, de 26 de junio [LA LEY 13211/2003]). El tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues bastante no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la vencibilidad del engaño por parte de la víctima. La cuestión de cuándo es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado. Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor

que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte. Con todo, existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección; de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socioeconómica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección. En suma, cuando se infringen los deberes de autotutela, la lesión patrimonial no es imputable objetivamente a la acción del autor, por mucho que el engaño pueda ser causal —en el sentido de la teoría de la equivalencia de condiciones— respecto del perjuicio patrimonial. De acuerdo con el criterio del fin de protección de la norma no constituye fin del tipo de la estafa evitar las lesiones patrimoniales fácilmente evitables por el titular del patrimonio que con una mínima diligencia hubiera evitado el menoscabo, pues el tipo penal cumple sólo una función subsidiaria de protección y un medio menos gravoso que el recurso a la pena es, sin duda, la autotutela del titular del bien. Se imponen, pues, necesarias restricciones teleológicas en la interpretación de los tipos penales, de modo que la conducta del autor queda fuera del alcance del tipo cuando la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia. En conclusión esta doctrina afirma que sólo es bastante el engaño cuando es capaz de vencer los mecanismos de autoprotección que son exigibles a la víctima. Si la utilización de los mecanismos de autoprotección que son exigibles al sujeto pasivo son suficientes para vencer el engaño, éste es insuficiente —no bastante— para producir el perjuicio patrimonial en el sentido del tipo de la estafa (368/2007, de 9 de mayo [LA LEY 20348/2007] y 182/2005, de 15 de febrero [LA LEY 12347/2005]). Una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia para enterarse de las cosas, puede llegar a ser causa de que la defraudación, más que un producto de engaño, deba considerarse tanto efecto de censurable abandono, como falta de la debida diligencia, y en el mismo sentido, la de 21 de septiembre de 1988.[LA LEY 409-2/1988], afirma que el Derecho penal no debería constituirse en un instrumento de protección patrimonial de aquellos que no se protegen a sí mismos (928/2005, de 11 de julio [LA LEY 13246/2005]). Y, en fin, en casos de negocios especulativos o de alto riesgo, los controles de autoprotección son mayores y, correlativamente, la capacidad de engaño disminuye, si bien cabe admitir la posibilidad de la estafa en función de las circunstancias concretas del caso (785/2005, de 14 de junio [LA LEY 2024708/2005] y 517/2005, de 25 de abril [LA LEY 12410/2005]).

Si el perjudicado, o quien actúa en su nombre, omite la realización de actuaciones características de la operación establecidas como medidas de seguridad no prescindibles en el sector de que se trate, puede entenderse que el engaño no es bastante, no ya a causa de la posibilidad de evitación o descubrimiento, si no como consecuencia de la omisión de cautelas protectoras generalmente exigibles que de aplicarse habrían llevado al descubrimiento de la maquinación engañosa (265/2009, de 31 de marzo [LA LEY 14391/2009]). la causalidad del engaño respecto del error no se da cuando el sujeto pasivo pudo haber tomado medidas serias de autoprotección, normales en el tipo de negocio en el que un administrador o el sujeto pasivo es consciente de los riesgos que la empresa debería afrontar (1079/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232488/2007]). No puede acogerse a la protección penal que invoca quien en las relaciones del tráfico jurídico económico no guarde la diligencia que le era exigida en atención al puesto que ocupaba en el contexto en el que se produce el engaño (687/2008, de 30 de octubre [LA LEY 175941/2008], con cita de la 880/2002, de 14 de mayo [LA LEY 92348/2002] y 449/2004 de 2 de abril [LA LEY

12811/2004]). Teniendo en cuenta el modo de proceder estándar de las entidades de crédito, y lo fácil que habría resultado verificar mínimamente la fiabilidad de la única tasación de parte, lo realmente producido no fue una mera relajación de los deberes de protección, sino un franca renuncia a protegerse, desistiendo de lo que son las más elementales cautelas y sustituyéndolas por un acto de fe (825/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 207468/2008]). La doctrina de la Sala sobre las necesidades de autotutela, que se dan por reproducidas, se elaboró con relación a determinadas operaciones financieras, sobre todo concesión de créditos, y no se trasladan, simplemente, a las disposiciones sobre cuentas corrientes, dada la distinta entidad de la naturaleza del acto dispositivo (177/2008, de 24 de abril [LA LEY 31949/2008]). Han de tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, entre las cuales tiene importancia la conducta observada por el sujeto pasivo, el que por el engaño incurre en el error que es causa del acto de disposición, máxime cuando este engañado es un profesional que, en el ejercicio de las funciones propias de su trabajo, tiene unos deberes concretos que unas veces vienen impuestos por normas escritas y otras por unos usos mercantiles de relevancia decisiva. Si el profesional engañado tenía, conforme a esas normas reglamentaria escritas o consuetudinarias, un determinado deber de diligencia que no cumplió, y precisamente por ese incumplimiento fue eficaz el engaño en el caso concreto, venimos diciendo que entonces puede faltar el elemento «bastante» al que nos estamos refiriendo (41/2008, de 25 de enero [LA LEY 17690/2008], con cita, entre otras, de la 298/2006 de 8 de marzo [LA LEY 23435/2006] y 1224/2006 de 7 de diciembre [LA LEY 154744/2006]).

La exigencia de desarrollar actuaciones de autoprotección se debilita cuando opera el principio de confianza (265/2009, de 31 de marzo [LA LEY 14391/2009], con cita de la 158/2008, de [LA LEY 17741/2008] tampoco puede desconocerse la práctica o los usos mercantiles, acogidos desde luego a los principios de confianza y buena fe, teniendo en cuenta los parámetros de normalidad (39/2007, de 15 de enero [LA LEY 1087/2007], con cita de la 1480/2004 [LA LEY 10737/2005]). No puede predicarse ligereza o falta de diligencias en quienes contratan de buena fe en circunstancias de normalidad, con el titular de un establecimiento abierto al público, fiados en la calidad personal y profesional de quien les hace una oferta dotada de cierta seriedad, dentro del marco de una actividad negocial presumiblemente regular (139/2007, de 23 de febrero [LA LEY 6638/2007]).

El engaño es concurrente en una modalidad de estafa que ha venido llamándose **negocio jurídico criminalizado**, en el que un contratante simula el propósito de concertar un determinado negocio, valiéndose de la buena fe del contrario, cuando en realidad sólo tiene intención de beneficiarse de las prestaciones que ha de realizar la parte contraria sin ánimo de cumplir las propias obligaciones, revelando así el dolo antecedente y el engaño propiciador del fraude. En estos supuestos, el dolo penal consiste en el propósito de no cumplir o iniciar muy parcialmente un cumplimiento aparente para terminar en un incumplimiento definitivo, en tanto el contrato concluido es una ficción al servicio de fraude, porque o bien se oculta el decidido propósito de incumplir la propia contraprestación, o se silencia la imposibilidad de satisfacerla en que se encuentra el agente. La distinción con los negocios válidos, pero posteriormente incumplidos, estriba en la prueba del aludido engaño previo, por cuanto la distinción o línea divisoria entre el dolo civil y el dolo penal consiste precisamente en el criterio de la tipicidad; esto es, si el comportamiento que es juzgado es subsumible en un precepto penal, el dolo será de esta naturaleza, y en los demás casos se estará en presencia del llamado dolo civil (1514/2002, de 19 de septiembre [LA LEY 433/2003], citando la 562/1997, de 21 mayo [LA LEY 8005/1997], 759/1998, de 26 mayo 1998 [LA LEY 7100/1998] y 1280/1999, de 17 septiembre [LA LEY 12093/1999]). El contrato mismo es una operación de en-

gaño, los sujetos activos del delito llevan a cabo negocios jurídicos con las víctimas, percibiendo la prestación de éstos, pero con el propósito y la previa voluntad de incumplir las contraprestaciones a que se habían obligado, apoderándose de los bienes objeto del contrato en perjuicio de la otra parte (200/2009, de 4 de marzo [LA LEY 8798/2009], 101/2009, de 6 de febrero [LA LEY 1933/2009] y 885/2008, de 16 de diciembre [LA LEY 235223/2008]). En sentido análogo, se ha dicho que el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe (802/2007, de 16 de octubre, [LA LEY 165804/2007] con cita de la 1045/1994, de 13 de mayo [LA LEY 3273/1994]). En el mismo sentido se ha dicho que el delito de estafa existe sólo en los casos en que el autor simula *ex ante* un propósito serio de contratar que actúa como engaño precedente, cuando en realidad sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de lo pactado por la parte contraria y de su propio incumplimiento, previamente decidido, del que se deriva el enriquecimiento obtenido o intentado con el consiguiente empobrecimiento del perjudicado. Por ello es piedra clave para determinar la intervención del sistema penal la objetivación de un claro y terminante ánimo de incumplir lo convenido como posicionamiento inicial. En consecuencia, y como se recoge en la 1491/2004, de 22 de diciembre [LA LEY 354/2005], en los casos en que la intención de incumplimiento haya surgido con posterioridad al contrato —dolo *subsequens*— se estaría extramuros del delito de estafa porque éste exige el previo y suficiente engaño desplegado por el sujeto activo motivador del acto de disposición efectuado en su propio perjuicio por el sujeto pasivo (1566/2004, de 26 de diciembre [LA LEY 10721/2005]). Pero, siendo un contrato de tracto sucesivo, la defraudación puede darse o sobrevenir en cualquier momento de su desarrollo (181/2005, de 15 de febrero [LA LEY 1952628/2005]). Así se plasmó en el Acuerdo Plenario de fecha 28 de febrero de 2006 [LA LEY 48907/2006], en donde, a propósito del delito de estafa y el contrato de descuento bancario, se acordó que: «el contrato de descuento bancario no excluye el dolo de la estafa si la ideación defraudatoria surge en momento posterior durante la ejecución del contrato». Es decir, tanto si la ideación criminal que el dolo representa surge en momento anterior al concierto negocial, como si surge en momento posterior, durante la ejecución del contrato, es suficiente para integrar el delito. El cambio jurisprudencial viene operado por la consideración de que no siempre es necesario exigir que el dolo sea antecedente, como condición absoluta de la punibilidad del delito de estafa. De mantener esta posición, impediría tener por típicos ciertos comportamientos en donde el contrato inicialmente es lícito, y no se advierte dolo alguno en el autor. Éste actúa confiado en el contrato, lo mismo que el sujeto pasivo del delito. Es con posterioridad en donde surge la actividad delictiva. En efecto, el agente idea que puede obtener un lucro ilícito, aprovechándose de las circunstancias hasta ese momento desplegadas, y conformando los factores correspondientes para producir el engaño (324/2008, de 30 de mayo [LA LEY 68701/2008]). La misma doctrina se ha aplicado en el denominado timo del nazareno, consistente en la acción del estafador que adquiere géneros a crédito para revenderlos seguidamente sin pagar nada al suministrador. Obviamente, para que el suministrador-estafado consienta en la entrega de mercancías a crédito, es preciso ganarse previamente su confianza y para ello nada mejor que iniciar unas operaciones mercantiles que se pagan puntualmente para, seguidamente, incrementar los pedidos y venderlos con el consiguiente beneficio para los actores que nada reembolsan al suministrador-víctima (165/2007, de 21 de febrero [LA LEY 8231/2007]). Y en el sentido parecido se ha afirmado que el engaño, sin haber sido el factor desencadenante de una relación negocial, podría surgir dentro de la misma en algún momento de su curso, determinado el posterior desarrollo y haciendo posible el delito de estafa (1311/2004, de 5 de noviembre [LA LEY 10408/2004]).

El delito de estafa se perfecciona en el momento en que tiene lugar el acto por el que quien es titular de un bien o un valor se desprende de él y éste pasa al ámbito de disposición de la persona

que con su proceder previo ha dado lugar a esa transmisión (766/2003, de 27 de mayo [LA LEY 13061/2003], 242/1995, de 17 de marzo [LA LEY 16791-R/1995] y de 2 de mayo de 1992 [LA LEY 2017/1992]).

En cuanto al **perjuicio**, éste debe ser económico (1414/2003, de 31 de octubre [LA LEY 174833/2003], 2202/2002, de 2 de enero de 2003 [LA LEY 2356/2003], entre otras). Y con mayor concreción se ha señalado que no se aprecia la existencia del perjuicio efectivo causado a la recurrente, ya que únicamente se vio afectada en sus relaciones laborales y en su reputación económica, pero sin que su patrimonio sufriera ningún quebranto por la acción defraudadora de los acusados (1881/2002, de 15 de noviembre [LA LEY 190825/2002]). El **enriquecimiento** no es un elemento del delito de estafa y que tampoco es un elemento necesario en todas las formas típicas previstas en el art. 535 CP [LA LEY 3996/1995]. Ambos delitos son, en verdad, delitos que sólo requieren el perjuicio del sujeto pasivo. En el caso de la estafa esta conclusión se deduce directamente del texto legal, que sólo requiere perjuicio (752/2007, de 2 de octubre [LA LEY 170374/2007]).

Elementos subjetivos

El dolo, entendido como conciencia y voluntad de realizar el tipo penal y el ánimo de lucro de este delito contra el patrimonio, consistente en el ánimo de obtener una ventaja patrimonial, pues se trata de un delito contra el patrimonio (2086/2002, de 12 de diciembre [LA LEY 802/2003] y 2057/2000, de 5 de enero de 2001 [LA LEY 1905/2001]). Se ha descrito el ánimo de lucro —523/1988, de 24 de marzo [LA LEY 59351-JF/0000] y 722/1999, de 6 de mayo [LA LEY 6211/1999]— como cualquier ventaja o provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el reo con su antijurídica conducta (968/2007, de 19 de noviembre [LA LEY 193625/2007]). El ánimo de lucro resulta esencial en todos los delitos contra la propiedad, pero que se obtenga la totalidad del ilícito beneficio esperado es cuestión que afecta a la fase de agotamiento del delito, no de su consumación. Lo relevante es que, producido un perjuicio económico en la víctima (1686/2001, de 24 de septiembre [LA LEY 167062/2001]). No es preciso que el lucro sea propio (440/2002, de 13 de marzo [LA LEY 6639/2002], 297/2002, de 20 de febrero [LA LEY 4203/2002], 577/2002, de 3 de abril, 238/2003, de 12 de febrero [LA LEY 1112/2003] y 80/2009, de 26 de enero [LA LEY 1920/2009]). En el mismo sentido de que no es preciso que el lucro llegue a alcanzarse la 968/2007 de 19 de noviembre [LA LEY 193625/2007]).

El dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente. Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa (512/2008, de 17 de julio [LA LEY 96503/2008] y 802/2007, de 16 de octubre [LA LEY 165804/2007]).

A propósito de los denominados contratos criminalizados, se ha dicho que la línea divisoria entre el dolo penal y el civil en relación a los delitos contra el patrimonio se sitúa en la tipicidad, de modo que únicamente cuando la conducta del infractor realiza el tipo penal descrito, es punible

la acción, lo que en relación al delito de estafa existe en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar que actúa como engaño precedente, cuando en realidad sólo quiere aprovecharse del cumplimiento de lo pactado por la parte contraria, y de su propio incumplimiento del que se deriva el enriquecimiento obtenido o intentado, con el consiguiente empobrecimiento del perjudicado (802/2007, de 16 de octubre [LA LEY 165804/2007] y 228/2005, de 24 de febrero [LA LEY 11769/2005]). Y también que el mero incumplimiento de obligaciones contraídas en cualquier negocio, no supone la comisión de un ilícito penal, en concreto de una estafa, sino que, antes al contrario, ha de acreditarse, con plena solvencia, la voluntad previa del contratante de incumplir absolutamente sus obligaciones, contraídas con el exclusivo fin de lucrarse, apropiándose del dinero por esa vía obtenido. La doctrina moderna, consciente de las dificultades probatorias que esto comporta, tiende a exigir en estos casos que el autor haya sido garante de la información que debía ser proporcionada a la otra parte (1557/2004, de 30 de diciembre [LA LEY 763/2005]).

No obstante, hay que recordar la doctrina expuesta con anterioridad en relación con los negocios jurídicos criminalizados que admite que el dolo surja en un momento posterior a la celebración del contrato.

Formas de aparición

El engaño bastante que exige el precepto penal no puede ser equiparado a engaño perfecto o eficaz, ya que, si así fuere, nunca podrían darse las formas imperfectas de ejecución de este delito, pues la perfección y efectividad del ardid supondría la consumación de la conducta típica, y, sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala presenta numerosas resoluciones de estafas en grado de tentativa que no llegaron a consumarse precisamente porque el engaño utilizado para mover la voluntad de la víctima no había alcanzado la perfección. Lo cual no quiere decir que el artificio o la maniobra engañosa no pueda ser, en tales casos, calificado de bastante (52/2002, de 21 de enero [LA LEY 3479/2002]).

El delito de estafa admite formas imperfectas de ejecución y no es descartable que una vez puesto en marcha todo el proceso defraudatorio, el resultado perjudicial no se produzca a pesar de haberse practicado todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado perseguido por el autor (60/1998, de 27 de enero [LA LEY 1511/1998]). La tentativa tiene lugar cuando no llega a producirse el desplazamiento económico (412/2002, de 20 de marzo de 2003 [LA LEY 12753/2003]).

Es aplicable la figura del delito continuado de estafa en grado de consumación cuando sólo una de las conductas delictivas alcanzó la consumación en tanto que las otras dos no pasaron de la tentativa —910/1994, de 28 de abril [LA LEY 3178/1994] y 1160/1999, de 14 de julio [LA LEY 11733/1999]—. Además, en el caso de disgregar las distintas acciones en razón del diferente grado de ejecución, se haría de peor condición al reo de la pluralidad de esos delitos de desigual grado de ejecución que al que habiendo logrado consumir todas sus actividades criminales se le imputara, como continuado, un solo delito (1962/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 1893/2001]).

Concursos

Intrusismo y estafa

La situación concursal entre el delito de intrusismo y el de estafa ha sido estudiada en diversas ocasiones por esta Sala, contabilizándose Sentencias tanto en el sentido de estimar absorbida la

estafa dentro del intrusismo, o la coexistencia independiente de ambas infracciones, en concurso real. Las Sentencias de 7 de junio de 1986 [LA LEY 75059-NS/0000] y 3 de marzo de 1997 [LA LEY 3903/1997], enfocando la conexión con la estafa en relación al hecho de haber cobrado honorarios el intrusista, estima que no por ello existe estafa y que en toda esta antijuridicidad queda englobada o subsumida dentro del intrusismo, se trata de la retribución del acto, una vieja Sentencia de 14 de febrero de 1959 sostenía el mismo criterio de estimar implícita e inherente al delito de percepción de honorarios. En sentido contrario, la de 18 de mayo de 1991 [LA LEY 10433/1991] atendiendo al bien jurídico protegido por el delito de intrusismo estima que no es un delito patrimonial y, por lo tanto, no puede incluir en sí mismo el disvalor propio de la estafa, con la consecuencia de optar por la autonomía de ambas figuras. La 295/1996, de 3 de marzo de 1997, estimando que el cobro de honorarios por el intrusista, viene a ser una consecuencia lógica del ejercicio de esos actos indebidos, no pueden dar vida al delito de estafa, aunque lo que matiza qué situación distinta sería la que se presentase en el caso de que el acusado hubiese obtenido un lucro adicional y al margen del cobro de los honorarios debidos por los actos médicos que realizó. Más recientemente, la 41/2002, de 22 de enero [LA LEY 2911/2002], en un caso de ejercicio de actos propio de un Abogado por quien no lo era, estimó, además, la existencia del delito de estafa condenando por tal. Las 1612/2002, de 1 de abril de 2003 [LA LEY 1599/2003], y 454/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12240/2003], no abordan directamente el tema de la compatibilidad entre el intrusismo y la estafa porque si bien es cierto que en la instancia se había condenado por ambas infracciones, en la casación se absolvió del delito de intrusismo porque en la primera Sentencia se trataba de un Médico que efectuó actos propios de la especialidad de oncólogo, lo que desplaza la posibilidad de la existencia de intrusismo desde la doctrina existente en relación al Médico y al especialista, y en el segundo porque no existieron actos propios de la profesión de Abogado. Cuando, además de la lógica remuneración de los actos médicos, hubo otros pagos que fueron hechos mediante un engaño precedente, que fue bastante atendiendo las concretas circunstancias personales de los pacientes, que ansiaban recuperar la salud, por lo que no es de aplicación la teoría del principio de autorresponsabilidad a que en ocasiones ha hecho uso la Sala para estimar como no bastante el engaño, hay un delito de estafa, además del de intrusismo (407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]).

Falsedad en documento privado y estafa

Constituye doctrina reiterada y consolidada de esta Sala la incompatibilidad del delito de falsedad en documento privado del art. 395 CP y la estafa del art. 248 CP y concordantes, por la fundamental razón de que la descripción del tipo falsario incorpora un elemento subjetivo del injusto integrado por el ánimo de perjudicar a un tercero («para perjudicar a otro» textualmente) y de ese modo la utilización de un documento para engañar a otro causando perjuicio en que consiste la estafa, constituye una conducta que incluye todos los elementos del art. 395, existiendo perfecta coincidencia en sus componentes típicos, pues el engaño de la estafa es el efecto producido por el documento falso (236/2009, de 12 de marzo [LA LEY 8775/2009], con cita de la 992/2003, de 3 de julio [LA LEY 13209/2003], 241/2007, de 23 de marzo [LA LEY 9719/2007], y 459/2008, de 7 de julio [LA LEY 96497/2008]).

En el plano teórico, lo correcto es que si la falsedad en documento privado ha incidido exclusivamente en el tráfico jurídico, como instrumento provocador del engaño del estafado, tal falsedad, como elemento del delito de estafa, se consumiera en ella. Cosa distinta sería que, además de tal utilización, se hubieran producido con la entrada del documento falso en el tráfico jurídico repercusiones, perturbaciones o perjuicios en otras personas o en otros intereses. En tal caso, podría

plantearse la no coincidencia del injusto y la no equiparación del engaño a la falsedad. Los casos serán excepcionales, toda vez que las falsificaciones constituyen delitos instrumentales, o lo que es lo mismo, carecen de sentido por sí mismas, hallando su justificación cuando se utilizan como medios para la consecución de otros fines ilícitos (746/2002, de 19 de abril [LA LEY 6302/2002] y 1235/2001, de 20 de junio [LA LEY 6366/2001]).

Al no exigir el tipo de la presentación en juicio de documento falso el ánimo de perjudicar o de lucro, no existe concurso de normas con el delito de estafa (1461/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 1889103/2004]).

Falsedad en documentos públicos, oficiales y de comercio y estafa

Cuando se tratara de documentos públicos, oficiales y de comercio, lo adecuado sería que tales falsedades —equivalentes al engaño de la estafa— fueran absorbidas por el delito de estafa, que además del engaño que frente a terceros provocaba el documento, incluía el ataque patrimonial. Sin embargo, ello lo impedía la mayor penalidad asignada a la falsificación de aquellos documentos. Esto hacía que la jurisprudencia no estimara consumida la estafa en ellos, cuando en buena técnica jurídica, deberían ser éstos los que se diluyeran y fundieran con la estafa. Hoy día un documento de tal naturaleza quizás debería consumirse en la estafa, si su empleo tuvo como único fin tal delito patrimonial y en él desplegó de modo exclusivo sus efectos (1235/2001, de 20 de junio [LA LEY 6366/2001]). Sin embargo, se continúa manteniendo que la estafa no absorbe la falsedad en documentos públicos, oficiales o de comercio (236/2009, de 12 de marzo [LA LEY 8775/2009]). En el mismo sentido pero con referencia expresa sólo a la falsedad en documento mercantil, la 2002/2009, de 3 de marzo [LA LEY 8796/2009], con cita de la 451/2007, de 19 de julio [LA LEY 79560/2007] y 889/2000, de 27 de mayo [LA LEY 109589/2000].

Diferencia con otros delitos

Administración desleal y estafa

En ningún caso puede hablarse de un concurso de normas entre la **administración desleal y la estafa**, ya que en esta última figura delictiva el elemento nuclear es la puesta en marcha de una maniobra engañosa en beneficio propio y perjuicio ajeno, mientras que en la administración desleal lo verdaderamente esencial —y a lo que ha querido dar respuesta y relevancia penal— es a la ruptura de los vínculos de fidelidad y lealtad que el administrador debe a la sociedad que administra. Es evidente que este comportamiento no contiene el elemento esencial de la estafa que es, como se ha dicho el engaño antecedente y causalmente determinante de la entrega de la cosa por parte del engañado (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]). Hay administración desleal y no estafa cuando el que engaña en sentido desleal, es el mismo que realiza la disposición patrimonial dentro de sus facultades de administración (314/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1467/2004]).

Apropiación indebida y estafa

La **diferencia entre la apropiación indebida y la estafa**, es que en la estafa, el sujeto pasivo se desprende de los bienes, merced al engaño causal y suficiente del agente y en la apropiación indebida la entrega se produce por un título legítimo, existiendo por tanto plena regularidad y legalidad en la inicial transmisión posesoria (646/2001, de 17 de abril [LA LEY 5900/2001]). Mientras que la estafa ha de girar en torno a un elemento esencial, cual es la existencia de un en-

gaño previo, bastante y determinante del ulterior desplazamiento patrimonial llevado a cabo por la víctima en beneficio ilícito del autor del delito, en la apropiación indebida lo característico, al margen de la inexistencia de ese engaño inicial, es la incorporación al patrimonio del agente de aquello que recibió originariamente de forma plenamente lícita, con una obligación de devolverlo que resulta posteriormente incumplida (84/2005, de 1 de febrero [LA LEY 799/2005]). Ambas infracciones tienen como elemento común la quiebra de la lealtad en las relaciones económicas. En la estafa esta quiebra es anterior al acta de disposición efectuada por la víctima y causante del mismo: es el engaño antecedente, bastante y causante, como ya se ha dicho. En el delito de apropiación indebida la quiebra de la lealtad es posterior al acto de disposición efectuado por el perjudicado, que actúa libre, espontáneamente y sin engaño, y sólo después el receptor del dinero no le da el destino a cuyo fin se efectuó el acto de disposición (928/2005, de 11 de junio [LA LEY 13246/2005]). Estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos (860/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 207472/2008], 84/2005, de 1 de febrero [LA LEY 799/2005], 415/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6632/2002], 767/1999, de 3 de mayo de 2000 [LA LEY 91717/2000] y 362/1998, de 14 de marzo [LA LEY 4418/1998], entre otras). Sin embargo, también se ha dicho a propósito de la heterogeneidad que un caso límite puede ser el del **contrato de comisión**. El comisionista que hace suyo lo recibido, pudiera decirse que engaña a su principal en la medida en que es desleal al mandato. Por lo tanto, ese hecho podría ser típico de estafa. Por otra parte, el bien o bienes los adquiere sin un engaño que vicie la voluntad del perjudicado en el desplazamiento. Esa ausencia de engaño, permite la subsunción en la apropiación indebida. Ambas calificaciones son, en hipótesis, posibles dependiendo del acento que quiera imponerse en el análisis del desplazamiento. En todo caso son defraudaciones, título común en la estafa y en la apropiación indebida por lo que la vulneración del principio acusatorio y la heterogeneidad entre ambos delitos, en supuestos como el declarado probado, queda muy desdibujado (1253/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 40/2005]).

La estafa requiere que el sujeto que realiza la disposición patrimonial lesiva del patrimonio sea el mismo que el engañado. En efecto, la estafa no consiste en engañar a cualquiera sobre cualquier extremo, sino en engañar a quien pueda jurídicamente disponer del patrimonio que resulte lesionado. Ello no quiere decir que quien realiza compras que fueron cargadas en la cuenta de otro, sin tener la autorización de éste, sea penalmente irrelevante, toda vez que su acción constituye una distracción del dinero en el sentido del art. 252 CP (112/2004, de 5 de febrero [LA LEY 1075/2004]).

Estafa y delito fiscal

En las defraudaciones contra la Administración, ésta actúa con independencia del engaño, pues se limita a constatar la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley. En el supuesto objeto de la casación que conocemos, el sujeto pasivo que recibe el engaño actúa con independencia del mismo, es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos sin que el funcionario que atiende la reclamación de la devolución del IVA pueda negar la reclamación, a salvo del estudio de los presupuestos de la devolución. Por ello, el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad en la infracción administrativa o en el tipo penal en función de la cuantía (325/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1076/2004]).

Estafa informática

El tipo penal del art. 248.2 CP tiene la función de cubrir un ámbito al que no alcanzaba la definición de la estafa introducida en la reforma de 1983. La nueva figura tiene la finalidad de proteger el patrimonio contra acciones que no responden al esquema típico del art. 248.1 CP, pues no se dirigen contra un sujeto que pueda ser inducido a error. En efecto, los aparatos electrónicos no tienen errores como los exigidos por el tipo tradicional de la estafa, es decir, en el sentido de una representación falsa de la realidad. El aparato se comporta según el programa que lo gobierna y, en principio, sin error. Asimismo, no resulta ocioso recordar que la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre «la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo», de fecha 28 de mayo de 2001, dispone en su art. 3.º que «Cada estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que las siguientes conductas sean delitos penales cuando se produzcan de forma deliberada: realización o provocación de una transferencia de dinero o de valor monetario mediante: 1.º la introducción, alteración, borrado o supresión indebidas de datos informáticos especialmente datos de identidad; 2.º la interferencia indebida en el funcionamiento de un programa o sistema informáticos» (860/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 207472/2008]).

La actual redacción del art. 248.2 CP permite incluir en la tipicidad de la estafa aquellos casos que mediante una manipulación informática o artificio semejante se efectúa una transferencia no consentida de activos en perjuicio de un tercero admitiendo diversas modalidades, bien mediante la creación de órdenes de pago o de transferencias, bien a través de manipulaciones de entrada o salida de datos, en virtud de los que la máquina actúa en su función mecánica propia. Como en la estafa debe existir un ánimo de lucro; debe existir la manipulación informática o artificio semejante que es la modalidad comisiva mediante la que torticeramente se hace que la máquina actúe; y también un acto de disposición económica en perjuicio de tercero que se concreta en una transferencia no consentida. Subsiste la defraudación y el engaño —propio de la relación personal— es sustituido como medio comisivo defraudatorio por la manipulación informática o artificio semejante en el que lo relevante es que la máquina, informática o mecánica, actúe a impulsos de una actuación ilegítima que bien puede consistir en la alteración de los elementos físicos, de aquellos que permite su programación, o por la introducción de datos falsos. Cuando la conducta que desapodera a otro de forma no consentida de su patrimonio se realiza mediante manipulaciones del sistema informático, bien del equipo, bien del programa, se incurre en la tipicidad del art. 248.2 CP (860/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 207472/2008] y 2175/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 1096/2002]).

Respecto de cuáles son los artificios semejantes, las 369/2007, de 9 de mayo [LA LEY 23131/2007], y 1476/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 397/2005], precisan que debe ser determinada por la aptitud del medio informático empleado para producir el daño patrimonial. En este sentido es equivalente, a los efectos del contenido de la ilicitud, que el autor modifique materialmente el programa informático indebidamente o que lo utilice sin la debida autorización o en forma contraria al deber (860/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 207472/2008]).

El delito de estafa del art. 248.1 CP es un delito de los denominados de relación, que requieren un contacto personal entre un sujeto activo y otro pasivo en el que se integra el engaño. La conducta declarada probada refiere esa relación personal y refiere que el engaño, esto es la apariencia de titularidad de la tarjeta se realiza por una persona hacia otra persona. Desde esta perspectiva el engaño es a una persona y no a una máquina. Cuando la conducta se realiza frente a una máquina, mediante las formas comisivas del art. 248.2 CP nos encontramos con la denominada estafa informática (807/2003, de 3 de junio [LA LEY 2615/2003], con cita de la 2175/2001, de 20 de

noviembre [LA LEY 1096/2002]). Una cosa es, por tanto, que se manipulen sistemas informáticos para defraudar, y otra, completamente distinta, que se confeccione una tarjeta mediante la incorporación falsaria de datos de origen o producción informática para, con ella, posteriormente llevar a cabo actos fraudulentos. Diferencia que claramente ha de distinguir entre el contenido de la estafa denominada informática y la cometida mediante el empleo de una tarjeta con banda magnética previamente falsificada (948/2002, de 8 de julio [LA LEY 7710/2002]). Tampoco se ha considerado estafa informática, sino robo con fuerza, la utilización en cajeros de tarjetas de crédito sustraídas a su titular o encontradas (666/1999, de 29 de abril [LA LEY 8885/1999] y 427/1999, de 16 de marzo [LA LEY 3587/1999]). Sin embargo, se ha considerado artificio semejante a la manipulación informática la conducta de quien aparenta ser titular de una tarjeta de crédito cuya posesión detenta de forma ilegítima y actúa en connivencia con quien introduce los datos en una máquina posibilitando que ésta actúe mecánicamente, está empleando un artificio para aparecer como su titular ante el terminal bancario a quien suministra los datos requeridos para la obtención de fondos de forma no consentida por el perjudicado (2175/2001, de 20 de noviembre [LA LEY 1096/2002]).

El uso de tarjetas de crédito obtenidas ilegítimamente en cajeros constituye delito de estafa informática. En este sentido, la 1476/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 397/2005], 185/2006, de 24 de febrero [LA LEY 19971/2006], 692/2006, de 26 de junio [LA LEY 70367/2006], y 39/2007, de 9 de mayo [LA LEY 23131/2007].

Artículo 249.

Los reos de estafa serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, si la cuantía de lo defraudado excediere de 400 euros. Para la fijación de la pena se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 248 y 438.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Artículo 250.

1. El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses, cuando:

1.º Recaiga sobre cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social.

2.º Se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal.

3.º Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio.

4.º Se perpetre abusando de firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando, en todo o en parte, algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.

5.º Recaiga sobre bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico.

6.º Revista especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que deje a la víctima o a su familia.

7.º Se cometa abuso de las relaciones personales existentes entre víctima y defraudador, o aproveche éste su credibilidad empresarial o profesional.

2. Si concurrieran las circunstancias 6.ª o 7.ª con la 1.ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 46.

CP: arts. 235, 456 y 457.

LOPJ: art. 11.2.

Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque.

Cosas de primera necesidad, viviendas u otros bienes de reconocida utilidad social

El supuesto más frecuentemente incardinado en el tipo agravado del número 1.º del art. 250.1 CP es la estafa que se comete engañando al que pretende comprar una vivienda y defraudándole, bien porque la misma no le es entregada, bien porque la que se le entrega tiene cargas desconocidas o calidades muy distintas de las pactadas. La redacción del precepto, sin embargo, no impide que se subsuma en él la conducta que consiste en inducir con engaño a realizar un acto de disposición sobre una vivienda que constituye un bien de primera necesidad (1625/2002, de 30 de octubre [LA LEY 97/2003]).

La agravante es de aplicación a las viviendas que constituyan el domicilio o morada del comprador, e integren por tanto bienes de primera necesidad, pero no a las de segundo uso, con finalidad de recreo (568/2008, de 22 de septiembre [LA LEY 152153/2008], 997/2007, de 21 de noviembre [LA LEY 232461/2007], 57/2005, de 26 de enero [LA LEY 20502/2005], 658/1998, de 19 de junio [LA LEY 8339/1998], con cita de la de 14 febrero 1994 [LA LEY 2727/1994], 971/1995, de 6 octubre 1995 [LA LEY 2730/1995] y 1174/1998, de 7 enero [LA LEY 763/1998]). Este subtipo penal agravado no es aplicable por el mero hecho de aparecer en la dinámica de los hechos una vivienda, sino que debe limitarse su aplicación a los casos en que el perjudicado ve frustradas las expectativas de adquirir una vivienda, como bien de primera necesidad que es (1/2007, de 2 de enero [LA LEY 86/2007]).

La categoría cosas de primera necesidad se encuentra referida a aquellas de las que no se puede prescindir, según el Diccionario de la RAE. Esto es, a los productos de consumo imprescindible para la subsistencia o la salud de las personas (981/2001, de 30 de mayo [LA LEY 6875/2001]). Así, la asistencia médica se ha considerado cosa de primera necesidad (318/2003, de 7 de marzo [LA LEY 1862/2003]). Y, de otro lado, también se han considerado cosas de primera necesidad los documentos necesarios para la lícita permanencia y trabajo de los extranjeros inmigrantes en España, que son los que en definitiva le van a servir a cada trabajador extranjero para ganarse la vida lícitamente (43/2007, de 19 de enero [LA LEY 1084/2007], y 1735/2003, de 26 de diciembre [LA LEY 12098/2004]).

El dinero no puede reputarse cosa de primera necesidad, ya que aunque pueda merecer y merezca la calificación de tal desde el punto de vista jurídico, la expresión legal que utiliza el CP, debemos entenderla en sentido físico-material. Desde ese punto de vista, el dinero no es susceptible de calificarse intrínsecamente como cosa de primera o secundaria necesidad. Las necesidades primarias deben satisfacerlas las cosas en sí, y no un instrumento, que por sí mismo, carece en su directa consideración de utilidad prestacional alguna; lo serían las cosas que pudieran adquirirse con el mismo, pero el dinero es simplemente un símbolo abstracto, sin utilidad en sí mismo (57/2005, de 26 de enero [LA LEY 20502/2005] con cita de la 432/2003, de 26 de marzo [LA LEY 12241/2003]).

Simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal

El delito de estafa procesal se compone de una serie de elementos que, debidamente fraccionados o aislados, constituirían, por sí solos, diversas modalidades delictivas en cuanto que lesionan diferentes bienes jurídicos. Su dinámica exige la puesta en marcha de una trama que necesita un complejo desarrollo y que comienza presentando, ante un órgano jurisdiccional, una petición falsa con el objeto de inducirle a que satisfaga sus pretensiones, lo que, correlativamente, podrá causar un perjuicio a la persona contra la que se dirige el proceso, cuya escenificación se consigue con premisas desleales y torticeras. Cabe distinguir entre estafa procesal, propia e impropia. Se utiliza la denominación de propia cuando el sujeto engañado es el Juez. Los ardidés, inexactitudes y falsedades, incorporadas a los documentos en que se formula la demanda o denuncia están destinados, como es lógico, a defraudar a la parte afectada o lo que es lo mismo, a tratar de conseguir una Sentencia injusta a sabiendas de la falsedad de sus pretensiones. Si se produce la resolución, el engañado realmente o el inducido a error, es el Juez, ya que la parte perjudicada conoce la verdadera realidad y es consciente de la falsedad, pero no consigue desmontarla procesalmente, a pesar de sus alegaciones y protestas. En este supuesto se produce lo que se conoce doctrinalmente como estafa triangular en la que el Juez ostenta la consideración de protagonista involuntario en virtud de la jurisdicción que ejerce. La estafa procesal impropia es aquella en la que se trata de inducir a error a la contraparte, llevándola a una vía procesal, en la que el Juez se limita a examinar las alegaciones. El que resulta finalmente condenado es el que, en virtud de estas ocultaciones o engaños, se ve perjudicado en su patrimonio de manera efectiva. Con relación a la consumación, si la conducta estuviera encajada dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y además se considerase como un delito de falsedad, no existirían problemas de consumación, ya que la acción quedaría perfeccionada por la puesta en marcha del procedimiento o la presentación del documento falso en juicio, tanto si la pretensión era la de iniciar el procedimiento, como cuando éste ya se está tramitando. Pero al ser considerado como un delito patrimonial, la consumación hay que derivarla hacia el resultado. La jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando que la consumación se produce en el momento en que se dicta la resolución injusta (en el sentido de

provocadamente injusta por el error desplegado por el agente, ocasionando el correspondiente engaño en el juzgador), y no cuando se produce el efectivo desplazamiento patrimonial, que lo será como consecuencia de la ejecución (forzosa o voluntaria) del fallo dictado, y que corre a cargo del perjudicado, que aquí no es el engañado, sino un tercero, que ordinariamente ostentará la parte contraria en la litis planteada. Esta confusión viene originada por los distintos bienes jurídicos que entran en juego en la estafa que estudiamos, como ya hemos dejado expuesto, pero que, dada su ubicación sistemática, debe ser considerada exclusivamente como un delito de contenido patrimonial. Al ser ello así, no se producirá la consumación delictiva hasta que no se ocasione el efectivo desplazamiento patrimonial, y éste, es claro, no se producirá hasta que no se ejecute el fallo judicial ganado con tan torticeros métodos, y naturalmente, el perjudicado por el delito no satisfaga el importe de lo resuelto judicialmente. Lo mismo que en la estafa simple, no basta que el error producido en el sujeto pasivo del delito le incline a una desposesión patrimonial originada por tal engaño, sino que es preciso que, de algún modo, tal desplazamiento patrimonial tenga efectividad para considerar la estafa como consumada. Mientras tanto, no nos moveremos más que en actos de ejecución (tentativa acabada o inacabada), pero nunca en actos verdaderamente consumativos, fuera de todo agotamiento delictivo, que producirá otras consecuencias, particularmente en el terreno de la responsabilidad civil (172/2005, de 14 de febrero [LA LEY 11811/2005]).

Han de concurrir los siguientes elementos:

1.º. Ha de existir un engaño bastante, requisito esencial que caracteriza a toda clase de estafa, que en estos casos ha de producirse en el seno de un procedimiento judicial;

2.º. Tal engaño bastante ha de tener por finalidad producir error en el Juez o Tribunal que ha de conocer del proceso;

3.º. El autor de este delito ha de tener intención (en las estafas procesales propias) de que el órgano judicial que conoce del procedimiento dicte una determinada resolución (acto de disposición) favorable a sus intereses; (en las estafas procesales impropias la intención es la de que el otro litigante adopte una decisión equivocada que le perjudica);

4.º. Tal intención ha de abarcar la producción de un perjuicio a un tercero, perjuicio que obviamente ha de ser ilícito en correspondencia con el ánimo de lucro, también ilícito, que constituye el motor de toda esta conducta delictiva (603/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158343/2008]).

La figura de la estafa procesal no tiene diferencias esenciales con el tipo básico de la estafa previsto en el art. 248.1 CP. Sólo tiene características especiales en lo que respecta al sujeto engañado, que debe ser un Juez y a la disposición patrimonial, que debe tener como fundamento una decisión procesal del mismo Juez engañado. Pero estas particularidades no alteran en nada lo esencial del delito. En la doctrina se ha puesto en duda la posibilidad de su comisión en procesos no contenciosos o celebrados en rebeldía, en los que el Juez sólo se limita a constatar una cierta situación de hecho no controvertida en el juicio y su relevancia jurídica, sin formarse ninguna representación falsa de la realidad, es decir, sin haber sido inducido a error mediante una prueba engañosa. No obstante, en el caso del expediente de dominio regulado por los arts. 199 y siguientes LH como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, la posibilidad de comisión del delito de estafa (procesal) no puede ser excluida en general; será necesario considerar en el caso concreto la relevancia de la prueba practicada en la toma de decisión del Juez.

La estafa procesal constituye una modalidad específicamente agravada de la estafa porque al daño o peligro que supone para el patrimonio del particular afectado, se une el atentado contra la seguridad jurídica representada por el Juez, al que se utiliza como instrumento al servicio de la actuación defraudatoria. Lo que caracteriza a la estafa procesal consiste en que el sujeto pasivo engañado es, en realidad, el titular del órgano jurisdiccional a quien, a través de una maniobra procesal idónea, se le induce a seguir un procedimiento y/o a dictar una resolución que de otro modo no hubiera seguido o dictado (649/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2502/2003], citando, entre otras, la 32/2002, 14 de enero [LA LEY 3689/2002] y 457/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4993/2002]).

Una de las modalidades es la simulación de pleito, es decir, cuando todos los litigantes de un proceso se ponen de acuerdo —colusión— para aparentar una determinada situación jurídica, con la que se engaña al Juez que dicta la correspondiente resolución lesiva para un tercero (271/1997, de 4 de marzo [LA LEY 3755/1997]).

El engaño debe tener entidad suficiente para superar la profesionalidad del Juzgador y la garantía del procedimiento (1082/2003, de 21 de julio [LA LEY 128177/2003], con cita de la 794/1997, de 30 de septiembre [LA LEY 10251/1997]). Este fraude procesal puede tener lugar mediante la presentación en juicio de elementos documentales falsos, conducta que encuentra su precisa tipificación en el art. 461.2 CP (1453/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 7853/2002]). El error en el Juez puede venir provocado por incumplir el autor la aportación de todos los elementos que legalmente le sean exigidos (521/2008, de 1 de septiembre [LA LEY 142528/2008], con cita de las de 21 de febrero de 2003 [LA LEY 12416/2003] y 14 de marzo de 2002 [LA LEY 4971/2002]).

En el CP 1995 ha desaparecido como modalidad agravada el fraude administrativo, quedando reducido este tipo cualificado únicamente a la modalidad de fraude propiamente procesal, con lo cual el fundamento de esta agravación queda ahora más claro: el atentado que supone contra el Poder Judicial (1980/2002, de 9 de enero de 2003 [LA LEY 857/2003], 457/2002, de 14 de marzo [LA LEY 4993/2002] y 271/1997, de 4 de marzo [LA LEY 3755/1997]).

También puede producirse el fraude procesal cuando el engañado no es el Juez sino la parte contraria, a la cual por determinadas argucias realizadas dentro del procedimiento —ordinariamente pruebas falsas— se le impulsa a que se allane, desista, renuncie, llegue a una transacción, etc., como solución para él más favorable (853/2008, de 9 de diciembre [LA LEY 226057/2008], 603/2008, de 10 de octubre [LA LEY 158343/2008, 965/2007, de 12 de noviembre [LA LEY 193649/2007], 878/2004, de 12 de julio [LA LEY 2571/2004], 271/1997, de 4 de mayo [LA LEY 3755/1997], con cita de las de 25 de octubre de 1978, 18 de septiembre de 1991 y 9 de marzo de 1992).

La estafa procesal en grado de tentativa concurrirá cuando el sujeto o sujetos realizan, en todo o en parte, las maniobras que objetivamente deberían producir el resultado buscado, sin que el acto de disposición patrimonial se llegue a producir por causas independientes de su voluntad (1980/2002, de 9 de enero de 2003 [LA LEY 857/2003]).

Aunque se entienda que la presentación de una denuncia en que se simula haber sido víctima de un delito puede constituir lo que la ley caracteriza como simulación de pleito o empleo de fraude procesal —interpretación que no deja de ser discutible— es evidente que, so pena de incurrir en infracción del principio *non bis in idem*, la engañosa denuncia no puede ser castigada, al mismo tiempo, como delito del art. 457 y como circunstancia específicamente agravatoria de la estafa (363/2002, de 27 de febrero [LA LEY 4956/2002]).

Esta forma agravada de estafa, incriminada en el art. 240.2 CP, no tiene por objeto sancionar a todo aquel litigante que quebrante el deber de buena fe que impone, con carácter general, el art. 11 de la LOPJ [LA LEY 1694/1985]. El legislador no ha querido incluir este delito entre los delitos contra la administración de justicia. Antes al contrario, le confiere un tratamiento sistemático agravado en el ámbito de la estafa. Sus límites han de ser fijados, además, partiendo de la idea clave de que, en un procedimiento civil, inspirado por el principio de rogación, no toda ocultación de un hecho que, de haber sido puesto en conocimiento del Juez, habría contribuido a la justicia de la resolución, puede considerarse típica. De ahí que una versión parcial —y como tal, interesada de los hechos—, una omisión de cuestiones fácticas o jurídicas de importancia para el tratamiento jurisdiccional del objeto del proceso o, simplemente, una selección del procedimiento afectada por el particular interés de quien lo promueve, no integran, sin más, la acción típica. La jurisprudencia de esta Sala ha puntualizado que quien somete a la decisión judicial lo que cree que es un derecho no puede decirse que trate de defraudar —1056/2006, 23 de octubre [LA LEY 129063/2006] y 443/2006, de 5 de abril [LA LEY 36051/2006]— (853/2008, de 9 de diciembre [LA LEY 226057/2008]).

Cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio

La inclusión en el vigente CP del subtipo agravado constituido por la realización de la estafa mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio, supone atender a que el medio implica un mayor reproche social y merece una mayor sanción penal. Este subtipo agravado implica una clara protección a la seguridad del tráfico mercantil, aumentando la sanción cuando se emplea un cheque como mecanismo para defraudar la confianza del sujeto pasivo en su regularidad mercantil, por lo que no existe en absoluto *non bis in idem* (1501/2001, de 26 de julio [LA LEY 7772/2001]). En el mismo sentido, la 1010/2005, de 31 de enero [LA LEY 14034/2005]

Se pretende que el art. 250.1.3.º consume el delito de falsedad, y no es así, pues los títulos valores a que dicha norma se refiere no es necesario que sean falsos para constituir esta modalidad agravada del delito de estafa. Si, además, hay falsedad en el correspondiente documento mercantil, es necesario aplicar también la norma que sanciona este último delito (341/2005, de 17 de marzo [LA LEY 1960732/2005] y 1430/2003, de 29 de octubre [LA LEY 10671/2004]). Pero, hay que insistir, el negocio cambiario ficticio a que alude el precepto no necesariamente se tiene que identificar por falso —con relevancia penal autónoma— (1140/2000, de 26 de julio [LA LEY 9950/2000]). La anterior doctrina, siendo mayoritaria, quedó ratificada por el Pleno no jurisdiccional de 8 de marzo de 2002, que estableció que «la falsificación de un cheque y su utilización posterior por el autor de la falsificación para cometer una estafa, debe sancionarse como concurso de delitos entre estafa agravada del art. 250.1.3.º CP y falsedad en documento mercantil del art. 392 del mismo cuerpo legal, criterio que ya anticipaba una mayoritaria corriente jurisprudencial —458/2000, de 27 de marzo [LA LEY 67397/2000], y 634/2000, de 26 de junio [LA LEY 10339/2000]— y ha sido posteriormente recogido en numerosas resoluciones —entre las que figuran la 1475/2002, de 20 de septiembre [LA LEY 7708/2002] y 1623/2002, de 8 de octubre [LA LEY 453/2003]— todas las cuales se asientan en la consideración de que el tipo agravado, prevenido en el art. 250.1.3.º CP 1995, sanciona reforzadamente la utilización de determinados documentos mercantiles como instrumento para la comisión de una estafa, con independencia de su autenticidad o falsedad, pues lo que determina una mayor penalidad es el medio utilizado para cometer la estafa, es decir, el empleo de aquellos instrumentos de pago o crédito más usuales en el ámbito mercantil. La mayor capacidad lesiva de la utilización de estos medios, por su idoneidad

para vencer las barreras de autoprotección de la víctima, dada la confianza que generan los instrumentos mercantiles, justifica la agravación, que en consecuencia concurre en cualquier caso aunque los instrumentos utilizados sean auténticos (29/2004, de 15 de enero [LA LEY 11584/2004]). En el mismo sentido, la posteriores 171/2009, de 24 de febrero [LA LEY 4681/2009], 64/2009, de 29 de enero [LA LEY 1931/2009], 63/2009, de 2 de febrero [LA LEY 2645/2009], 512/2008, de 17 de julio [LA LEY 96503/2008], y 906/2007, de 7 de noviembre [LA LEY 185173/2007], entre otras muchas).

El legislador destipificó el cheque en descubierto, que al fin y al cabo es una falsedad en documento mercantil, al consignar en un talonario propio y legítimo una cantidad que no se puede pagar por carecer de cobertura. Cuando este procedimiento se utiliza para cometer una estafa, introduce un factor de mayor intensidad en la maniobra engañosa. A estos efectos es indiferente que se trate de un talón del autor o de un talonario que no corresponde al que lo entrega como señal de solvencia. En todos estos casos, la respuesta del legislador consiste en elevar las penas al considerar que las conductas son más graves por la intrínseca naturaleza del engaño empleado. En estos casos, el documento mercantil es absoluta y exclusivamente instrumental, jugando entre el estafador y el estafado sin que haya un tercer ofendido. El perjudicado por la falsedad, también podría ser el Banco, en el caso de que la víctima obtuviera el pago indebido del cheque por descuido o negligencia de los empleados. En este caso, el Banco no es sujeto pasivo del engaño sino que es responsable civil por omisión del debido cuidado o vigilancia (1309/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 465/2005]).

Se ha considerado negocio cambiario ficticio la puesta en circulación de cambiales cuya causa real es ajena a su formal activación, sin que el simple hecho de que exista otra relación comercial en marcha entre el recurrente y la persona que aparece como aceptante en las letras de cambio que sirvieron para cometer la estafa, impida que pueda aplicarse el mencionado subtipo agravado, puesto que estas últimas cambiales nada tienen que ver con la operación lícita (1721/2001, de 1 de octubre [LA LEY 173463/2001]).

La agravante específica no es aplicable al uso de tarjetas en cajeros (564/2007, de 25 de junio [LA LEY 72199/2007]).

Abuso de firma de otro

Se ha destacado la diferente redacción de esta primera parte del art. 250.1.4.º —«abusando de firma de otro»— con relación a su precedente en el CP 1973 —«abuso de firma en blanco»—, identificando este último supuesto como el documento sin firmar o con la firma en blanco (850/2003, de 11 de junio [LA LEY 104035/2003]).

A los efectos del art. 250.1. 4.º CP, la utilización de las claves bancarias de otro no es firma (Acuerdo adoptado en Sala General, por el Pleno de la Sala segunda en su reunión de 31 de marzo de 2009 [LA LEY 110731/2009]).

Bienes que integren el patrimonio artístico, histórico, cultural o científico

Ver jurisprudencia del art. 235.

Especial gravedad, atendiendo al valor de la defraudación, a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que se deja a la víctima o a su familia

Desde la Sentencia 173/2000, de 12 de febrero [LA LEY 3989/2000], de forma invariable, aun reconociendo la redacción de los núms. 3.º y 4.º del art. 235 (hurto), en contraste con los términos del núm. 6 del art. 250, se viene dando una misma interpretación a los dos supuestos agravatorios: **basta la concurrencia de uno cualquiera de los elementos referidos en el núm. 6 citado**. Esto es, la cualificación estaría integrada por ser la estafa de especial gravedad, para cuya determinación se puede acudir indistintamente a cada uno de los tres conceptos que el propio número 6 desarrolla, aunque el primero y segundo —valor de la defraudación y entidad del perjuicio— constituyen el haz y el envés de una misma realidad (391/2007, 30 de abril [LA LEY 20358/2007], 123/2007, de 20 de febrero [LA LEY 3294/2007], 33/2004, de 22 de enero [LA LEY 1071/2004], 1655/2003, de 3 de diciembre [LA LEY 11973/2004], 550/2003, de 8 de abril [LA LEY 12559/2003] y 142/2003, de 5 de febrero [LA LEY 1162/2003]).

Desarrollando la anterior doctrina, en la 323/2005, de 11 de marzo [LA LEY 11831/2005] y la 276/2005, de 2 de marzo [LA LEY 1331/2005], se señala que nos encontramos ante una cualificación del delito de estafa determinada por la especial gravedad del hecho, una sola cualificación, para cuya determinación la Ley penal impone tener en cuenta tres criterios: 1.º) El valor de la defraudación. 2.º) La entidad del perjuicio, que como ha dicho esta Sala (S 12-2-2000) puede considerarse el reverso del mencionado criterio 1.º. Es decir, en realidad, este criterio 2.º no es un criterio más a añadir al 1.º. 3.º) La situación económica en que el delito deje a la víctima o a su familia. Desde luego, si la cantidad defraudada es por sí sola importante nadie puede dudar de que nos encontramos ante un hecho de especial gravedad. Una referencia para determinar esta cantidad puede ser la de seis millones de pesetas (treinta y seis mil euros) que venimos considerando como cifra para estimar como muy cualificada la paralela agravación establecida en el núm. 7.º del art. 529 CP 1973 a partir de una reunión plenaria de esta sala de 26-4-91, que estableció la de dos millones para apreciarla como simple. En estos casos no es necesario atender a la situación en que quedó la víctima tras el delito. Aunque el defraudado fuera, por ejemplo, un banco o una entidad pública, una cantidad importante por sí misma confiere a las estafas o apropiaciones indebidas especial gravedad. Con frecuencia alegan las defensas, en esta clase de hechos, que el uso de la conjunción copulativa «y» en el art. 250.1.6.^a, en contraposición a la disyuntiva «o» del 235.3, ha de tener como consecuencia la eliminación de la cualificación en las estafas y apropiaciones indebidas en casos de cantidades defraudadas importantes cuando no se ha dejado en mala situación a la víctima. Entendemos que con la conjunción «y» o con la «o» la agravación es única: la «especial gravedad» a determinar mediante varios criterios con los que el órgano judicial ha de razonar. Cuando tal cantidad importante —36.000 euros— no se alcance, entonces ha de entrar en juego el otro factor de medición de la especial gravedad, el de la situación económica en que el delito dejó a la víctima o a su familia. La redacción actual de este art. 250.1.6.^a CP ha introducido de alguna manera elementos subjetivos en la determinación de la especial gravedad en relación a la antigua agravante 7.^a del art. 529 del anterior CP que era de naturaleza estrictamente objetiva. En el mismo sentido, las más recientes 554/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 152139/2008], 482/2008, de 28 de junio [LA LEY 96484/2008], 102/2007, de 8 de febrero [LA LEY 10315/2007].

Sin embargo, en la 547/2005, de 6 de mayo [LA LEY 12495/2005], **se exige la concurrencia de los tres elementos**. En primer término, porque, dada la meridiana claridad con que se expresa el enunciado legal, sólo cabe estar a lo que literalmente dice. En segundo lugar, porque criterios como el valor de lo defraudado y la entidad del perjuicio, individualmente considerados, ya se toman en cuenta en el art. 249.2.º CP para la individualización de la pena en aplicación del tipo

básico. De ahí que resulte lo más racional reservar la agravación específica para los supuestos en que se diera la concurrencia simultánea de los tres factores objeto de enumeración. Esto es, para los casos en los que las consecuencias negativas de la acción inculpada revistan una particular intensidad. Y, en una última consideración, porque la lectura del precepto en el sentido de que admite la concurrencia de cualquiera de los elementos para apreciar la agravación es tanto como una reescritura del mismo, en otra clave que la que el propio texto sugiere de manera inmediata. Una clave que, además, implica la ampliación analógica contra reo de su radio de acción.

En cuanto a la primera de las referidas circunstancias —el valor de la defraudación—, para su estimación es preciso ponderar el contenido económico de las cosas al tiempo de cometerse la defraudación —510/1994, de 10 de marzo [LA LEY 2889/1994], 416/1996, de 13 de mayo [LA LEY 6462/1996] y 1394/1997, de 17 de noviembre de 1997 [LA LEY 11321/1997]— (688/2003, de 9 de mayo [LA LEY 83261/2003]). En la actualidad se acude a la cifra orientativa o referencial de 36.000 euros —6 millones de pesetas— (564/2007, de 25 de junio [LA LEY 72199/2007], 356/2005, de 21 de marzo, 276/2005, de 2 de marzo [LA LEY 1331/2005], 17/2004, de 16 de enero [LA LEY 11912/2004], 1655/2003, de 3 de diciembre [LA LEY 11973/2004], 142/2003, de 5 de febrero [LA LEY 1162/2003], además de las otras ya citadas con anterioridad).

En cuanto a la situación económica en que se deja a la víctima o a su familia, se ha apreciado en el caso de entrega de todos los ahorros (1505/2000, de 4 de octubre [LA LEY 2872/2001], y 142/2003, de 5 de febrero [LA LEY 1162/2003]).

Respecto la compatibilidad entre **el delito continuado y la figura agravada del art. 250.1.6**, la jurisprudencia de esta Sala —1236/2003, de 27 junio [LA LEY 113686/2003], 605/2005, de 11 mayo [LA LEY 1688/2005], 900/2006, de 22 junio [LA LEY 99210/2006], 919/2007, de 20 de noviembre [LA LEY 180044/2007], y 8/2008, de 24 de enero [LA LEY 471/2008]—, tiene declarado que el delito continuado no excluye la agravante de los hechos que individualmente componen la continuidad delictiva. Es decir, que si en uno de los hechos concurre una circunstancia agravante, como es la del art. 250.1.6 CP, ésta debe ser considerada como agravante de todo el delito continuado, aunque en otros hechos no haya concurrido la agravante. Ello quiere decir que en estos casos no existe vulneración del principio *non bis in idem*. Incluso respecto a la hipótesis más controvertida doctrinalmente, cuando las distintas cuantías defraudadas fueran individualmente insuficientes para la cualificación del art. 250.6.1, pero sí globalmente consideradas, el Pleno de esta Sala Segunda de 30 de octubre de 2007 [LA LEY 185107/2007] tomó el acuerdo de que cuando se trata de delitos patrimoniales, la pena básica no se determina en atención a la infracción más grave, sino al perjuicio total causado. Acuerdo que lleva en estos supuestos a la aplicación del art. 250.1.6, cuando los delitos, aun inferiores a 36.060,73 euros, en conjunto sí superan esa cifra, si bien no se aplica el párrafo 1.º del art. 74, sino el segundo, pues la suma de las cuantías ya se tiene en cuenta para agravar la pena, aplicando la del art. 250.1, y no la del art. 249 CP [LA LEY 3996/1995]. En este sentido es significativa la 950/2007, de 13 de noviembre [LA LEY 193594/2007], que acogió como doctrina correcta la que entiende que si bien el art. 74.2 constituye una regla específica para los delitos patrimoniales, tal especificidad sólo se refiere a la determinación de la pena básica sobre la que debe aplicarse la agravación, de forma que el art. 74.1 es aplicable como regla general cuando se aprecie un delito continuado, salvo en aquellos casos en los que tal aplicación venga impedida por la prohibición de doble valoración. Dicho de otra forma, la agravación del art. 74.1 sólo dejará de apreciarse cuando la aplicación del art. 74.2 ya haya supuesto una agravación de la pena para el delito continuado de carácter patrimonial. La Sala ha entendido hasta ahora de forma pacífica que cuando se trata de infracciones patrimoniales, la pena se impondrá teniendo en cuenta

el perjuicio total causado conforme dispone el art. 74.2 CP. De manera que si la suma de ese perjuicio es superior a 36.060,73 euros, la pena procedente es la prevista en el art. 250.1.6.º, y si es inferior a esa cifra, la del art. 249, o en su caso, la correspondiente a la falta. Cuando esa cifra (la relevante para incrementar la pena básica) se alcanza por la suma de las diferentes infracciones, acudir a la agravación del apartado 1 del art. 74 vulneraría la prohibición de doble valoración de una misma circunstancia o de un mismo elemento, pues de un lado se ha tenido en cuenta para acudir al art. 250.1.6.ª, con la consiguiente elevación de la pena (o para convertir varias faltas en un delito) y de otro se valoraría para acudir al art. 74.1, agravándola nuevamente. Ello conduciría a determinar la pena conforme al perjuicio total causado pero sin que fuera preciso imponerla en su mitad superior, de forma que el Tribunal podría recorrer la pena en toda su extensión. Por lo tanto, la regla del art. 74.2 resulta específica para los delitos contra el patrimonio en el sentido de que la pena básica que debe ser tenida en cuenta en el caso de estos delitos continuados no es la correspondiente a la infracción más grave sino la correspondiente al perjuicio total causado, ambas en su mitad superior (pudiendo alcanzar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado). De esta forma, el delito continuado patrimonial recibiría un trato penológico similar a cualquier otro delito continuado. Como excepción a la regla anterior se presentan aquellos casos en los que la aplicación del art. 74.1 infringiera la prohibición de doble valoración, lo que tendría lugar cuando la valoración del perjuicio total causado ya supusiera un aumento de la pena correspondiente a las infracciones cometidas separadamente consideradas (860/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 207472/2008], 662/2008, de 14 de octubre [LA LEY 169553/2008]).

Por último, el hecho de que después de cometido el acto delictivo hiciera devolución al perjudicado de 2.200.000 pesetas, es cuestión que debe influir únicamente en la aplicación de la correspondiente atenuante y sus consecuencias penológicas (1695/2003, de 18 de diciembre [LA LEY 213422/2003]).

Abuso de relaciones personales o aprovechamiento de credibilidad empresarial o profesional

El número 7.º del art. 250 CP recoge dos especificaciones de un genérico abuso de confianza, caracterizadas por la naturaleza de la fuente que provoca la confianza quebrantada: de una parte la «credibilidad empresarial o profesional», del sujeto activo, que de este modo se aprovecha precisamente de la confianza que a la víctima produce su aparente capacidad y buen hacer como profesional o como empresario; y de otra parte, el abuso de las «relaciones personales existentes» entre ambos: su apreciación, en el caso de la apropiación indebida o de la estafa, exige una previa relación entre sujeto y víctima distinta de la que por sí misma representa la relación jurídica que cobija la recepción de lo poseído con obligación de entregarlo o devolverlo; relación personal previa de confianza que pudiendo ser de muy variada naturaleza ha de añadir un plus de desvalor al que ya supone el quebranto de la confianza inherente al propio título posesorio (64/2009, de 29 de enero [LA LEY 1931/2009], 554/2008, de 24 de septiembre [LA LEY 152139/2008] y 1028/2007, de 11 de diciembre [LA LEY 224588/2007]).

La aplicación de este subtipo agravado queda reservada para aquellos supuestos en los que además de quebrantar una confianza genérica, subyacente en todo hecho típico del delito de esta naturaleza, se realice la acción típica desde una situación de mayor confianza o de mayor credibilidad que caracteriza determinadas relaciones previas y ajenas a la relación subyacente (568/2008, de 22 de septiembre [LA LEY 152153/2008], 669/2007, de 17 de julio [LA LEY 118134/2007], y 132/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9729/2007]). A fin de no lesionar el prin-

cipio *non bis in idem*, es preciso que haya un algo más que añadir a la infracción penal de que se trate, un plus a sumar a la ilicitud propia del tipo base. Por lo que se refiere al delito de estafa, para poder apreciar esta agravación del art. 250.1.7.º, junto al engaño característico de esta clase de infracción penal, ha de existir alguna situación, anterior y ajena a los actos defraudatorios en sí mismos considerados, de la que abuse o se aproveche el sujeto activo para la comisión de tal delito (9/2008, de 18 de enero [LA LEY 472/2008]). En definitiva, un plus que hace de mayor gravedad el quebrantamiento de confianza implícito en delitos de este tipo, pues en caso contrario, tal quebrantamiento se encuentra ordinariamente inserto en todo comportamiento delictivo calificable como estafa (785/2005, de 14 de junio [LA LEY 2024708/2005], 577/2005, de 7 de abril [LA LEY 296889/2005] 890/2003, 19 de junio [LA LEY 108333/2003], citando la 2549/2001, de 4 de enero de 2002 [LA LEY 2252/2002] y 1753/2000, de 8 de noviembre [LA LEY 11312/2000]). Así, precisamente porque la especial relación personal entre las víctimas ingresadas en una Residencia de Ancianos y la defraudadora, propietaria y directora de la misma, no constituye el sustrato del engaño, que se apoya de modo sustancial en las maniobras fraudulentas de la condenada y en la fragilidad mental de sus víctimas, sino una circunstancia de la que se abusa para facilitar el expolio, es por lo dicho que estima el Legislador que debe ser sancionado de modo agravado (1038/2003, de 16 de julio [LA LEY 2674/2003]). Por el contrario, no se ha apreciado la agravante al no existir fundamento para afirmar que entre los acusados y las personas con las que se relacionaron al realizar los hechos preexistiera una relación de confianza, sino que los acusados generaron reflexivamente esa confianza en los captados como inversores, quienes, a su vez, fiados de la bondad del negocio, transmitieron esa misma confianza a sus familiares o conocidos (1516/2001, de 18 de julio [LA LEY 8463/2001]).

Se ha apreciado la agravante al compañero sentimental de la hija de la víctima 142/2003, de 5 de febrero [LA LEY 1162/2003]; y a quien mantenía relaciones sentimentales con la víctima (2015/2001, de 22 de diciembre de 2000 [LA LEY 1902/2001]).

El solo hecho de la vecindad no integra esta circunstancia (947/2003, de 30 de junio [LA LEY 13299/2003]), pero sí la incipiente amistad de vecindad posteriormente reforzada (626/2002, de 11 de abril [LA LEY 5706/2002]).

Esta agravante específica puede concurrir cuando la agente tiene la condición de Letrada por el reforzamiento de la confianza derivado de esa relación profesional (1753/2000, de 8 de noviembre [LA LEY 11312/2000]). Aun no mediando una relación profesional propiamente dicha, también se ha aplicado a quien se valió de su condición de Letrado (invocando esa condición en los documentos, indicando la ubicación de su despacho y empleando papel de la Mutualidad General de la Abogacía) para obtener una apariencia de seriedad y legalidad en su actuación. Sin embargo, la 254/2007, de 3 de abril [LA LEY 11206/2007], ha considerado que el abuso de la confianza derivada de la relación personal entre el Abogado y su cliente es, sin duda, un elemento inherente del tipo de la distracción de dinero del art. 252 CP. Consecuentemente, su apreciación como agravante de la distracción de dinero vulnera la prohibición de doble valoración de las circunstancias del tipo, una como elemento de la tipicidad y otra como agravante, prevista por el art. 67 CP.

Se ha apreciado esta agravante específica en el caso de engaño a una compañía aseguradora por parte de un agente de seguros ligado a aquélla por un contrato de agencia (3/2004, de 15 de enero [LA LEY 1542844/2004]).

Artículo 251.

Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:

1.º Quien, atribuyéndose falsamente sobre una cosa mueble o inmueble facultad de disposición de la que carece, bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado, la enajenare, gravare o arrendare a otro, en perjuicio de éste o de tercero.

2.º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste, o de un tercero.

3.º El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 268, 269 y 438.

CC: art. 1473.

Decreto de 2 de junio de 1944, que aprueba el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado: art. 175.

Aspectos generales

A la vista de la nueva regulación parece más adecuada la postura doctrinal que considera estos delitos como **modalidades de estafa impropia**, en el sentido de que para su punición **no es necesario que concurran todos los elementos que componen la definición de la estafa propia**, la del art. 248. Se trata de delitos específicos con un contenido autónomo y con penalidad diferente. Ya no hay remisión a las penas de la estafa ordinaria, ni puede aplicarse agravación aunque concurra alguna de las circunstancias recogidas en el art. 250, a diferencia del sistema recogido en los arts. 531 y 532 CP 1973 que hacía una remisión a las penas del art. 528, lo que implicaba otra a las circunstancias agravatorias del 529. Hay una independencia de punición que es un argumento más en pro del carácter impropio de estas particulares figuras de estafas ahora recogidas en el art. 251: si hay comportamientos que reúnen los requisitos de alguna de estas modalidades del art. 251, la conducta debe considerarse punible aunque no se adecue al tipo ordinario del 248 (1809/2000, de 24 de noviembre [LA LEY 1750/2001]).

La figura de la doble venta puede encajar en el número 1.º del art. 251 —enajenación mediante atribución falsa de una facultad de disposición de la que se carece por haberla ya ejercitado en perjuicio del adquirente o de un tercero— y también el segundo inciso del número 2.º del mismo art. 251 —nueva enajenación antes de la definitiva transmisión al primer adquirente en perjuicio de éste o de un tercero— (1809/2000, de 24 de noviembre [LA LEY 1750/2001], y 1651/2003, de 5 de diciembre [LA LEY 203389/2003]).

Atribución de facultad de disposición

La propia naturaleza defraudatoria del tipo penal previsto en el número 1.º del art. 251, como estafa especial evidencia la exigencia de un engaño consistente en atribuirse falsamente sobre una cosa facultad de disposición de la que se carece, quien la enajena, grava o arrienda. Por lo tanto, el engaño que esa falsa atribución representa no existe cuando el adquirente conoce que

no es propietario quien la vende. La venta de cosa ajena en nuestro ordenamiento es en principio una compraventa válida y lícita por razón del carácter meramente obligacional del contrato como título de adquisición del dominio, y ser la *traditio* a través de sus distintas formas el modo de adquisición. Esto permite a quien vende lo que al contratar todavía no es suyo adquirir la propiedad para transmitirla con la entrega posterior de la cosa, cumpliendo la obligación asumida. Ahora bien: ello exige para su licitud el conocimiento de la ajenidad por parte del comprador, porque si el vendedor se atribuye falsamente una disponibilidad de la que en realidad carece, la venta se constituye en un engaño que el CP ha tipificado como figura de estafa dentro de las defraudaciones, por la idoneidad que aquél representa para inducir al comprador a pagar el precio de lo que erróneamente cree adquirir (817/1999, de 14 de diciembre [LA LEY 2406/2000]).

Comete este delito el que finge un apoderamiento para vender (890/2007, de 31 de octubre [LA LEY 170574/2007]).

Ocultación de la existencia de cargas al disponer o posterior gravamen o enajenación después de la primera disposición

Esta especial figura de estafa —**art. 252.2.º CP**— reúne todos los requisitos de la figura ordinaria —art. 248 CP—, pero con las singularidades que se derivan de su tipificación por separado, y que son las siguientes:

1.ª Ha de existir un bien gravado, sea mueble o inmueble. La doctrina jurisprudencial viene interpretando el concepto de gravamen que incluye, desde luego, los constitutivos de derechos reales que son el paradigma de las cargas requeridas para la existencia de este delito, y entre ellos en primer lugar la hipoteca. La posibilidad de acudir al Registro de la Propiedad para conocer la existencia del gravamen no impide la realización de este delito —1320/1998, de 5 de noviembre [LA LEY 137/1999] y 44/2000, de 25 de enero [LA LEY 3612/2000], entre otras muchas—. El concepto de carga, por mucha flexibilidad que el legislador quiera atribuir, no puede desbordar la idea que esta Sala ha venido manejando al considerar como tal: «cualquier gravamen que pudiera pesar sobre la finca afectando de forma directa su valor de mercado», pero en todo caso debe incidir particular e individualizadamente sobre la vivienda o inmueble en general y alguna persona (física o jurídica) debe ostentar la titularidad de tal carga. La doctrina de esta Sala ha llegado a decir que el gravamen a que el precepto se refiere no queda limitado exclusivamente a las reales como prendas o hipotecas, sino también a anotaciones preventivas, embargos judiciales y prohibiciones de enajenar. Pero no debe alcanzar a una resolución general de un Ayuntamiento (Decreto) que trata de paliar una emergencia que ocasiona un daño en las viviendas de un importante número de vecinos, y que con tal finalidad prevé o proyecta un Plan de actuación especial para evitar peligros o favorecer socialmente a las personas afectadas. La carga o gravamen supone una limitación en las facultades de disponer y disfrutar del dueño de la cosa en beneficio de la persona en cuyo favor se constituye (215/2004, de 23 de febrero [LA LEY 1198/2004]).

2.ª Sobre ese bien gravado ha de existir un acto de disposición a título oneroso, siendo también la compraventa el paradigma de esta clase de actos.

3.ª En ese contrato —acto de disposición— relativo a una cosa gravada se ha de disponer como libre, o, como de modo más expresivo dice ahora el art. 251.2.º CP vigente, se ha de ocultar la carga o gravamen existente sobre la cosa de que se dispone. Tal ocultación de gravamen a quien paga un precio calculado como si tal gravamen no existiera constituye el engaño propio de esta clase especial de estafa.

4.^a Lo constituye el perjuicio que ha de existir en ésta como en las demás estafas.

5.^a Como en todas las estafas y en otros delitos de contenido patrimonial, ha de concurrir también un elemento subjetivo del injusto, el ánimo de lucro, que exige una específica dirección en la intención del sujeto hacia un enriquecimiento propio o ajeno.

6.^a Ha de estar presente el dolo, como requisito exigido en todos los delitos dolosos, integrado por la conciencia y voluntad en relación con los elementos objetivos del tipo, que son los cuatro primeros de la presente enumeración, elemento al que se alude expresamente en la norma penal aquí examinada, la del art. 531.2, cuando se utiliza la palabra «sabiendo». Ha de conocer el sujeto activo que había un gravamen y que en su acto de disposición ocultó su existencia con el consiguiente perjuicio para los adquirentes.

7.^a El sujeto activo del delito ha de ser quien tiene título suficiente para disponer del objeto gravado que se enajena —delito especial— (846/2000, de 22 de mayo [LA LEY 8925/2000]).

Los requisitos exigidos para la sanción de la **dobles venta** como delito del **art. 251.2.º CP** son los siguientes:

1.º Que haya existido una primera enajenación —por ejemplo, venta realizada por documento privado—.

2.º Que sobre la misma cosa antes enajenada haya existido una segunda enajenación antes de la definitiva transmisión al adquirente, es decir, antes de que el primer adquirente se encuentre con relación a la cosa adquirida en una posición jurídica tal que el anterior titular ya no esté capacitado para realizar un nuevo acto de disposición en favor de otra persona. En el presente caso, el primer contrato se hizo en documento privado, que como tal no pudo tener acceso al Registro de la Propiedad, de modo que no hubo una primera transmisión definitiva, y por ello el acusado estaba en condiciones de volver a vender de nuevo, aunque fuera ilícitamente, a favor de otras personas.

3.º Perjuicio de otro, que puede ser el primer adquirente o el segundo, según quién sea el que en definitiva se quede con la titularidad de la cosa doblemente enajenada, para lo cual hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 1473 CC.

4.º Además, ha de concurrir el dolo como en todos los delitos dolosos, consistente en este caso en haber actuado el acusado en tales hechos con conocimiento de la concurrencia de esos tres requisitos objetivos antes expuestos: la existencia de esas dos enajenaciones sucesivas sobre la misma cosa y del mencionado perjuicio (1809/2000, de 24 de noviembre [LA LEY 1750/2001]).

Para apreciar la existencia del delito no es necesario que se haya producido la *traditio* (1118/2008, de 8 de enero [LA LEY 466/2008], 805/2007, de 10 de octubre [LA LEY 170575/2007], 203/2006, de 28 de febrero [LA LEY 20563/2006], 1651/2003, de 5 de diciembre [LA LEY 203389/2003], y 1193/2002, de 28 de junio [LA LEY 121787/2002]). Sin embargo, el precepto no es aplicable cuando las partes no tienen la recíproca intención de comprar y vender (805/2007, de 10 de octubre [LA LEY 170575/2007]).

Contrato simulado

El contrato simulado otorgado en perjuicio de tercero constituye una modalidad de delito de estafa denominada falsedad defraudatoria o estafa documental, resultando evidente su aproxi-

mación a la falsedad documental, en el que varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce, normalmente en una escritura pública o en un documento privado. Esta figura delictiva exige para su apreciación:

1.º En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del cual se pone de relieve un negocio jurídico, bien sin existencia real alguna (simulación absoluta) o bien con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa).

2.º Desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes.

3.º En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar un perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio del sujeto activo de la acción (1348/2002, de 18 de julio [LA LEY 394/2003], 383/2002, de 6 de marzo [LA LEY 4077/2002] y 1307/1993, de 4 de junio [LA LEY 3685-5/1993]).

El fin de perjudicar a terceras personas mediante la simulación del contrato integra un elemento tendencial incorporado al tipo (817/1999, de 14 de diciembre). Pese a la realidad de un contrato simulado, quedan excluidas tanto la intención como la potencialidad de dicho negocio jurídico para causar un efectivo y causal perjuicio, cuando su finalidad no fue sino la de consolidar un derecho que ya se había adquirido (1621/1998, 28 de diciembre [LA LEY 2272/1999]).

Este delito no constituye la estafa propia descrita en el art. 248. Junto a esta última se han venido tipificando otras conductas que constituyen supuestos de estafa específicos o impropios, porque no responden en su dinámica comisiva a los requisitos de la estafa genérica. En ellos esencialmente el dolo típico de la misma —propósito de engañar del sujeto activo— no tiene por qué darse en el momento inicial de la acción defraudatoria, sino que se produce con posterioridad. Igualmente tiene lugar la colusión entre los otorgantes del contrato simulado, siendo el tercero ajeno al mismo, que no es directamente el receptor del engaño, y por ello no puede afirmarse, como sucedería en la estafa propia, que realice un acto de disposición patrimonial como consecuencia de aquél (1004/2002, de 30 de mayo [LA LEY 7324/2002]).

El art. 250 es sólo de aplicación a las estafas genéricas y no a las del art. 251 (890/2007, de 31 de octubre [LA LEY 170574/2007]).

SECCIÓN 2.ª

De la apropiación indebida

Artículo 252.

Serán castigados con las penas del art. 249 o 250, en su caso, los que en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido, cuando

la cuantía de lo apropiado exceda de cuatrocientos euros. Dicha pena se impondrá en su mitad superior en el caso de depósito necesario o miserable.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 249, 250, 268, 269, 295, 432, 435, 438 y 623.

CC: arts. 609, 1709 y ss., 1758 y ss., y 1665 y ss.

CCom.: arts. 244 y ss. y 305 y ss.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

La doctrina de esta Sala viene manteniendo que el art. 252 del vigente Código Penal, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 CP, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio (570/2008, de 30 de septiembre [LA LEY 152154/2008]).

El bien jurídico protegido por el delito de apropiación indebida es el patrimonio privado (1480/2003, de 5 de noviembre [LA LEY 10789/2004]). El bien jurídico protegido en la apropiación indebida es la propiedad cuando se transmite la posesión de una cosa no fungible que debe ser devuelta (399/2001, de 14 de marzo [LA LEY 4710/2001], y 1468/1998, de 25 de noviembre [LA LEY 176/1999]).

Elementos del delito

En este delito viene la doctrina de esta Sala exigiendo los siguientes elementos:

1.º Una inicial posesión regular o legítima por el sujeto activo, del dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. Actualmente ampliados a valores o activos patrimoniales.

2.º Que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa o el dinero (la misma cantidad).

3.º Que el sujeto activo rompa la confianza o lealtad debida, mediante un acto ilícito de disposición dominical, que siendo dinero debe tratarse de un acto definitivo sin retorno.

4.º Conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia o darle un destino distinto al pactado, determinante de un perjuicio ajeno (1077/2007, de 13 de diciembre [LA LEY 202439/2007], 1113/2005, de 15 de septiembre [LA LEY 14117/2005], 212/2004, de 23 de febrero [LA LEY 12547/2004], 1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003], y en sentido análogo, entre otras muchas, la 905/2004, de 12 de julio [LA LEY 13854/2004], y la 341/2004, de 5 de marzo).

En sentido parecido, pero añadiendo el perjuicio patrimonial y sin hacer referencia al elemento subjetivo la 894/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 235230/2008], 735/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 175950/2008], y 570/2008, de 30 de septiembre [LA LEY 152154/2008], señalan los siguientes elementos:

1.º Que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

2.º Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver.

3.º Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquél para el que fue entregada, o bien cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado, supuesto que en nuestra jurisprudencia hemos denominado de administración desleal que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

4.º Que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

La 1065/2007, de 12 de diciembre [LA LEY 216847/2007], matiza que no es necesario que se produzca un lucro personal o enriquecimiento del autor, bastando el perjuicio del sujeto pasivo. Y la 840/2008, de 11 de noviembre [LA LEY 226067/2008], que no es precisa la incorporación al propio patrimonio de lo sustraído.

El delito de apropiación indebida se caracteriza, en suma, por la transformación que el sujeto activo hace convirtiendo el título inicialmente legítimo y lícito en titularidad ilegítima cuando se rompe dolosamente el fundamento de la confianza que determinó la entrega del dinero o efectos (4 de febrero de 2003 [LA LEY 1548/2003], 1332/2003, de 15 de julio [LA LEY 393/2003], con cita de la 2016/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2371/2002]). Pueden diferenciarse, por lo tanto, dos etapas. En la primera, el autor, de forma lícita, generalmente contractual, recibe en calidad de depósito, comisión o administración o por cualquier otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, o en la dicción del actual art. 252, además, valores o cualquier activo patrimonial. Esta recepción se caracteriza por venir acompañada de una finalidad específica de devolución de lo entregado, o bien de proceder a darle un destino determinado, consistente en la entrega a un tercero. Finalidad que queda concretada en los términos del título que justifica la recepción. En la segunda fase, el autor transforma esta situación legítima en disposición ilegítima, bien apropiándose de los bienes recibidos o bien disponiendo de ellos más allá de lo autorizado, incumpliendo así la finalidad derivada del título por el que los recibió. En ocasiones se ha dicho que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar

ilícitamente sobre el bien, disponiendo del nuevo como si fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones insitas en el título de recepción, establecidas con garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron (915/2005, de 11 de julio [LA LEY 13245/2005], 114/2005, de 31 de enero [LA LEY 1953763/2005], y 18/2005, de 15 de enero [LA LEY 1925690/2004], entre otras muchas).

Títulos

Es uno de los elementos del delito el que la recepción de lo apropiado haya tenido lugar en virtud de alguno de los títulos mencionados expresamente o bien de aquellos otros que, no citados en el precepto, produzcan la obligación de entregar o devolver lo recibido, y después apropiado o distraído. La regulación legal ha sido entendida, por su propia redacción literal, como un supuesto de *numerus apertus*, lo que permite incorporar cualquier título, incluso los atípicos, pero exigiéndose en todo caso que la entrega del bien de que se trate lleve incorporada la referida obligación de entregar o devolver (1456/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10729/2004]). En sentido parecido, la 782/2008, de 20 de noviembre [LA LEY 193675/2008], dice que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver —570/2008, 30 de septiembre [LA LEY 152154/2008], 374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008], y 78/2008, de 8 de febrero [LA LEY 17701/2008], entre otras muchas). De manera análoga se ha dicho que en el delito de apropiación indebida, el título por el que se recibe la cosa ha de originar la obligación de entregarla o devolverla a su legítimo propietario. Los títulos que el art. 252 relaciona específicamente, como el depósito, la comisión y la administración no constituyen un *numerus clausus*, sino una fórmula abierta, como lo pone de manifiesto la propia expresión utilizada por el precepto —o por otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos—, de tal suerte que hay que incluir en el ámbito del tipo penal todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación mencionando incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la Ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver (165/2005, de 10 de febrero [LA LEY 12342/2004], 4 de febrero de 2003 [LA LEY 1548/2003], 1311/2000, de 21 de julio [LA LEY 10834/2000], 1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001], 445/2002 de 8 de marzo [LA LEY 4996/2002], 916/2002, de 24 de mayo [LA LEY 99662/2002], 1289/2002, de 9 de julio [LA LEY 398/2003], 1708/2002, de 18 de octubre [LA LEY 1879/2003], y 1957/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 1379/2003]). En sentido análogo, la 181/2003, de 11 de febrero [LA LEY 11042/2003], y la 2086/2002, de 12 de diciembre [LA LEY 802/2003], que añaden que quedan excluidos los títulos que transmiten la propiedad). Pero, matizando en relación con los títulos que transmiten la propiedad, la 78/2008, de 8 de febrero [LA LEY 17701/2008], ha dicho que el art. 252 termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa se incorpora al patrimonio de quien antes no era su dueño, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible, en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación

diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La Sentencia condenatoria por delito de apropiación indebida debe precisar el título en cuya virtud el acusado poseía el bien del que ilegítimamente dispone, para poder constatar que efectivamente se trata de un título de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa (955/1997, de 1 de julio [LA LEY 9736/1997]).

Se han considerado **títulos que puede dar lugar a la apropiación indebida** los siguientes: contrato de correduría (445/2002, de 8 de marzo [LA LEY 4996/2002]) compraventa con reserva de dominio (ATS de 31 de octubre de 2001, 1505/2001, de 23 de julio [LA LEY 7735/2001] y 1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002]) contrato de exposición o venta en comisión (1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001]) el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios (78/2008, de 8 de febrero [LA LEY 17701/2008], 165/2005, de 10 de febrero [LA LEY 12342/2004], 1441/2004, de 8 de octubre [LA LEY 10694/2004], 1505/2001, de 23 de julio [LA LEY 7735/2001] y 1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002]); contrato de mensajería que es de naturaleza análoga al del transporte (1818/1999, de 24 de diciembre [LA LEY 191060/1999]); contrato de arras (638/1999, de 21 de abril [LA LEY 5637/1999]). En el caso de arrendamiento de inmuebles, se ha considerado apropiación indebida la retención por el arrendador de los muebles que allí había, negando su entrega (337/2005, de 16 de marzo [LA LEY 1960715/2005]). Como señalan, entre otras, las Sentencias de 1083/1996, de 23 diciembre 1996 [LA LEY 1248/1997] y 746/1998, de 20 julio [LA LEY 9344/1998], la derogación por el nuevo CP del art. 6.º de la Ley 57/1968, de 27 julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, no determina la despenalización de los hechos a que el mismo se refiere, ya que sigue manteniéndose su subsunción en el delito de apropiación indebida, cuando el promotor o constructor desvía de la finalidad legal y contractualmente prevista, las cantidades percibidas. En realidad la derogación citada carece de relevancia, pues la norma derogada constituía una redundancia desde el momento en que la doctrina jurisprudencial venía considerando que, en cualquier caso, resultaba exigible la concurrencia de todos los requisitos integradores de la apropiación indebida —729/1992, de 21 marzo [LA LEY 2719-JF/0000], y 25 abril 1994 [LA LEY 3149/1994], entre otras— (964/1998, de 27 de noviembre [LA LEY 129551/1998]). En el mismo sentido, 1184/1997, de 21 de noviembre [LA LEY 72/1998], y 1353/1997, de 24 de noviembre [LA LEY 48/1998]). La acción del otorgamiento de poderes para disponer sobre el dinero es exactamente idéntica a la entrega material del dinero y cumple con los requisitos de la *traditio*, porque el poder con facultades para disponer conlleva poner el dinero «en poder y posesión» del administrador.

Se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno (1505/2001, de 23 de julio [LA LEY 7735/2001], y 1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002], entre otras muchas). También se han excluido la compraventa, la permuta y la donación (78/2008, de 8 de febrero [LA LEY 17701/2008], 1818/1999, de 24 de diciembre [LA LEY 191060/1999], y 165/2005, de 10 de febrero [LA LEY 12342/2004], que añade a los anteriores el préstamo y el mutuo). El incumplimiento de contratos de préstamo de dinero no generan por sí mismos la aplicación del art. 252 CP, dado que el dinero dado en préstamo es adquirido por el prestatario en propiedad, lo que excluye que el supuesto objeto de la apropiación sea ajeno, como lo requiere el texto del artículo citado (272/2005, de 1 de marzo [LA LEY 1284/2005]). En el Pleno no jurisdiccional de 3 de febrero de 2005 se decidió que las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar

carecen de efecto en el ámbito de los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles. Se trata de cláusulas, por lo tanto, que sólo tienen efectos obligacionales siempre y cuando los contratos hayan sido inscritos en el Registro de Venta a Plazos. Consecuentemente, se trata de cláusulas que no convierten por sí mismas la infracción del derecho civil en una conducta de relevancia penal. Dos razones avalan este punto de vista: en primer lugar, el Derecho penal no puede ser objeto de contratación entre las partes. En segundo lugar la criminalización del incumplimiento de las obligaciones emergentes de un contrato de compraventa sería incompatible con el principio de proporcionalidad (410/2005, de 28 de marzo [LA LEY 12197/2005]). El precio que un comprador paga al vendedor lo adquiere éste, en principio, para sí, es decir, se hace dueño del precio y su importe se incorpora a su patrimonio, perteneciéndole la disponibilidad del mismo. No adquiere la sola posesión del precio cobrado, sino que ya hace suyo lo que se le paga, desde el momento en que lo recibe. Si además existe un préstamo concertado entre el vendedor de la cosa y una entidad bancaria, el prestatario tendrá la personal obligación de pagarlo, como deudor del mismo frente a la entidad que presta, pero es una obligación personal independiente de la de pagar el precio que asume el comprador del inmueble, aunque esté hipotecado en garantía del préstamo (228/2009, de 6 de marzo [LA LEY 23083/2009]). Lo que *sensu contrario* debe interpretarse como que sí se comete el delito cuando en el contrato de compraventa se pacta expresamente que el precio (en todo o en parte) debe destinarse a la amortización del préstamo obtenido por el vendedor y éste lo distrae.

El caso del incumplimiento (se entiende definitivo) de la devolución por el **arrendatario de cosas muebles** ha sido considerado como una de las obligaciones típicas cuyo incumplimiento da lugar a la apropiación indebida del art. 252 (691/2007, de 16 de julio [LA LEY 79341/2007], con cita de la 50/2000, de [LA LEY 8665/2000]). La misma 691/2007, de 16 de julio, con cita de la 18/2005, de [LA LEY 7739/2005], 9 de octubre de 1992 [LA LEY 1959-5/1993], y 4 de diciembre de 1987 [LA LEY 58491-JF/0000], matiza que el incumplimiento de la obligación de restituir en el plazo contratado un vehículo arrendado, no configura apropiación (ni en el sentido del hurto, ni en el de la apropiación indebida) si finalmente se lo devuelve, salvo el caso en el que el tiempo de uso sea tan significativo que haya hecho perder al objeto su valor de forma considerable (SSTS de 4.12.1987 [LA LEY 58491-JF/0000]; 9.10.1992 [LA LEY 1959-5/1993]; 18/2005 [LA LEY 7739/2005]). En relación con el **arrendamiento de servicios** se ha matizado que la doctrina jurisprudencial ha considerado que los títulos hábiles para generar, mediante la apropiación o distracción del dinero recibido, el delito de apropiación indebida, son aquellos que suponen recepción del dinero para darles un determinado destino. No ocurre tal cosa, por lo general, con el precio pactado y entregado en un arrendamiento de servicios aunque posteriormente el contrato se rescinda y los servicios no se presten, a no ser que el deudor del trabajo niegue haber recibido el precio, rescinda arbitrariamente el contrato o haya tenido el propósito, desde el principio, de no cumplir lo pactado y enriquecerse ilícitamente, en cuyo caso su conducta no será constitutiva de apropiación indebida sino de estafa (1874/2000, de 5 de diciembre [LA LEY 223628/2000]). En el mismo sentido se ha dicho que el pago de un servicio por adelantado no es equivalente a una comisión, a un depósito o al otorgamiento de poderes para administrar, dado que sólo tiene la función de pagar, es decir, de extinguir la obligación de una parte del contrato (33/2007, de 1 de febrero [LA LEY 1081/2007]). Sin embargo, en la más reciente 498/2008, de 14 de julio [LA LEY 96499/2008], se ha dicho que en el caso de arrendamientos de servicios es evidente que no habiéndose prestado por el arrendatario los servicios contratados y parcialmente pagados mediante provisión de fondos, surge ineludiblemente la obligación de devolución, salvo que se acredite

que ha existido causa para la retención o cobro de lo pagado pues en caso contrario se trataría de un enriquecimiento injusto que nos llevaría a un delito de apropiación indebida.

La jurisprudencia se ha pronunciado con reiteración respecto de las cantidades percibidas por los **Abogados**. Con carácter general, el Acuerdo de la Sala Segunda de 16 de diciembre de 2008 [LA LEY 286736/2008] ha establecido que el Letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 CP comete delito de apropiación indebida. La S de 23 de diciembre de 2008 [LA LEY 257245/2008] señala que son numerosos los casos, entre los que cabe citar los de la 1123/2007, de 26 de diciembre [LA LEY 250580/2007], 117/2007, de 13 de febrero, [LA LEY 9734/2007] y 1749/2002, de 21 de octubre, [LA LEY 8026/2002], matizando esta última que «para que se considere lícita la negativa a entregar lo recibido alegando la titularidad de créditos contra aquél a quien se le debe entregar, es preciso que exista un derecho de retención que lo ampare». Y esta Sala ya ha negado en alguna ocasión que tal derecho corresponda a los Letrados en relación a sus honorarios, de manera que las cantidades que estos profesionales perciban de terceros para entregar a sus clientes en relación con sus servicios profesionales no pueden ser aplicadas por un acto unilateral de propia autoridad a satisfacer las minutas que consideren que les deben ser abonadas, sino que deben ser entregadas en su integridad a aquellas personas a favor de quienes han sido recibidas, sin perjuicio de la reclamación que corresponda para hacer efectivo el pago de sus honorarios como Letrado, en que esta Sala ha apreciado la apropiación indebida cuando un Letrado, tras recibir de órganos judiciales, o de particulares, cantidades de dinero en concepto de indemnización para su entrega al destinatario, sea un tercero, o sea, su propio cliente, hace suyo el dinero recibido, abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios. Y añade la propia Sentencia de 28 de diciembre de 2008 que lo que se recibe en concepto de pago de honorarios es precio o merced que en el marco del arrendamiento constituye la prestación debida por el servicio prestado, o que se ha de prestar. Por lo cual en principio su entrega lo es como pago y con transmisión del dominio del dinero. Si luego el servicio profesional convenido no se presta o se presta incorrectamente existirá en efecto un incumplimiento contractual sobrevenido en el marco de un negocio jurídico bilateral con obligaciones recíprocas; con la posibilidad de integrar una estafa, si el contrato se presenta como una mera apariencia engañosa que esconde desde el principio la decidida voluntad por el sujeto de no cumplir con el servicio prometido. Lo anterior sin embargo no excluye otras posibilidades. El cliente no siempre entrega dinero al Letrado como pago de sus honorarios. Puede hacerlo con ese título obligacional, pero también con otros tales como el del mandato, para la realización de gestiones que exijan desembolsos y gastos varios, para cuya cobertura se hace entrega dineraria. Entrega que no es para su adquisición dominical por el receptor, sino para su posesión con disponibilidad autorizada para un concreto fin al que necesariamente ha de destinar el dinero. En esos casos la desviación del fin que justifica su posesión, representa una apropiación indebida por parte del receptor que, abusando de su tenencia lo hace suyo sin aplicarlo al destino pactado. Y puede hacerlo también anticipadamente como provisión de fondos, que no implica un pago de honorarios. En tal caso, la S de 14 de julio de 2008 [LA LEY 96499/2008] consideró apropiación indebida la acción del Abogado que recibiendo una provisión de fondos la hizo suya, es decir la incorporó a su patrimonio sin ejecutar nada de la actividad concreta contratada.

Respecto del **mandato** se ha precisado que la condición de administrador tiene la naturaleza de un elemento normativo del tipo penal. Es decir, viene determinada por una situación jurídica que puede ser formal o no, pero lo cierto es que en este caso la condición de administrador tenía el carácter formal de un mandato o poder desarrollado por escrito. Para determinar si esta condición

imprescindible, existía o no en el momento de la comisión de los hechos, debemos remitirnos precisamente al concepto normativo de administrador o gestor. Éste existe mientras se dan las condiciones que la Ley exige para que pueda mantenerse su vigencia. Por ello no podemos abstraernos del derecho civil para determinar si cuando se actúa se hace en la consideración de gestor o esta capacidad se había extinguido. Si nos atenemos al contenido de la relación contractual por la que se otorga el poder, ésta se extingue con la muerte del mandante o mandatario, por lo que todo lo que se realice o actúe a partir de ese momento está fuera de la relación jurídica y por tanto del tipo. Se puede mantener que el mandatario o administrador que oculta el dato esencial del fallecimiento de la mandante y realiza operaciones de disposición de los bienes, no sólo incurre en la nulidad de sus actos, sino incluso en un serio reproche a su conducta desleal y fraudulenta, pero en ningún caso se puede decir que actúe como administrador (1126/2004, de 12 de octubre [LA LEY 2602/2004]).

Acción

Como ya destacaron la 1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003], 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003], y 2016/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2371/2002], entre otras, el art. 252 del vigente Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance. A) En lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala —1274/2000, de 10 de julio [LA LEY 11154/2000]— que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos: a) que el sujeto activo reciba uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro; b) que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquellos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, «aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la Ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver»; c) que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio; y d) que se produzca un perjuicio patrimonial lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento. B) En la modalidad de apropiación consistente en la administración desleal, el elemento específico, además de la administración encomendada, radica en la infracción de un deber de fidelidad, deducible de una relación especial derivada de algunos de los títulos consignados en el art. 252 y la actuación en perjuicio del patrimonio ajeno producido por la infidelidad, y el tipo se realiza, aunque no se pruebe que el dinero ha quedado incorporado al patrimonio del administrador, únicamente con el perjuicio que sufre el patrimonio del administrado, como consecuencia de la gestión desleal de aquél, esto es, como consecuencia de una gestión en que él mismo ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su estatus, la acción típica es la disposición del dinero que se administra en perjuicio de la persona física o

jurídica titular del patrimonio administrado, sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona. Esta consideración de la apropiación indebida del art. 252 CP, parte de la distinción establecida en los verbos nucleares del tipo penal, se apropiaren y distrajeren, y se conforma sobre un distinto bien jurídico, respectivamente, contra la propiedad y contra el patrimonio. La doble dimensión de la apropiación indebida permite una clarificación sobre las apropiaciones de dinero, que el tipo penal prevé como objeto de apropiación, toda vez que la extremada fungibilidad del dinero hace que su entrega suponga la de la propiedad, recibiendo el transmitente una expectativa, un crédito, de recuperar otro tanto, construcción difícil de explicar desde la clásica concepción de la apropiación indebida. Para solventar este problema, la jurisprudencia de esta Sala, desde antes del CP 1995, ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer, con notables diferencias en su estructura típica, como antes hemos expuesto, de manera que en el ámbito jurídico-penal apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron. En definitiva apropiarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla. Distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado. Si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero. La apropiación indebida de dinero es normalmente distracción, empleo del mismo en atenciones ajenas al pacto en cuya virtud el dinero se recibió, que redundan generalmente en ilícito enriquecimiento del detractor aunque ello no es imprescindible para se entienda cometido el delito. Por ello cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada (374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008], 8/2008, de 24 de enero [LA LEY 471/2008], 802/2007, de 16 de octubre [LA LEY 165804/2007], 754/2007, de 2 de octubre [LA LEY 154074/2007], 416/2007, de 23 de mayo [LA LEY 26759/2007], y 279/2007, de 11 de abril [LA LEY 23161/2007]).

Aunque lo usual es que la apropiación recaiga sobre cosas y la distracción sobre dinero, una cosa es manifestar que existen dos modalidades conductuales delictivas y otra adscribir cada una de ellas a un objeto material del delito predeterminado —cosas o dinero—. Ambas conductas delictivas —apropriarse y distraer— van referidas indistintamente a cualquiera de los objetos materiales, que hoy, con amplitud prevé el art. 252 del vigente CP (1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003]).

En el ámbito jurídico-penal, apropiarse indebidamente de un bien no equivale necesariamente a convertirse ilícitamente en su dueño, sino a actuar ilícitamente sobre el bien, disponiendo del mismo como si se fuese su dueño, prescindiendo con ello de las limitaciones ínsitas en el título de recepción, establecidas en garantía de los legítimos intereses de quienes lo entregaron (1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001], con cita de la 964/1998, de 27 de noviembre [LA LEY 129551/1998], y 1311/2000, de 21 de julio [LA LEY 10834/2000]).

La tipicidad de la distracción no puede construirse sobre un resultado económico adverso, sino sobre una infidelidad en el ejercicio de una actuación confiada (863/2007, de 29 de octubre [LA LEY 170578/2007]).

El art. 252, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones apropiaren o distrajeren, usa la frase o **negaren haberlos recibido**, que debe precisarse en un doble sentido:

1.º No puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinados, ya que cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

2.º Con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición (78/2008, de 8 de febrero [LA LEY 17701/2008], 1505/2001, de 23 de julio [LA LEY 7735/2001], 1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002]).

El delito del art. 252 CP requiere que la distracción del dinero tenga lugar sin consentimiento del titular. Esta condición no se cumple cuando acreedor y deudor acuerdan aplazar la entrega de una parte de la deuda, pues tal acuerdo de voluntades lleva consigo el consentimiento del titular del crédito (1314/2000, de 21 de julio [LA LEY 11197/2000]).

En cuanto a la **perfección del delito** de apropiación indebida, la cuestión está directamente relacionada con la naturaleza jurídica de dicho delito, que, en definitiva, se reduce a la alternativa de si se trata de una infracción penal de mera actividad o, por el contrario, lo es de resultado. Con carácter preliminar, debe significarse que la mera posibilidad de disposición sobre la cosa, suficiente para la consumación de los delitos de hurto y robo, no parece que deba tener la misma relevancia respecto del delito de apropiación indebida, dado que por la propia descripción típica del mismo, el sujeto activo de esta infracción penal se halla en posesión legal de la cosa de que se trate (cualquiera que sea el título del cual la posea; depósito, comisión, administración u otro que produzca obligación de entregarla o devolverla), y, por ello, goza en principio de una posibilidad real de disposición sobre la misma. En todo caso, el *punctus pruriens* de la cuestión aquí planteada estriba en determinar claramente qué debe entenderse por apropiación indebida, dada la legitimidad de la posesión originaria. De ahí que la doctrina mayoritaria sostenga que este delito es de naturaleza material y de resultado, dilatando en consecuencia la consumación del mismo al momento en que se produce realmente el quebranto patrimonial para el propietario de la cosa de que se trate. La anterior postura doctrinal, sin duda, puede tener una zona de oscuridad en todos aquellos casos en que no existe una disposición real de la cosa o en que el sujeto activo se limita simplemente a disfrutar de ella, supuestos en que podría cuestionarse el momento consumativo

del delito. En el plano jurisprudencial, esta Sala ha tenido ocasión de declarar que el delito de apropiación indebida se consuma cuando el sujeto incorpora el objeto a su patrimonio o dispone de él, de modo que quede exteriorizada su intención definitiva al respecto —2 noviembre 1984, 9 abril 1985 [LA LEY 9890-JF/0000], y 21 febrero 1991 [LA LEY 1688/1991], entre otras—. La doctrina de esta Sala viene recordando que el delito de apropiación indebida se consuma cuando el sujeto incorpora el objeto a su patrimonio o dispone de él de forma desleal, conociendo el perjuicio que ocasiona al titular. Tratándose de dinero hace falta que se impida de forma definitiva la posibilidad de entregarlo o devolverlo, llegando la conducta ilícita a un punto sin retorno, como cuando se gasta o emplea en forma distinta a la pactada (212/2004, de 23 de febrero [LA LEY 12547/2004]); y que la consumación se produce con el acto de disposición ilícita —14 febrero 1986— (1277/1995, de 19 de diciembre [LA LEY 1870/1996]). Matizando el momento de la consumación del delito la 143/2005, de 10 de febrero [LA LEY 906/2005], ha dicho que el nudo crucial es el llamado por la jurisprudencia punto sin retorno hasta cuya llegada el sujeto podría devolver la cosa sin consecuencias penales; naturalmente habría de examinarse ponderadamente cada caso para conocer el instante en que se ha producido la consumación del hecho. Parece claro que si la apropiación es descubierta o denunciada (reclamación previa de la cosa, destitución de su cargo de la persona que se ha quedado con una cosa o con dinero, ejercicio de acciones judiciales o societarias por dicho motivo), dicho momento se ha cumplido y el agente no quedaría libre de responsabilidad criminal si restituyera la cosa a partir de tal instante. Pero cuando por la naturaleza clandestina, oculta o secreta de la apropiación, ésta no ha trascendido, dicho punto sin retorno debe ser alargado en el tiempo. Tratándose de dinero, el punto sin retorno sería su gasto o empleo; tratándose de cosas, sería realizar un acto traslativo; así como el dinero se gasta y con ello desaparece del patrimonio del agente (que puede adquirir una cosa a cambio), la cosa se enajena (en contraprestación, puede recibirse dinero). Resumiendo la anterior doctrina la 1067/2007, de 13 de diciembre, [LA LEY 202439/2007], dice que el momento consumativo del delito de apropiación indebida tendrá lugar, tratándose de cosas guardadas en depósito, cuando se produce el apoderamiento de las mismas, y tratándose de la distracción de dinero o bienes, por no darles el destino convenido, se consuma el delito en la fecha en que debió haberse dado tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del precisándose que con la conducta del autor se extraiga definitivamente la cosa del ámbito de disposición de su propietario o cuando se trata de dinero o bienes fungibles, se incumplan definitivamente las obligaciones de devolver o entregar a un tercero impuestas como complemento inseparable del acto de entrega. No basta, pues, con la distracción orientada a un uso temporal o el ejercicio erróneo de las facultades conferidas, sino que es necesaria la atribución al dinero de un destino distinto del obligado, con vocación de permanencia.

Objeto material

El art. 252 CP 1995 añade al dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble, los valores o activos patrimoniales (1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003]). De modo que lo son las cosas muebles, a las que ahora se añade la mención «valores», y se complementa con otra categoría que pasa a denominarse un activo patrimonial. Las cosas muebles son bienes corporales y derechos inmateriales. Desde un plano jurídico, los derechos realizables son cosas muebles; desde un punto de vista económico, son activos de la contabilidad (créditos). Efectos y valores tienen una gran proximidad semántica, y significan en todo caso derechos evaluables económicamente y de contenido inmaterial, aunque vengan documentados, bien en un papel, bien en un apunte (inclusive informático). Ni los tipos penales se han de aplicar extensivamente, ni tampoco tenemos

que dar a la expresión «efectos» un contenido exclusivamente cambiario, porque la Ley penal en modo alguno lo consiente así. De forma que un efecto también lo es un crédito (lado activo de una obligación), porque, repetimos, tales efectos no deben ser interpretados en su consideración corpórea a modo de títulos (en el sentido de documentos) negociables en el mercado?, sino en su consideración de valores, esto es, derechos realizables contra otro, con independencia del éxito ulterior de tal negociación o realización, o eventualmente su ejecución. Del mismo modo que nadie negaría que apropiarse de una letra de cambio al portador, o un cheque de estas mismas características (al portador), supondría una conducta subsumible con facilidad en una apropiación indebida, si el que lo hace es quien está encargado de su custodia o gestión, porque tales derechos son efectos, a los fines indicados por la norma penal, lo propio sucede si quien administra se apropia o distrae, en perjuicio de su principal, de un crédito de éste frente a un tercero, porque también estaremos en presencia de un efecto, sin que tengamos que restringir tal concepto, como ya hemos adelantado, a un efecto cambiario, que no exige el tipo, desde luego. De manera que el título representa el valor, una vez que el título está premiado, y puede servir para fundamentar una legítima traslación patrimonial, con la mera posesión del título, o puede servir (incluso, agotando el razonamiento), para llevar a cabo una conocida modalidad de estafa, por el simple dato que ese título significa «dinero» para quien acredita su legítima posesión (219/2007, de 9 de marzo [LA LEY 8331/2007]).

Ha sido admitida la posibilidad de comisión de un delito de apropiación indebida respecto de los bienes que integran el caudal relicto de una herencia yacente (69/2007, de 17 de julio [LA LEY 118134/2007], con cita de la 97/2006, de 8 de febrero [LA LEY 440/2006], y 949/1997, de 27 de junio [LA LEY 7724/1997]).

El impago de **cuotas obreras a la Seguridad Social** que venía siendo considerado, antes de la LO 6/1995, de 29 junio, como un delito de apropiación indebida, aun con algunas disidencias de la doctrina, se integra en el tipo específico del anterior art. 349 bis o el 307 del actual CP. Con esta solución se convierten en impunes conductas tan graves e insolidarias como el impago de las cuotas de los trabajadores por importe que no supere los quince millones de pesetas. No obstante, esta solución, con no ser satisfactoria, sí es coherente si tenemos en cuenta los supuestos que pueden presentarse en los casos de economía sumergida. Como señala un sector de la doctrina, si seguimos con la tesis de la apropiación indebida, la conducta de un empresario que no inscriba, afilie o dé de alta a los trabajadores no sólo no paga las cuotas obreras, sino que ni siquiera las recauda, por lo que no podría ser castigado como autor de un delito de apropiación indebida, mientras que el empresario que cumple con toda la normativa laboral y que no realiza ningún tipo de ocultación de la mano de obra, podría ser condenado por apropiación indebida ante un comportamiento que, en puridad de principios, merece un menor reproche social. Por otro lado, queda abierta la vía sancionadora de carácter administrativo que establece sanciones pecuniarias de cierta entidad. Si tenemos en cuenta que los hechos objeto de enjuiciamiento tuvieron lugar en los años 1991 a 1994, el impago de la cuota obrera, según la jurisprudencia imperante, hubiera dado lugar a un delito de apropiación indebida. Pero, a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 junio, la especificidad de esta conducta queda absorbida por el art. 349 bis del anterior CP, que es el que estaba vigente cuando se calificaron los hechos. Por ello, los hechos, en el momento del enjuiciamiento oral, ya no eran constitutivos de un delito de apropiación indebida porque la conducta de no pagar la cuota obrera a la Seguridad Social perdió esta consideración para convertirse en un delito de fraude a la Tesorería de la Seguridad Social (760/1997, de 18 de noviembre [LA LEY 1110/1998]). En sentido análogo, la 691/2007, de 16 de julio [LA LEY 79341/2007].

La **cuantía** ha de sobrepasar las 50.000 ptas. para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad —art. 623.4.º—, debiendo hacerse la valoración correspondiente, tanto para la mencionada distinción entre delito y falta, como para la aplicación de la agravación específica del art. 529, núm. 7.º —especial gravedad atendido el valor del objeto del delito—, teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero (1505/2001, de 23 de julio [LA LEY 7735/2001], y 1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002]).

Defraudación de la confianza

La jurisprudencia y la doctrina cuando han razonado sobre la estructura típica del delito de apropiación indebida y han destacado como elemento la existencia de un abuso de confianza de tal modo que la infracción de la obligación adquirida **no constituya tan sólo un incumplimiento contractual**, sino también una defraudación de la confianza depositada, conducta por ello merecedora de una reprochabilidad penal (4 de febrero de 2003 [LA LEY 1548/2003], con cita de la 1023/1995, de 11 de octubre [LA LEY 14779/1995], 650/1996, de 4 de octubre [LA LEY 10253/1996], y 638/1999, de 21 de abril [LA LEY 5637/1999]).

Liquidación de cuentas

La necesidad o no de una previa liquidación, para la integración del tipo, depende de cada caso particular (840/2008, de 11 de noviembre, [LA LEY 226067/2008], con cita de las SS de 7 de noviembre de 2005 [LA LEY 2024/2005] y 16 de marzo de 2007 [LA LEY 11527/2007]).

En el caso de relaciones jurídicas complejas que se proyectan durante largo tiempo y en la que existe un confusiónismo de diferentes compensaciones de deudas y créditos, resulta imposible derivar a la jurisdicción penal, bajo el cobijo del delito de apropiación indebida, la resolución del conflicto. En consecuencia la regla general cuando hay un entrecruce de intereses entre las partes con deudas y créditos recíprocos, es absolutamente necesaria la previa y definitiva liquidación para realizar el tipo objetivo de la apropiación, que sólo se produciría cuando, tras la definitiva liquidación el imputado intenta hacer suyos y no entregar el crédito que se le ha reconocido a la parte contraria (142/2007, de 12 de febrero [LA LEY 9743/2007], con cita de las 173/2000, de 12 de febrero [LA LEY 3989/2000], 1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001], 2163/2002, de 27 de diciembre [LA LEY 1265/2003], 930/2003, de 27 de junio [LA LEY 113842/2003] o 1456/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 10729/2005]). En el mismo sentido, la 162/2008, de 2 de mayo [LA LEY 61794/2008], 491/2007, de 1 de junio [LA LEY 60955/2007], y 279/2007, de 11 de abril [LA LEY 23161/2007]).

La jurisprudencia ha exigido, con carácter general, la necesidad de liquidación previa para colmar el tipo objetivo de apropiación indebida cuando son complejas las relaciones entre los interesados, pero no cuando la deuda pendiente es clara (1566/2001 [LA LEY 8931/2001], con cita del Auto de 21 de abril de 1999 y 173/2000, de 12 de febrero [LA LEY 3989/2000]). Así se ha dicho que la existencia de relaciones contractuales entre las partes como origen de la entrega de la cosa puede exigir en ciertos casos una previa liquidación de cuentas pendientes y la posibilidad de supuestos de retención o compensación, con una incidencia sobre la responsabilidad que habrá de determinarse en cada supuesto. Sin embargo, sólo es admisible la necesidad de previa liquidación cuando haya una cierta complejidad en las relaciones cuyo estado final no pueda conocerse mediante operaciones matemáticas (1471/2001, de 23 de julio [LA LEY 8879/2001]). En sentido parecido se ha afirmado que la única razón por la que la falta de una previa liquidación

no permite considerar injusta la acción típica, es la posibilidad de que existan créditos recíprocos o un derecho de retención en el presunto apropiador (1808/2000, de 24 de noviembre [LA LEY 215011/2000], citando la de 2 de febrero de 1989 [LA LEY 113987-JF/0000]).

La 1240/2004, de 5 de noviembre [LA LEY 39/2005], extracta la jurisprudencia en relación con la liquidación de cuentas, señalando que se ha abandonado el viejo criterio según el cual una liquidación de cuentas pendiente eliminaría la apropiación indebida, precisando en la 2604/1992, de 3 de diciembre [LA LEY 15113-R/1992], que sólo es exigible una liquidación previa para calificar como delito de apropiación indebida, cuando sea procedente para determinar el saldo derivado de las operaciones de cargo y data como resultado de las compensaciones posibles, pero no cuando se trata de operaciones perfectamente concretadas, y la 641/1993, de 23 de marzo, que sienta como colofón que la existencia de una previa liquidación de cuentas no es, en modo alguno, un elemento de tipo personal, es decir, de la acción penalmente relevante, pues la única razón en la que se puede apoyar en consideración es en la posibilidad de compensar créditos recíprocos o en la posible existencia de un derecho de retención y por tanto, en referencia al art. 8.11 CP (actual 20.7), y los arts. 1195, 1741, 1780 y 1790 del CC y arts. 276, 277 y 278 CCom., que podrían operar como causas de justificación. Por su parte, la 2163/2002, de 27 de diciembre [LA LEY 1265/2002], expone la doctrina de la Sala Segunda en esta materia y así manifiesta que nuestra jurisprudencia se ha pronunciado abundantemente sobre la problemática del delito de apropiación indebida y la incidencia que en el mismo tiene la liquidación de cuentas entre las partes, declarando que la trascendencia de tal elemento debe ser valorada en cada caso particular. En efecto, en el caso de complejas relaciones jurídicas, muy duraderas en el tiempo, y con gran confusionismo por las diferentes compensaciones de deuda y créditos, esta Sala se ha inclinado por la imposible incardinación en la tipicidad de la apropiación indebida, y la derivación a la jurisdicción civil, en donde se podrá practicar la oportuna liquidación de cuentas, con el resultado que sea procedente, a los efectos correspondientes. A esta línea corresponden la de 30 de mayo de 1990, 1314/2000, de 21 de julio [LA LEY 11197/2000], y 1730/2002, de 20 de octubre [LA LEY 160/2003], si bien se trata en todas ellas de operaciones sujetas a compensación de créditos y deudas por intereses recíprocos mercantiles entre las partes, derivados de una relación duradera en el tiempo, y de gran confusionismo. Y además, dicha línea es siempre restringida al ámbito de tales intereses mercantiles recíprocos, pues ordinariamente debe declararse que quien recibiendo dinero ajeno se quede con él incorporándolo a su patrimonio, sin consentimiento del titular de tales bienes, queda incurso en la penalidad de la apropiación indebida, pues es ilícito (penalmente relevante) desapropiar a otro del dinero que le corresponde, máxime si no existe derecho alguno de retención. En la doctrina de esta Sala en casos similares de minutas de honorarios de Letrados que considera improcedente que so pretexto de liquidación se intente retener unas sumas a las que no se tiene derecho por voluntad unilateral del Letrado acusado por tal delito (2 de febrero de 1989, 29 de enero de 1990, 709/1996, de 19 de octubre [LA LEY 10937/1996], y 1749/2002, de 21 de octubre [LA LEY 8026/2002]).

Elementos subjetivos

En el delito posee un elemento subjetivo de ánimo de lucro, con plena conciencia y voluntad, a costa del perjudicado (415/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6632/2002], con cita de la 135/1998, de 4 de febrero [LA LEY 3201/1998]; 840/2000, de 12 de mayo [LA LEY 8605/2000], y 1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001]).

En la modalidad clásica de la apropiación de cosas muebles ajenas el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y con intención de incorporarlo a su patrimonio, está presente el *animus rem sibi habendi* (2086/2002, de 12 de diciembre [LA LEY 802/2003]). El *animus rem sibi habendi* supone: a) la voluntad, al menos eventual, de privar de forma definitiva de los bienes al titular de los mismos mediante la sustracción; b) propósito de incorporar las cosas poseídas al patrimonio del agente, ejerciendo sobre ellos facultades propias del dueño (143/2005, de 10 de febrero [LA LEY 906/2005]) por lo menos en forma transitoria y de manera no justificada (411/2007, de 17 de mayo [LA LEY 26747/2007]). Al no advertirse una voluntad seria de devolución, puede afirmarse el propósito de apropiación, propósito que es compatible, en el campo de la simple hipótesis, con un ánimo de remota o eventual devolución (1566/2001, de 4 de septiembre [LA LEY 8931/2001], con cita de la 2112/1992, de 8 de octubre [LA LEY 1948-5/1993] y 1188/1993, de 21 de mayo [LA LEY 3588-5/1993]).

En la modalidad de apropiación indebida de gestión desleal o distracción no es imprescindible —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003], 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003], y 2016/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 2371/2002], entre otras). En el mismo sentido, el ATS 187/2008, de 24 de enero [LA LEY 32496/2008], con cita de la S de 22 de junio de 2007 [LA LEY 60977/2007], señala que en los casos de distracción de dinero, el tipo subjetivo no consiste exactamente en el ánimo de apropiarse la cantidad recibida, sino en la conciencia y voluntad de burlar las expectativas del sujeto pasivo en orden a la recuperación o entrega del dinero, o dicho de otra manera, en la deslealtad con que se abusa de la confianza de aquél, en su perjuicio y en provecho del sujeto activo o de un tercero; y la 376/2008, de 17 de junio [LA LEY 92710/2008], que en la hipótesis de la distracción del dinero, que es la relevante a los efectos de este caso, sólo requiere el dolo del autor y éste debe ser apreciado cuando el mismo sabe que desvía el dinero hacia fines diversos de los que se establecen en la comisión o la administración.

En cuanto al ánimo de lucro, se trata de un elemento subjetivo al que se accede desde una inferencia construida sobre hechos objetivos acreditados. En este caso, la recepción del dinero y el ingreso del mismo exclusivamente a disposición del recurrente sin realizar devolución alguna a su cliente a pesar de las reclamaciones efectuadas en ese sentido, no puede entenderse de otra forma que como una expresión del ánimo de enriquecimiento, suficiente en este caso para acreditar el ánimo de lucro (873/2004, de 5 de julio [LA LEY 13784/2004]).

Autoría y participación

Autor en sentido estricto sólo puede serlo quien se halle en una concreta y determinada situación que, a su vez, queda definida por la concurrencia de tres requisitos:

- 1.º Acto de recepción o incorporación de la cosa al patrimonio del futuro autor del delito.
- 2.º Ha de tratarse de dinero, efectos o cualquier cosa mueble.

3.º Tal recepción de cosa mueble ha de tener su causa en un título respecto del cual ha de razonarse más ampliamente como base para resolver las cuestiones aquí planteadas (1449/2001, de 19 de julio [LA LEY 1205/2002]).

Formas de aparición

No existe delito de apropiación indebida en grado de tentativa sino consumado, cuando el agente en lugar de devolver el objeto lo hace suyo con intención de venderlo, aunque la venta no haya llegado a producirse, ya que entonces lo que no llegó a consumarse fue el logro del beneficio que los acusados se habían propuesto, pero la incorporación de las monedas al patrimonio de los mismos, que es el núcleo esencial del delito de apropiación indebida, sí se consumó y perfeccionó (651/1999, de 30 de abril [LA LEY 5730/1999]).

De un primer análisis sobre los caracteres de las cosas que penetran en el control de la actividad delictiva, se pone de relieve que unas tienen un valor intrínseco, real, y otras extrínsecos, formal y derivado de la incorporación de un derecho, cuyo ejercicio para su efectividad exige o reclama una serie de requisitos legales que es necesario burlar para lograrla con lo que se puede distinguir una disponibilidad potencial real y otra de futuro; y desde la óptica específica sobre los **documentos de crédito**, se deriva que para poder disponer de su contenido económico perteneciente al patrimonio ajeno, no basta la mera tenencia, sino que es preciso, que en los nominativos y a la orden figure el nombre del tenedor, y en los al portador que exista la correspondiente provisión de fondos, por lo que, en el momento actual, la doctrina penal se inclina a admitir la disponibilidad potencial real, requisito de la fase ejecutiva, cuando se logra la efectividad económica del crédito que contiene el documento, aunque sí hay que reconocer que existe determinado sector, hoy minoritario, que la disponibilidad surge desde el momento que puede ponerse en marcha la ilicitud de la efectividad a la fase del agotamiento del delito, con posibilidad de surgir nuevas figuras delictivas en conexión material con la que constituye el núcleo de la idea resolutoria (13 de marzo de 1981 [LA LEY 6206-JF/0000]).

Concursos

Por la ampliación del tipo de la apropiación indebida —actual art. 252— y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos —como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones— ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP. Pero también es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador, de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas Sentencias (por todas, 867/2002 [LA LEY 6445/2002] Caso Banesto y 71/2004 [LA LEY 461/2004] Caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a

su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite a donde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. Por ello, doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida, en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta (121/2006, de 26 de febrero).

Ha de ser rechazada —224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]— la pretensión según la cual la **administración desleal** o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el art. 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el CP 1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252 pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario. Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el **art. 252** y en el **295 CP**, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan. Pero este **concurso de normas** se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el **art. 8.4.º CP**, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003], 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003], y 1965/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 310/2001], entre otras). En sentido análogo se pronuncian la 279/2007, de 11 de abril, [LA LEY 23161/2007], 678/2006, de 7 de junio, [LA LEY 70381/2006] 1217/2004, de [LA LEY 179/2005], y 71/2004, de 2 de febrero [LA LEY 461/1996].

Si el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad sino que actúa, prevaleciendo de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o de procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero del que habla el art. 295 CP supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que, por tanto, aun proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación in-

debida. El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuenta partícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador, en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa del tanto al triplo de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada. Por último, cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria realiza actos materiales encaminados a la adjudicación en beneficio y lucro propio de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente distinta de la administración desleal. A estos efectos resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bienes muebles o valores, o sobre dinero. Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad (9/2009, de 26 de enero [LA LEY 107/2009]).

El Letrado que distrajere dinero de su cliente recibido por alguno de los títulos del art. 252 CP comete delito de apropiación indebida. Además cometerá un delito de **deslealtad profesional** del art. 467.2 CP, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara a los intereses que le fueron encomendados el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como Letrado (Acuerdo de la Sala Segunda de 16 de diciembre de 2008 [LA LEY 286736/2008]).

La **diferencia entre la apropiación indebida y la estafa** es que en la estafa, el sujeto pasivo se desprende de los bienes, merced al engaño causal y suficiente del agente, y en la apropiación indebida, la entrega se produce por un título legítimo, existiendo por tanto plena regularidad y legalidad en la inicial transmisión posesoria (646/2001, de 17 de abril [LA LEY 5900/2001]). Estafa y apropiación indebida son delitos heterogéneos (415/2002, de 8 de marzo [LA LEY 6632/2002], 767/1999, de 3 de mayo de 2000 [LA LEY 91717/2000], y 362/1998, de 14 de marzo [LA LEY 4418/1998], entre otras). Un caso límite puede ser el del **contrato de comisión**. El comisionista que hace suyo lo recibido, pudiera decirse que engaña a su principal en la medida en que es desleal al mandato. Por lo tanto, ese hecho podría ser típico de estafa. Por otra parte, el bien o bienes los adquiere sin un engaño que vicie la voluntad del perjudicado en el desplazamiento. Esa ausencia de engaño, permite la subsunción en la apropiación indebida. Ambas calificaciones son, en hipótesis, posibles dependiendo del acento que quiera imponerse en el análisis del desplazamiento. En todo caso son defraudaciones, título común en la estafa y en la apropiación indebida por lo que la vulneración del principio acusatorio y la heterogeneidad entre ambos delitos, en supuestos como el declarado probado, queda muy desdibujado (763/2008, de 20 de noviembre [LA LEY 198351/2008], 1253/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 40/2005]).

El apoderamiento en caso de posesión compartida constituye **hurto** y no apropiación indebida (824/2007, de 21 de septiembre [LA LEY 170369/2007]).

Apropiación indebida agravada

El apartado 1 del art. 250 CP establece siete circunstancias específicas de agravación en el delito de estafa —alguna diversificable en varias—, aplicables igualmente al de apropiación

indebida, de acuerdo con la remisión del art. 252 del mismo texto legal (103/2001, de 30 de enero [LA LEY 3167/2001]). Ahora bien, aunque es notorio que el art. 252 CP, que tipifica el delito de apropiación indebida, hace una remisión genérica a las circunstancias agravantes específicas del art. 252, cuya enumeración no ofrece obstáculos para aplicarlas a los delitos de estafa o fraude pero no merece la misma homologación mimética a los delitos en los que predomina, como elemento nuclear y esencial el abuso de confianza, como factor desencadenante del traspaso inicial de la posesión. Suscita dificultades técnicas extender a la apropiación las agravantes de recaer sobre bienes inmuebles o a las modalidades de manipulación a través de cheques, pagarés u otros instrumentos bancarios. Tampoco encajan con normalidad las actividades falsarias previas de carácter causal y, por supuesto, el abuso de relaciones personales. Ahora bien, no cabe descartar, de manera plena, el factor de credibilidad profesional o empresarial de una persona aunque el legislador se refiere al defraudador de modo genérico, sin distinguir que éste sea previo y determinante o que surja a posteriori (117/2007, de 13 de febrero [LA LEY 9734/2007]).

Ver jurisprudencia art. 250

Artículo 253.

Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 235.1, 250.5.º y 623.

CC: arts. 614, 615 y 616.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

La apropiación indebida tipificada en el art. 253 es de características totalmente distintas a las señaladas en el artículo anterior, ya que sólo requiere para su comisión el apropiarse de cosa perdida o de dueño desconocido (995/2002, de 13 de enero de 2003 [LA LEY 1765/2003]). Sin embargo, los delitos de los arts. 252 y 253 se han considerado homogéneos, no entendiéndose infringido el principio acusatorio cuando se acusa por el primero y se condena por el segundo (554/2002, de 21 de marzo [LA LEY 5005/2002]).

En la modalidad de apropiación indebida que se contempla en el art. 253 CP, en el que se castiga como apropiación indebida el apoderamiento de cosa perdida o de dueño desconocido, que antiguamente era considerada como una modalidad de hurto hasta la reforma penal de 1983 (1807/1999, de 22 de diciembre [LA LEY 3121/2000] y 995/2002, de 13 de enero de 2003 [LA LEY 1765/2003]).

En relación con la **distinción** entre **cosa perdida** y **cosa abandonada**, debemos acudir a la doctrina jurisprudencial clásica que establecía que la cosa se podía considerar como perdida

cuando por su propia naturaleza y ostensible valor no sea verosímil que pudo ser abandonada por su dueño, como acontece cuando se trata de un objeto como el presente, que por sus características y por el lugar donde aparece, puede dar a entender al que lo encuentra que se trata de una cosa perdida (1807/1999, de 22 de diciembre [LA LEY 3121/2000]).

El actual tipo penal hace una significativa ampliación del ilícito, para los que apropiaren de **cosas cuyo dueño sea desconocido**. En ningún caso se puede extender el tipo, a las cosas abandonadas cuya ocupación permite el Código Civil en el art. 610, sino solamente a aquellas que por las especiales circunstancias en las que son encontradas, denotan su pérdida o la existencia de un titular desconocido (1807/1999, de 22 de diciembre [LA LEY 3121/2000]).

Diferencias con la estafa

La peculiar figura jurídica del art. 253 CP, que constituye un híbrido entre el delito de hurto y el de apropiación indebida y para la que se ha fijado una penalidad más benigna que la correspondiente al delito de hurto, plantea especiales problemas a la hora de pronunciarnos sobre su naturaleza, para cotejarla con la del delito de estafa, por cuanto, además, no responde exactamente al tradicional *modus operandi* del delito de apropiación indebida. Por lo demás, es preciso también resaltar las diferencias esenciales que existen entre dicha figura y la de la estafa. En primer término, porque constituye elemento esencial de ésta el engaño o conducta engañosa en el culpable —elemento que en ningún caso concurre en la apropiación indebida—, y, por otra parte, en la apropiación indebida del art. 253 CP existe el incumplimiento, por parte del culpable, de la obligación civil impuesta en el art. 615 CC [el que encontrare una cosa mueble (...) debe restituirla al anterior poseedor (...)]», que evidentemente no concurre en la conducta fraudulenta de la estafa. Con independencia de ello, es patente que la conducta descrita en el art. 253 CP no contempla en su integridad la total antijuridicidad del comportamiento enjuiciado: el acusado no sólo se apoderó del cheque ajeno extraviado, sino que, además, lo presentó al cobro en una oficina bancaria, donde fue atendido, haciendo efectivo así el lucro patrimonial perseguido, para lo cual aparentó ser el poseedor legítimo de dicho título valor, conducta verdaderamente engañosa, propia del delito de estafa, sin la que difícilmente podría considerarse penalmente típico el apoderamiento del cheque. En todo caso, es igualmente destacable la diversa gravedad de las penas con que en el CP se castigan ambas figuras delictivas (260/2005, de 28 de febrero [LA LEY 1292/2005]).

Artículo 254.

Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: art. 623.

CC: arts. 1895 y ss.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

El tipo penal del art. 254 CP recoge una modalidad de apropiación de dinero u otra cosa mueble entregada por error del transmitente que negare haberlo recibido o advertido el error no proceda a su devolución. Con anterioridad a la promulgación del tipo penal, la conducta descrita fue considerada de atípica, no sin antes algún pronunciamiento jurisprudencial declarara su punición en la apropiación, en la estafa o en el hurto, pues el dinero había sido recibido sin título que legitimara la posesión o en virtud de una artimaña típica de la estafa. Tampoco se tomaba lo ajeno, pues estaba a disposición de quien lo tomaba. El tipo del art. 254 resuelve la anterior laguna con la tipificación expresa de la conducta. La figura penal guarda estrecha relación con el cuasi contrato de los arts. 1895 y siguientes CC, siendo preciso delimitar el contenido del injusto correspondiente al tipo penal que permita la delimitación del cuasi contrato y de la figura penal. Éste radica en la voluntad de apropiación, en la voluntad de haberlo como propio, el dinero o bien mueble erróneamente recibido, en definitiva de incorporarlo al patrimonio de forma definitiva. Como delito patrimonial la consumación del delito se produce en el momento de la incorporación al patrimonio, pero como el tipo penal admite la posibilidad de que el ingreso pueda ser inadvertido por el titular de la cuenta, en el supuesto de ingresos erróneos en cuenta corriente, la consumación se produce cuando se niega a devolverlo o cuando, advertido del error existente no procede a su devolución. En el supuesto de autos, el condenado no se negó a devolverlo, sino que resulta probado que advertido del ingreso erróneo, procedió a la realización de actos de disposición de lo ajeno, de lo ingresado erróneamente, reveladores de la conducta típica en su modalidad de no proceder a la devolución una vez advertido el error del transmitente (1416/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 340/2005]).

Dada la polémica caracterización doctrinal de la nueva figura de referencia, sería cuestionable la existencia de verdadera homogeneidad estructural con la del art. 252 CP (273/2004, de 5 de marzo [LA LEY 12368/2004]). Sin embargo, ha sido expresamente admitida por la más reciente 44/2007, de 24 de enero [LA LEY 1516/2007].

Conducta

Los casos de entrega de dinero o de alguna otra cosa mueble realizada por error del transmitente han pasado a ser criminalizados en el art. 254 del nuevo CP siempre que el que los reciba no proceda a su devolución, una vez comprobado el error o en el caso de negar haberlos recibido. Se concluye con ello la discusión doctrinal sobre si tales conductas pudieran ser algo más que un comportamiento sancionable civilmente con la obligación de devolver en razón de un cuasi contrato de cobro de lo indebido (650/1996, de 4 de octubre [LA LEY 10253/1996]).

La acción omisiva en que consiste la no devolución se traduce en el presente caso en sustraer la cantidad abonada indebidamente en la cuenta a la disponibilidad del transmitente, disponiendo inmediatamente de la misma antes de que aquél, una vez comprobado el error, pueda hacer la retrocesión correspondiente (2159/2002, de 28 de diciembre [LA LEY 10966/2003]).

Elementos subjetivos

El ánimo de lucro propio de este tipo delictivo se contrae a la apropiación definitiva de lo recibido indebidamente por error, con independencia de cuál fuese la finalidad o último destino de las cantidades así sustraídas (2159/2002, de 28 de diciembre [LA LEY 10966/2003]).

SECCIÓN 3.^a*De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas***Artículo 255.**

Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

- 1.º Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.
- 2.º Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.
- 3.º Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 283 y 623.

Ley 40/1994, de 30 de diciembre, sobre ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

Decreto 2913/1973, de 26 de octubre, que aprueba el Reglamento General del Servicio Público de combustibles.

Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Conducta

En el art. 536 CP 1973 (hoy 255), puede distinguirse entre el apoderamiento subrepticio o sustracción de energía eléctrica —números 1.º y 2.º de dicho precepto (536 CP 1973, hoy 255.1)—, figura delictiva que requiere la utilización de la electricidad, tomándola antes de que su consumo se refleje en los aparatos contadores o evitando que pase por ellos, y la utilización fraudulenta y abusiva de la misma —núm. 3 del mentado precepto (536 CP 1973, hoy 255.2)—, conducta, esta última, que se perfecciona alterando, por cualquier medio y maliciosamente, los aparatos contadores, requiriendo que se cometa defraudación utilizando ilícitamente energía eléctrica ajena por medio de la alteración dicha y en perjuicio del suministrador.

No un delito de defraudación de fluido eléctrico y análogos a la comunidad de propietarios en relación con los gastos comunes (agua, calefacción, electricidad...), aunque las cámaras primitivas hayan sido transformadas ilegalmente en viviendas, sin autorización de la comunidad, instalándose en tales viviendas conexiones ilegales a la red de aguas y a la calefacción; contribuyendo a los gastos con un coeficiente de participación inferior al que realmente se está disfrutando, debido al incremento de superficie no contabilizado (509/2004, de 20 de abril [LA LEY 12758/2004]).

Elementos subjetivos

El ánimo de obtener un beneficio que el autor sabía ilícito y que efectivamente obtuvo, lo que acredita la existencia en el mismo de un dolo de lucro a costa del perjuicio ajeno, que constituye el núcleo anímico de la defraudación castigada (29 de enero de 1982). Si bien se ha dicho que se sobrentiende que debe operar el agente con ánimo de lucro, elemento subjetivo del injusto que se

presume, salvo prueba en contrario, en estas infracciones pues, ordinariamente, no hay *periculum sine pecunia* (20 de junio de 1981). Por el contrario, no se ha apreciado el dolo cuando existen todos los elementos propios de la telefonía fija (934/2006, de 29 de septiembre [LA LEY 110275/2006]).

Concursos

Lo que se discute aquí es que pudieran sumarse las cuantías de las diferentes faltas a los efectos de su conversión en delito, cuestión que aparece solucionada en el párrafo 2 del art. 74 cuando nos dice que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena correspondiente al perjuicio total causado», y esto incluso cuando la pluralidad de acciones venga determinada por la existencia de varios sujetos pasivos, porque precisamente en el mencionado párrafo 1 se considera indiferente para el concepto de continuidad el que la infracción penal ofenda a una o a varias personas. Esta cuestión fue objeto de una reunión del pleno de esta sala celebrada el 27 de marzo de 1988 que, si bien se refería a los casos de hurto, es claro que tiene aplicación también para los de estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico y, en principio, para todas aquellas faltas de naturaleza patrimonial que constituyen precisamente esta infracción menor por no exceder en su cuantía de 50.000 ptas.: las recogidas en el mencionado art. 624 CP. Lo que no cabe en estos casos es aplicar la agravación prevista en el párrafo 1 de este artículo, es decir, imponer de modo preceptivo la sanción correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, porque, si así lo hiciéramos, estaríamos apreciando, para subir la pena, dos veces el mismo elemento (*principio non bis in idem*). La suma de las cuantías de todas las faltas para obtener «el perjuicio total causado» habría servido: 1.º) para convertir las diversas faltas en delito; y 2.º) también para imponer esa mitad superior (1735/2003, de 26 de diciembre [LA LEY 12098/2004]).

Artículo 256.

El que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación, sin consentimiento de su titular, ocasionando a éste un perjuicio superior a 400 euros, será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57 y 623.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

CAPÍTULO VII

De las insolvencias punibles

Artículo 257.

1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:

1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.

2.º Quien, con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.

2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.

3. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 258, 259, 260, 261 y 268.

CC: arts. 1111 y 1911.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido lo constituye el derecho de los acreedores a la satisfacción de sus créditos, en cuanto el deudor debe responder del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros —art. 1911 CC—, sin perjuicio del interés general en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio (7/2005, de 17 de enero [LA LEY 10977/2005], 789/2004, de 18 de junio [LA LEY 1729106/2004], y 1203/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 10072/2004]). En sentido análogo, 732/2000, de 27 de abril [LA LEY 8303/2000], y 690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 12569/2003] (esta última con referencia a todos los delitos de insolvencia).

Elementos del delito

Son los siguientes:

1.º Uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.º La sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse. Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos,

bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

3.º La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

4.º Es suficiente con que se realice aquella ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento. Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada. Conviene precisar que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (1717/2002, de 18 de octubre [LA LEY 3/2003], y 2212/2001, de 27 de noviembre [LA LEY 213524/2001], entre otras).

En sentido análogo, la 7/2005, de 17 de enero [LA LEY 10977/2005], dice que el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada, mediante su ocultación, a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de ejecución sino a la de agotamiento del delito. Uno de los elementos del delito es la producción de un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor, como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial o, lo que es igual, que experimente una sensible disminución, aunque sea ficticia, de su activo patrimonial, imposibilitando a los acreedores el cobro de sus créditos o dificultándolo en grado sumo. El delito de alzamiento de bienes es un delito de mera actividad o de riesgo que se consume desde que se produce una situación de insolvencia, aun parcial de un deudor, provocada con el propósito en el sujeto agente de frustrar legítimas esperanzas de cobro de sus acreedores depositadas en los bienes inmuebles o muebles o derechos de contenido económico del deudor. Los elementos de este delito son:

1.º Existencia previa de crédito contra el sujeto activo del delito, que pueden ser vencidos, líquidos y exigibles, pero también es frecuente que el defraudador se adelante en conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.

2.º Un elemento dinámico que consiste en una destrucción u ocultación real o ficticia de sus activos por el acreedor.

3.º Resultado de insolvencia o disminución del patrimonio del delito que imposibilita o dificulta a los acreedores el cobro de lo que les es debido.

4.º Un elemento tendencial o ánimo específico en el agente de defraudar las legítimas expectativas de los acreedores de cobrar sus créditos.

Basta para su comisión que el sujeto activo haga desaparecer de su patrimonio uno o varios bienes dificultando con ello seriamente la efectividad del derecho de los acreedores, y que actúe

precisamente con esa finalidad. No se cometerá el delito si se acredita la existencia de otros bienes con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas, que resulten accesibles a los acreedores, pues en ese caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores. Por lo tanto, para estimar la comisión de un delito de alzamiento de bienes, es preciso que el deudor haya actuado sobre sus bienes propios de forma que pueda entenderse que pretendió situarlos fuera del alcance de las acciones que corresponden a los acreedores para la efectividad de sus créditos, originándoles el correspondiente perjuicio en sus derechos. Bien porque resulte imposible hacerlos efectivos ante la inexistencia de bienes sobre los que dirigir la reclamación, o bien porque su actuación suponga una dificultad seria y relevante para ello. Consecuentemente, no existirá delito de alzamiento de bienes respecto de acreedores propios si los actos realizados por el acusado afectan solamente al patrimonio de terceros.

En el mismo sentido que la anterior Sentencia la 372/2009, de 8 de abril [LA LEY 34605/2009], con cita de la 808/2001, de 10 de mayo [LA LEY 5898/2001], 2212/2001, de 27 de noviembre [LA LEY 213524/2001], y 1717/2002, de 18 de octubre [LA LEY 3/2003], y la 1117/2007, de 27 de noviembre [LA LEY 232470/2007].

No se cometerá el delito si se acredita la **existencia de otros bienes** con los que el deudor acusado pueda hacer frente a sus deudas, que resulten accesibles a los acreedores, pues en ese caso no es posible apreciar la disminución, al menos aparente, de su patrimonio ni, por lo tanto, la intención de causar perjuicio a los derechos de aquéllos. La existencia de este tipo delictivo no supone una conminación al deudor orientada a la inmovilización total de su patrimonio en tanto subsista su deuda, por lo que no existirá delito aunque exista disposición de bienes si permanece en poder del deudor patrimonio suficiente para satisfacer adecuadamente los derechos de los acreedores (7/2005, de 17 de enero [LA LEY 249/2005], 1347/2003, de 15 de octubre [LA LEY 10993/2004], 129/2003, de 31 de enero [LA LEY 11038/2003], 1717/2002, de 18 de octubre [LA LEY 3/2003], y 2212/2001, de 27 de noviembre [LA LEY 213524/2001]). En sentido análogo, en la 1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007], y en la de 5 de julio de 2005 [LA LEY 2025047/2005] se dice que es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

Tampoco hay alzamiento de bienes cuando los bienes que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el **pago de otras deudas realmente existentes**, pues lo que se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados ya que esa figura delictiva no es una tipificación penal de la violación de las normas relativas a la prelación de créditos, que se regirán por las disposiciones del Derecho privado, cuya inobservancia no constituye el objeto del delito ahora

examinado (1962/2002, de 21 de noviembre [LA LEY 10697/2003], 1609/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8048/2001], y 1170/2001, de 18 de junio [LA LEY 7881/2001], entre otras).

Conducta

El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor. Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse. Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore donde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio (1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007]).

Una interpretación armónica de los números 1.º y 2.º del apartado 1 del art. 257 CP nos debe llevar a considerar que, actualmente, el alzamiento de bienes, que podemos denominar como propio, no puede comprender más que la conducta que consista en la desaparición o física disimulación de bienes frente a los acreedores, y no aquellas otras conductas tendentes a generar obligaciones, reales o ficticias, que dilaten, impidan o dificulten la eficacia de un procedimiento de ejecución, cualquiera que sea la naturaleza del mismo, cuando éste se inicie, o sea de previsible iniciación, porque tales comportamientos se incluyen ahora más correctamente en el número 2.º del art. 257.1 CP, al menos en su nomenclatura como alzamiento procesal. De todos modos, la jurisprudencia entiende que este último precepto no es más que un desarrollo descriptivo del anterior (5 de julio de 2005 [LA LEY 2025047/2005]).

El delito de insolvencia punible está considerado como de mera actividad en la medida que no requiere la real causación del perjuicio de los acreedores, por ello se consuma con la realidad del alzamiento u ocultación de bienes, lo que es patente en el presente caso, sin que se exija una efectiva lesión (1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007], 165/2004, de 10 de febrero [LA LEY 1598219/2004], con cita de la 699/2000 de 12 de abril [LA LEY 6985/2000]).

En delito de insolvencia es necesario, dice la 234/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1952590/2005], que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente —a diferencia de los modelos del derecho europeo— carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la prisión por deudas y el efecto de irradiación del art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la

simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal. En este sentido, la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida, produciéndose cuando el patrimonio de una sociedad es transferido a otra, produciendo su descapitalización (2403/2001, de 19 de diciembre [LA LEY 1060056/2001] y 902/2003, de 17 de junio).

Como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las Sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia —SS de 28 de mayo de 1979 y 27 de octubre de 1988 [LA LEY 59630-JF/0000] y otras muchas—, porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en la mayoría de las ocasiones precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos. Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados —S de 17 de mayo de 1989 [LA LEY 1632-2/1989]—, ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica. Lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito. Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito (1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007]). En sentido análogo, la 1023/2007, de 30 de noviembre [LA LEY 216862/2007], con cita de la 1117/2004, de 11 de octubre [LA LEY 14222/2004].

Elementos subjetivos

Debe concurrir como elemento subjetivo del injusto el ánimo de perjudicar a los acreedores, siendo indiferente que éstos resulten o no perjudicados, pues se trata de un delito de peligro para el patrimonio (1471/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 350/2005]; 917/2004, de 20 de julio [LA LEY 2575/2005]; 1235/2003, de 1 de octubre [LA LEY 11101/2004]; 989/2003, de 4 de julio [LA LEY 13183/2003], y 8/2003, de 14 de enero [LA LEY 1753/2003], entre otras muchas). Sin embargo, también se ha afirmado que el delito de alzamiento de bienes no requiere un elemento subjetivo diverso del dolo, es decir, del conocimiento del peligro concreto de la realización del tipo. El tipo penal no exige una intención específica de producir perjuicio, pues el conocimiento del peligro concreto de la realización del mismo, es decir, el dolo por sí mismo implica ya el conocimiento del perjuicio que se causa (234/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1952590/2005], 161/2003, de 6 de febrero [LA LEY 2083/2003], y 1013/1999, de 22 de junio [LA LEY 9357/1999]).

Autoría y participación

Cuando el deudor es una persona jurídica, la responsabilidad criminal recaerá en las personas físicas que desempeñen funciones de dirección o administración aun cuando no concurren en

ellas las condiciones, cualidades o relaciones que constituyen la esencia de la relación jurídica protegida por el tipo penal. En este sentido, la introducción del art. 31 CP ha querido extender la responsabilidad penal al que actúe como administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica y lleve a cabo las acciones típicas que configuran el injusto (1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007], con cita de la de 26 de julio de 2006 [LA LEY 77506/2006]).

La participación del *extraneus* en la acción delictiva como coautor por cooperación necesaria, se ha recogido repetidamente por la jurisprudencia, cuando se trata de personas que, de acuerdo con el deudor, colaboran eficazmente con éste para frustrar los legítimos derechos de los acreedores, de suerte que sin este concurso no hubiera podido llevarse a efecto la acción defraudatoria (88/2008, de 12 de febrero [LA LEY 17697/2008], 1564/2005, de 4 de enero, 1962/2002, de 21 de noviembre [LA LEY 10697/2003], citando 1263/1999 de 10 de septiembre, 1770/1999, de 9 de diciembre, y 152/2001, 31 de enero [LA LEY 2416/2001]).

No es preciso ser deudor y disponer de un determinado patrimonio para ser condenado como autor de un delito de alzamiento de bienes, sino que también debe serlo el cooperador que colabora con la persona en la que concurren tales circunstancias, participación a título de cooperador necesario. E incluso no es preciso que el extraño tenga intención de defraudar a los acreedores del deudor, con tal que conozca que, con su participación, coopera a dicho resultado (1564/2005, de 4 de enero LA LEY 794/2005). En sentido análogo, la 1101/2007, de 27 de diciembre [LA LEY 232457/2007].

No es necesario que los bienes alzados sean titularidad directa de todos los autores del delito, como cuando pertenecen nominalmente a una persona jurídica en cuyo nombre actúa uno de los acusados que es quien tiene la facultad de disposición sobre aquéllos, apareciendo dicha persona jurídica en la posición de directamente beneficiada pero siéndolo en realidad, como persona física, su propietario, el otro acusado que ha actuado en connivencia con el primero (149/2008, de 11 de abril [LA LEY 31960/2008]).

Concursos

Todos los actos con finalidad de alzamiento realizados por una persona en perjuicio de los acreedores que cuando los realice tenga, constituyen un solo y único delito de alzamiento de bienes, porque la estructura de tal delito se refiere a una actuación global que absorbe datos aislados, pero realizados todos con una común finalidad defraudatoria, lo que excluye también la posibilidad de aplicar la figura del delito continuado (440/2002, de 13 de marzo [LA LEY 6639/2002], citando la 2534/1992, de 24 de noviembre [LA LEY 2324-5/1993]).

Responsabilidad civil

Lo correcto es reintegrar la situación anterior al alzamiento de bienes, anulando los actos jurídicos patrimoniales que lo provocaron y reintegrando así al patrimonio del deudor los bienes ilícitamente extraídos del mismo mediante tales actos viciados. La responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes no debe comprender el montante de la obligación que el deudor quería eludir, debido a que esta obligación no nace del delito y porque la consumación de esta figura delictiva no va unida a la existencia de lesión o perjuicio patrimonial, sino a la colocación en un estado de insolvencia en perjuicio de los acreedores (1943/2002, de 15 de noviembre [LA LEY 10696/2003], con cita de las de 4 noviembre 1981 [LA LEY 12869-JF/0000], 3 diciembre 1983, 11 junio 1984 [LA LEY 8898-JF/0000], 14 diciembre 1985 [LA LEY 10598-JF/0000], 19

enero 1988 [LA LEY 979-2/1988], 27 de enero de 1990 [LA LEY 1188-2/1990], 12 de junio de 1992, y 713/1993, de 26 de marzo [LA LEY 3189-5/1993]).

Cuando el alzamiento de bienes se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad del mismo, si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso (238/2001, de 19 de febrero [LA LEY 3276/2001]). Pero si los otros intervinientes en el contrato son informados de la existencia del procedimiento y no se personan en el mismo, es posible declarar la nulidad del contrato (1263/1998, de 21 de octubre [LA LEY 10753/1998]).

Ahora bien, cuando la restitución deviene jurídicamente imposible nada impide que puedan entrar en juego los medios subsidiarios y sustitutorios previstos en el art. 110 CP, es decir, la reparación o indemnización de perjuicios materiales y morales. El artículo siguiente, 111, precisa que la restitución del mismo bien procederá, siempre que sea posible, con la excepción de que un tercero haya adquirido el bien en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerlo irreivindicable. En este sentido surge el problema de que el importe de la deuda no es consecuencia del delito sino que preexiste al mismo. Sin embargo, la reparación e indemnización es también un medio sustitutivo de la integridad patrimonial cercenada por el acto de disposición fraudulenta cuando la reintegración es imposible, con la salvedad de que la obligación de indemnizar (importe de la deuda pendiente) debe estar comprendida en el valor del bien existente en el patrimonio cuyo desplazamiento de la acción de los acreedores constituye su verdadero perjuicio, luego en la medida que la indemnización no exceda del valor del bien sustraído a la ejecución debe aplicarse como remedio subsidiario la indemnización correspondiente de daños y perjuicios (234/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1952590/2005] 1662/2002, de 15 de octubre [LA LEY 181/2003], con cita de las 2055/2000, de 29 de diciembre [LA LEY 1611/2001], 514/1996, de 12 de julio [LA LEY 8629/1996], y de 14 de julio de 1986 [LA LEY 11223-JF/0000]).

También pueden incluirse en la responsabilidad civil los gastos ocasionados en los procesos para obtener el pago de la deuda (430/2005, de 11 de abril [LA LEY 1984735/2005]).

Artículo 258.

El responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 257, 259, 260, 261 y 268.

CC: art. 1911.

El delito del art. 258 CP [LA LEY 3996/1995], denominado también insolvencia de responsable delictivo para eludir responsabilidades civiles, se incorpora en el CP de 1995, no tiene precedente en nuestra legislación penal anterior. La razón de la incorporación de este precepto a nuestro CP reside en la constatación —relativamente frecuente—, de que los incurso en un

hecho delictivo de cualquier naturaleza, nada más ocurrir éste, y con objeto de eludir las responsabilidades civiles que pueden dimanar de su conducta en un futuro una vez se celebre el correspondiente proceso penal, tratan de ponerse a cubierto, disminuyendo su patrimonio, y en particular, enajenando aquellos bienes más realizables, como son los caudales, acciones y los bienes inmuebles, para eludir el pago de una hipotética, pero ciertamente probable, responsabilidad civil *ex delicto*. Participa este tipo delictivo de la naturaleza del tipo básico de alzamientos de bienes, del que no es sino un tipo especial, Así lo expresa la jurisprudencia (918/1999 [LA LEY 7046/1999] y 532/2003 [LA LEY 10435/2004]). Por ello, se trata de un delito pluriofensivo, que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude ni frustre la responsabilidad universal del deudor, y de otro lado protege el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Es un delito de riesgo porque no exige la realidad de la lesión. Los elementos que configuran el tipo objetivo de este delito lo constituyen los siguientes: a) ocurrencia de un hecho delictivo; b) que, con posterioridad al mismo, el autor realice actos de disposición o contrajese obligaciones que disminuyan su patrimonio; c) que consiga con tal conducta una situación de insolvencia, total o parcial. Este delito se consuma tan pronto como se llevan a cabo los actos de disposición o se contrajesen obligaciones que disminuyan su patrimonio, sin que sea necesario esperar a la resolución del proceso acerca del enjuiciamiento de ese «hecho delictivo», que genere la oportuna responsabilidad civil que previamente se ha tratado de burlar con la conducta del autor, siempre que concurren los demás elementos del tipo. Y ello porque este delito participa, como el alzamiento de bienes, del que no es sino una especialidad, esto es, se trata de un delito de riesgo, de peligro, una de cuyas características lo es su resultado cortado o anticipado. De modo que basta que el autor prevea que de la comisión de aquel «hecho delictivo» se originarán responsabilidades civiles, poniendo a buen recaudo su patrimonio, para que el delito se consuma, con independencia de cuál sea el resultado final del proceso, incluso por prescripción de aquél. Sin perjuicio de reconocer alguna postura doctrinal que exige para la consumación del delito la declaración como delictiva del hecho investigado y respecto del cual ha adoptado la persona concernida la ocultación de su patrimonio, es lo cierto que ello no es exigido por la jurisprudencia (130/2008, de 9 de abril [LA LEY 31959/2008]).

Se ha dicho que el art. 258 CP, introducido *ex novo* por el nuevo texto de 1995, ha venido a zanjar una cuestión largamente discutida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia: la de si constituye delito de alzamiento de bienes la conducta del autor de un delito que, antes de haber sido condenado por el mismo, pero a sabiendas de que ha generado un perjuicio del que tendrá que responder mediante una indemnización, se alza con los bienes y se coloca en situación que le imposibilita o dificulta de modo sensible la satisfacción de dicha obligación. Entre quienes opinaban que la obligación *ex delicto* nace de la infracción criminal y quienes sostenían que la deuda no surge hasta que se dicta la Sentencia en que se declara la responsabilidad —penal y civil— el legislador se ha inclinado por la primera tesis. Hay que reconocer que no lo ha hecho con toda la claridad que hubiera sido deseable, pues ha considerado sujeto activo del delito al responsable de cualquier hecho delictivo, pero ello no debe ser obstáculo para que el delito a que nos referimos pueda ser cometido simplemente con actos realizados con posterioridad a la comisión del hecho del que pueda derivarse la responsabilidad civil aunque ésta no haya sido declarada todavía (130/2008, de 9 de abril, con cita de la 739/2001, de 3 de mayo [LA LEY 3845/2001]). Esta interpretación parece la más razonable si se lee el nuevo tipo a la luz del anterior art. 257, en cuyo apartado 1.2.º se considera autor de delito equivalente al alzamiento de bienes previsto en el núm. 1.º del mismo apartado a quien, con el fin de perjudicar a sus acreedores, «realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o

de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación». La última frase del precepto —iniciado o de previsible iniciación— es tan amplia que cabe preguntarse sobre la necesidad de crear el tipo que hoy ocupa el art. 258 CP pues para quien ha cometido un hecho delictivo productor de un daño o perjuicio es más que previsible que se inicie contra él un procedimiento penal en que se aseguren primero y se ejecuten después las responsabilidades civiles nacidas del delito. Pero, con independencia de que haya sido necesario o no configurar el tipo específico de alzamiento del responsable de un delito, de lo que no puede dudarse ya es de que las acciones descritas en el mismo son punibles por el mero hecho de que se realicen después de la comisión del hecho delictivo y sin necesidad de que la responsabilidad sea declarada en Sentencia. Ahora bien, el nuevo delito debe ser interpretado también de acuerdo con las categorías elaboradas por la jurisprudencia en torno a la figura genérica del alzamiento de bienes que antes se contenía en el art. 519 CP 1973 y ahora lo está en el art. 257.1.1.º CP vigente. Una característica negativa del delito, entroncada con ese esencial elemento subjetivo que es el propósito de defraudar al acreedor o acreedores burlando y eludiendo la responsabilidad patrimonial universal establecida en el art. 1911, es que no hay alzamiento de bienes cuando aquello que sustrae el deudor a la posible vía de apremio del acreedor fue empleado en el pago de otras deudas realmente existentes, pues lo que con este delito se castiga es la exclusión de algún elemento patrimonial a las posibilidades de ejecución de los acreedores en su globalidad y no individualmente determinados, ya que esta figura criminal no es una tipificación penal de la violación de las normas civiles o mercantiles relativas a la prelación de créditos. En esta misma línea, la de 2 de diciembre de 1991 [LA LEY 14370-R/1992] afirmaba ser indudable que la infracción del orden de prelación de créditos por parte del deudor no constituye por sí misma el comportamiento típico del delito de alzamiento de bienes. Se decía en esta Sentencia que dicha conducta estaba prevista en el art. 524.5.º CP 1973, pero sólo con referencia al concursado, lo que se consideraba una «primera razón» para excluir su tipicidad en relación con el art. 519. La conclusión es hoy aún más lógica si se tiene en cuenta la significación del tipo establecido en el art. 259 CP 1995, en el que la naturaleza delictiva de cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones —realizado por el deudor— destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto, depende de que se haya admitido a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos, no se haya obtenido la preceptiva autorización judicial o de los órganos concursales y no se trate de uno de los casos permitidos por la ley (739/2001, de 3 de mayo [LA LEY 3845/2001]).

El art. 258 CP es un tipo especial respecto del 257 CP, pues señala una fuente de las obligaciones frustradas por el autor diversa de la fuente general de las obligaciones contenida en el art. 257.2.º CP. Aunque el texto legal de esta disposición diga en este punto «cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda», lo cierto es que el art. 258 CP especifica que será aplicable al «responsable de cualquier hecho delictivo», con lo que se refiere especialmente a obligaciones cuya fuente es delito del Derecho penal. El art. 258 CP excluye también, esta vez por consunción, al delito del art. 251.3.º CP, dado que aquél ya incluye su contenido de ilicitud, lo que se manifiesta en la pena de multa que se prevé para el primero y que no se establece para el segundo (22/2009, de 19 de enero [LA LEY 611/2009]).

Artículo 259.

Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para

ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 257, 258, 260 y 261.
Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir: 1.º «solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos» por «solicitud de concurso»; y 2.º «órganos concursales» por «administradores concursales». La modificación entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 CC (690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 12569/2003]).

Conducta

Si el pago de los créditos se realiza con anterioridad a la solicitud de declaración de quiebra voluntaria, no es aplicable el art. 259 CP, toda vez que el tipo exige que junto a la realización de «cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar a uno o varios acreedores, preferentes o no, con posposición del resto», tal actuación ha de llevarse a cabo «una vez admitida a trámite la solicitud de quiebra, concurso o suspensión de pagos (...)» (624/2003, de 28 de abril [LA LEY 12603/2003]). En el mismo sentido, a propósito del alzamiento de bienes, 1962/2002, de 21 de noviembre [LA LEY 10697/2003], 1609/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 8048/2001], y 1170/2001, de 18 de junio [LA LEY 7881/2001], entre otras.

Artículo 260.

1. El que fuere declarado en concurso será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa de ocho a 24 meses, cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre.

2. Se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número y condición económica.

3. Este delito y los delitos singulares relacionados con él, cometidos por el deudor o persona que haya actuado en su nombre, podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.

4. En ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso civil vincula a la jurisdicción penal.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 257, 258, 259 y 261.

CC: art. 1911.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir los términos «declarado en quiebra, concurso o suspensión de pagos» por «declarado en concurso». La modificación entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es el mismo en todas las modalidades de insolvencia punible: la garantía de que goza todo acreedor de ejecutar y hacer efectivo su crédito, caso de incumplimiento, contra el patrimonio del deudor, conforme dispone el art. 1911 CC (690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 12569/2003]).

Elementos del delito

El tipo de injusto de la quiebra, tipificado en el art. 260 CP, requiere varios requisitos: 1) que la quiebra haya sido declarada sin exigir, como antes, que hubiera recaído Sentencia en la pieza quinta pues sólo es preciso que se admita a trámite la solicitud de quiebra; 2) el fraude, que requiere actuación dolosa; 3) que esa actuación cause o agrave causalmente la situación de crisis o de insolvencia, y 4) el perjuicio como resultado, aunque un sector doctrinal no lo considera esencial, bastando el peligro para colmar el tipo. Sin embargo, no se exige determinar o individualizar el perjuicio causado a los acreedores que no forma parte de la estructura típica, sino que es un elemento que juega a los meros efectos de la graduación de la pena (ATS de 27 de febrero de 2003, citando la 1757/2002, de 25 de octubre [LA LEY 177488/2002]). En este mismo sentido, la más reciente 116/2009, de 4 de febrero, dice que los requisitos fijados jurisprudencialmente para aplicar el art. 260 se refieren, en primer lugar, a que el sujeto activo del delito sea declarado en concurso; en segundo lugar, que la situación de crisis económica o insolvencia causante de dicha situación haya sido causada o agravada dolosamente por aquél, y en tercer lugar, que se haya causado algún perjuicio a los acreedores, aunque esta exigencia no aparece mencionada específicamente en el precepto citado. Ahora bien, la jurisprudencia sí incluye dicho elemento teniendo en cuenta que éste es un delito de resultado, pues requiere la causación de una crisis económica o una situación de insolvencia generalizada, como se deriva del propio concepto del concurso, que implica que el pasivo sea mayor que el activo, y, por otra parte, cuando se refiere al perjuicio inferido a los acreedores para graduar la pena, lo que significa dar por supuesta la existencia de perjuicio a los acreedores —1757/2002, de [LA LEY 177488/2002]— o más recientemente la 1018/06 [LA LEY 114933/2006]. Se trata, por tanto, de un quebranto patrimonial que produce un resultado de lesión que conlleva un perjuicio a los acreedores, pues ello es una consecuencia necesaria de la existencia del concurso. Ahora bien, cuestión distinta es la exigencia de una determinación o concreción exhaustiva de cada uno de los créditos o deudas, no siendo necesaria la individualización de los mismos, es decir, trasladar al juicio penal las relaciones del procedimiento civil del concurso, bastando estar justificada la causación o agravamiento doloso, dolo directo, del deudor de aquella situación patrimonial.

La actual redacción del art. 260.4 CP cierra el paso a cualquier efecto penal de la calificación de la insolvencia en el proceso civil (1166/1999, de 16 de julio [LA LEY 10177/1999]). En este

sentido se ha señalado que pretender que la calificación civil de fraudulenta de la quiebra, así como los pronunciamientos laborales que condenan al pago solidario de las deudas sociales, pueden suponer la automática condena en sede penal, es tanto como negar la libertad de interpretación de las normas y la finalidad y contenido diverso de la legalidad civil, laboral y penal (948/2003, de 24 de junio [LA LEY 111020/2003]).

Conducta

El nuevo CP rompe con la dependencia de los delitos de los arts. 259, 260 y 261 del orden civil y mercantil, no siendo ya preceptos en blanco, en la medida que los nuevos tipos establecen con autonomía los presupuestos de las distintas conductas delictivas (1311/2003, de 15 de octubre [LA LEY 10687/2004], ATS de 27 de febrero de 2003 y 1757/2002, de 25 de octubre [LA LEY 177488/2002]).

La progresión delictiva de actos que pueden integrar el delito del art. 260 CP (sustancialmente actos de vaciamiento patrimonial en perjuicio de los acreedores, junto a falsedades documentales o resultantes en la contabilidad, dirigido todo ello a la insolvencia generalizada del deudor, que se causa o se agrava dolosamente) concluye precisamente con la declaración de quiebra (actualmente, concurso) declarado judicialmente. Más allá no se extiende el delito. Los hechos posteriores que puedan ser ilícitos penales, tendrán por consiguiente otra calificación jurídica, pero ya no podrán ser objeto de consideración en el concurso o quiebra fraudulenta (por emplear la terminología anterior). De ahí que el CP: en el art. 259, para cubrir este vacío, incrimine los actos que lleven a cabo el deudor, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto; y el art. 261 CP castigue al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél (40/2008, de 25 de enero [LA LEY 12955/2008]).

En el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente —a diferencia de los modelos del Derecho europeo— carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo y simplemente se refiere a la declaración de quiebra, concurso y suspensión de pagos, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la prisión por deudas y el efecto de irradiación del art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal. En este sentido, la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida. Una administración inadecuada al fin económico, que sea calificada, como hace la Sentencia recurrida, de «arriesgada gestión» es insuficiente para configurar el tipo objetivo del delito. En particular, un plan para adquirir una posición determinada en el mercado, basado en un cálculo económico y financiero erróneo no es todavía insuficiente para configurar los elementos del tipo objetivo del delito del art. 260.1 CP (146/2009, de 18 de febrero [LA LEY 3348/2009], y 452/2002, de 15 de marzo [LA LEY 5911/2002]).

Se realizaron con el patrimonio de la sociedad gastos suntuarios que se concretan en la realización de gastos personales a cuenta de la sociedad, en la utilización de la tarjeta de la empresa para gastos personales, como viajes, compra de materiales, etc., y en la utilización de un trabajador de la empresa para trabajar en la vivienda particular. La existencia de deudas que hacían inviable la continuación de la empresa determinó la constitución de una nueva empresa, con parte de los trabajadores, maquinaria y clientes de la antigua, hundiendo económicamente a la anterior que se vio abocada a la quiebra (446/2004, de 2 de abril [LA LEY 13059/2004]).

Elementos subjetivos

El tipo subjetivo requiere dolo directo. En efecto, la insolvencia, dice la ley penal, debe haber sido causada o agravada dolosamente. Desde una perspectiva respetuosa en el tipo subjetivo con las mismas premisas que informan el tipo objetivo del delito, sólo cabe admitir los casos de dolo directo, pues sólo éstos son los que exteriorizan una voluntad dirigida a perjudicar a los acreedores (146/2009, de 18 de febrero [LA LEY 3348/2009], 432/2007, de 24 de mayo [LA LEY 26754/2007], y 452/2002, de 15 de marzo [LA LEY 5911/2002]). El requisito típico «dolosamente», supone, elemento subjetivo del tipo penal es, precisamente, el elemento caracterizador del tipo penal destinado a impedir una tipicidad basada en la prisión por deudas, caracterizando la conducta típica por su realización con el propósito de declararse en insolvencia y con ánimo de incumplir las obligaciones contraídas (237/2004, de 26 de febrero [LA LEY 1598197/2004]).

La ausencia de una contabilidad que reflejara los gastos de la sociedad permite la declaración que el Tribunal realiza sobre la realización dolosa de los acusados en la crisis de la empresa (446/2004, de 2 de abril [LA LEY 13059/2004]). El dolo directo de impedir el cobro de sus créditos resulta de la discordancia de los datos reflejados en los libros y balances con la real situación de la empresa, ya que, con independencia de que se encargara a profesionales la elaboración de la contabilidad, ello se haría siempre sobre la base de la información facilitada por el administrador de la empresa (303/2008, de 29 de mayo [LA LEY 74059/2008]).

Concursos

El delito del art. 260.1 CP debe absorber al del 519 CP 1973 (hoy 257.1), no sólo por suponer una mayor progresión en el propósito ilícito de hacer inefectivos los créditos de terceros, sino por hallarse castigado con mayor pena —art. 8.4 CP— (1347/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 10416/2005], y 690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 12569/2003]). Es evidente que el autor de un delito de quiebra puede haberla provocado deliberadamente a través de distintos actos de vaciado patrimonial constitutivos de alzamiento, en cuanto delito tendencial, consumidos después por el delito de quiebra, al resultar actos productores de un delito de daño o lesión —quiebra dolosa— (740/2003, de 23 de mayo [LA LEY 13031/2003]).

Responsabilidad civil

El art. 260.3 dispone que el importe de la responsabilidad civil derivada de los delitos definidos en su párrafo primero deberá incorporarse, en su caso, a la masa. La expresión, en su caso, indica que esta incorporación se producirá cuando sea procedente y posible, por lo que el hecho de que la quiebra se haya dejado sin efecto no exime de la responsabilidad civil, como erróneamente estima el Tribunal de instancia. Máxime cuando el sobreseimiento de la quiebra constituye, precisamente, una consecuencia del delito, como sucede en este caso, al haber dejado el condenado a la empresa quebrada sin activo alguno que pudiese ser objeto de ejecución. En consecuencia, el

condenado penalmente debe ser obligado a retornar a la empresa que fue declarada en quiebra la cantidad ilegalmente dispuesta, poniendo dicha cantidad a disposición del Juzgado competente para el conocimiento del procedimiento de quiebra, con el fin de que éste comunique a los acreedores la existencia de bienes a los efectos que se estimen civilmente procedentes (1013/2003, de 11 de julio [LA LEY 12971/2003]).

Calificación de la insolvencia en la jurisdicción civil

A los efectos de la eventual persecución penal de un quebrado, lo esencial no es ya el dato jurídico-formal del resultado del juicio que su gestión empresarial mereciera al Juez civil, sino la efectiva calidad de ésta, evaluada de manera autónoma en el marco de la causa que se hubiera abierto al respecto. Naturalmente, esto no quiere decir —682/2004, de 28 de mayo [LA LEY 126736/2004] y 1316/2005 de 9 de noviembre [LA LEY 10146/2006]— que el contenido de las actuaciones seguidas en aquella jurisdicción y su resultado sean inútiles o indiferente; por el contrario, podrían ser de indudable utilidad, siempre que, como es lo más normal, arrojen luz sobre las peculiaridades de la conducta a examen, es decir, pese a que eventualmente pueda ser valorada esa calificación como prueba reveladora del ánimo del quebrado, la mera calificación civil de la quiebra no impone automáticamente su aceptación en vía penal, ni siquiera suministra una presunción probatoria gozando la jurisdicción penal de plena soberanía para evaluar el carácter delictivo o no de la quiebra previamente calificada en otro orden jurisdiccional. Separación entre los ilícitos civiles y penales que establece la actual Ley Concursal 22/2003 en el art. 163.2, cuando dice que «el concurso se calificará como fortuito o como culpable», pero que «la calificación no vincula a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entienden de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito». Afirmación que coincide con lo dicho en los apartados 3 y 4 del art. 260 CP, en los que se consagra la independencia del proceso penal respecto al civil-mercantil y la desaparición a la condición objetiva de perseguibilidad que se consideraba incluida en los arts. 520 y 521 CP 1973. Ahora, tanto «este delito» como «los delitos singulares relacionados con él» (v.gr., falsedades, apropiaciones, alzamientos, etc.), «podrán perseguirse sin esperar a la conclusión del proceso civil y sin perjuicio de la continuación de éste». A esta independencia de la jurisdicción penal para la persecución de estos delitos hay que añadir también la desvinculación de que gozan los Juzgados y Tribunales respecto a la legislación mercantil, de manera que ahora y ya desde el CP de 1995, pueden integrar el tipo penal sin acudir a los supuestos de culpabilidad que establece la Ley Concursal (art. 164), bastando que por la prueba practicada en el proceso penal quede acreditado que «la situación de crisis económica o la insolvencia ha sido causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúa en su nombre», esto es, por los representantes legales de una persona física o por los administradores o liquidadores de derecho o de hecho de una persona jurídica (art. 164.1 Ley Concursal) (146/2009, de 18 de febrero [LA LEY 3348/2009]).

Artículo 261.

El que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquél, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 290, 393 y 396.
Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir la frase «en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos presentare» por «en procedimiento concursal presentare». La modificación entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

El tipo previsto en el art. 261 CP —presentación de datos falsos relativos al estado contable en un procedimiento concursal— tiene una clara relación de especialidad con respecto al descrito en el art. 290 CP, de manera que tanto la regla 1.^a del art. 8 CP como el principio de legalidad suponen la aplicación a aquella conducta específica del art. 261 CP y no la del 290 (1458/2003, de 7 de noviembre [LA LEY 11104/2004]).

CAPÍTULO VIII

De la alteración de precios en concursos y subastas públicas

Artículo 262.

1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 169 y ss., 172, 419 y ss. y 436.
RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas.
CC: arts. 615, 822, 1048, 1062, 1498, 1493 y 1872.
CCom.: arts. 197, 579 y 592.
LECrim.: art. 601.
LEC: arts. 643 y ss. y 655 y ss.
LH: 129.

Ley de 16 de noviembre de 1954 de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento: arts. 81 y ss.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de añadir el apartado 2, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Sujeto activo

Lo puede ser cualquiera, licitador o no (3 de octubre de 1986 [LA LEY 78984-NS/0000]), si bien parece que la cuarta modalidad sí exige haber participado en la subasta.

El art. 1459.2.º del CC, que se refiere a los mandatarios, no incluye expresamente en la prohibición (que ha de interpretarse restrictivamente) a los depositarios de bienes embargados designados judicialmente, y la práctica judicial pone de manifiesto su frecuente participación en las subastas, debiendo recordarse que la LECiv. prevé expresamente la posibilidad de que el propio acreedor ejecutante sea designado depositario (art. 626.4.º de la LECiv.), así como la intervención de dicho ejecutante como licitador (art. 647 de la misma ley). En consecuencia, la condición de depositario no impedía, en principio y conforme a la interpretación habitual de la referida norma prohibitiva, la intervención del recurrente en la subasta, por lo que su solicitud de una dádiva como condición para no intervenir integra el delito prevenido en el art. 262 CP, objeto de sanción (1377/2001, de 11 de julio [LA LEY 6467/2001]).

Conducta

Como delito de tendencia o actividad, también denominado de riesgo, no precisa un resultado lesivo (692/1997, de 7 de noviembre [LA LEY 80/1998] y 1 de junio de 1992 [LA LEY 14822-R/1992]).

Por subasta pública, para unos se entiende cualquier subasta a la que puedan concurrir cualesquiera postores con tal de que cumplan las condiciones fijadas en el correspondiente pliego debidamente anunciado, mientras que para otras subastas públicas, lo son tan sólo las judiciales, administrativas o notariales, debiendo desecharse las de índole privada (3 de octubre de 1986 [LA LEY 78984-NS/0000]).

Elementos subjetivos

La finalidad de alterar el precio del remate sólo se exige en una de las modalidades típicas del art. 262: «los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate» (692/1997, de 7 de noviembre [LA LEY 80/1998]).

CAPÍTULO IX

De los daños

Artículo 263.

El que causare daños en propiedad ajena no comprendidos en otros títulos de este Código, será castigado con la pena de multa de seis a 24 meses, atendidas la condición económica de la víctima y la cuantía del daño, si éste excediera de 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 323, 557, 625 y 626.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir 50.000 pesetas por 400 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

Es el patrimonio ajeno (2037/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 2385/2001]). Los delitos de daños se ubican en un título en el que el bien jurídico protegido, aun ampliándolo al patrimonio y el orden socioeconómico, sigue siendo básicamente el derecho de propiedad (538/2000, de 25 de abril [LA LEY 8300/2000]).

Conducta

El delito tipificado en el art. 263 CP se refiere a la causación dolosa de daños en propiedad ajena, pero en la redacción de ese artículo se impone una reserva para su aplicación y es que esa causación de daños no se comprenda en otro título del mismo Código, con lo que se evidencia que constituye un tipo delictivo residual o subsidiario, de aplicación tan sólo cuando los hechos no tengan encaje en otra figura delictiva que esté recogida en otro título del Código. No se opone esta solución al criterio que, con carácter general, se establece en el número 1.º del art. 8 del mismo cuerpo legal, para el caso de que un hecho sea susceptible de ser calificado con arreglo a dos o más preceptos del CP, y que consiste en aplicar preferentemente el precepto especial antes que el general. Lo que es evidente es que, antes de acudir al tipo general de daños que en el art. 263 se expresa, habrá de comprobarse si los hechos encajan en otro tipo más especial recogido en otro título del mismo Código (539/2000, de 1 de abril [LA LEY 6105/2000]).

Lo castigado es un resultado consistente en daños en propiedad ajena (2037/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 2385/2001]). Aunque pudiera existir la sociedad de gananciales sobre los enseres, el hecho probado afirma que el piso era propiedad exclusiva de la denunciante, lo que elimina la posibilidad de englobarlos en daños en cosa propia. Respecto de los efectos que pudieran tener la presunción de ganancialidad por las mismas razones expuestas anteriormente consta que no estaban liquidados por lo que no puede arrogarse su titularidad definitiva, ni estaba justificada su destrucción o deterioro (1216/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 1483273/2003]).

En orden a la cuantía, los daños propiamente dichos son la rotura de las cubiertas y de las dos válvulas y su cuantificación se determina por su precio en mercado más el IVA, pero su colocación por un técnico con inclusión por desplazamiento y precio por hora de trabajo no alcanza al concepto de daño en cuanto referido a la cosa en sí, sino al perjuicio patrimonial de su propietario (301/1997, de 11 de marzo [LA LEY 4581/1997]).

Elemento subjetivo

El delito del art. 263 CP exige en el agente un *animus damnandi* (992/2000, de 2 de junio [LA LEY 113795/2000]). El delito de daños no exige un dolo específico; basta un dolo de segundo grado, e incluso un dolo eventual (722/1995, de 3 de junio, y 30/2001, de 17 de enero [LA LEY 15418/2001]). Existe el delito de daños aunque el culpable no buscara directamente la causación de los daños, bastando que los asumiese como resultado o consecuencia muy probable de su acción. Que intentara huir, teniendo conciencia de la ubicación de los vehículos que le cerraban

por delante y por detrás el paso, y que arremetiera en tal intento contra ellos, no puede excluir la causación dolosa de los daños (97/2004, de 27 de enero [LA LEY 11876/2004]).

Concursos

Concorre también un delito de daños cuando el autor sabe, elemento cognitivo del dolo, que su acción además de matar a los ocupantes del vehículo, va a producir varios daños materiales en un patrimonio ajeno y los realiza —elemento volitivo del dolo—. Que la finalidad perseguida fuera la de matar no excluye la existencia del dolo en otros resultados típicos como los daños patrimoniales producidos que son imputables subjetivamente al acusado a título de dolo en su modalidad de dolo de consecuencias necesarias. No cabe plantearse la consunción en el delito de **asesinato** de los daños producidos, situación que se produciría cuando, como en el delito de **robo con fuerza** en las cosas, el ilícito de un delito y la culpabilidad se encuentran comprendidos en otro (785/2000, de 30 de abril de 2001 [LA LEY 3855/2001]).

Si con ocasión de la comisión del delito de **atentado** del art. 552.1 CP se producen daños se está ante un concurso ideal que debe resolverse conforme a lo dispuesto en el art. 77 CP (798/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 184766/2008]).

Se ha admitido también el concurso con un delito de **incendio**, aduciendo que no hay vulneración del principio *non bis in idem*, pues los bienes que las distintas normas protegen son distintas, uno el patrimonio ajeno y otro el peligro a la vida e integridad física de personas mediante un incendio (2037/2000, de 26 de diciembre [LA LEY 2385/2001]).

Artículo 264.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que causare daños expresados en el artículo anterior, si concurriere alguno de los supuestos siguientes:

1.º Que se realicen para impedir el libre ejercicio de la autoridad o en venganza de sus determinaciones, bien se cometiere el delito contra funcionarios públicos, bien contra particulares que, como testigos o de cualquier otra manera, hayan contribuido o puedan contribuir a la ejecución o aplicación de las Leyes o disposiciones generales.

2.º Que se cause por cualquier medio infección o contagio de ganado.

3.º Que se empleen sustancias venenosas o corrosivas.

4.º Que afecten a bienes de dominio o uso público o comunal.

5.º Que arruinen al perjudicado o se le coloque en grave situación económica.

2. La misma pena se impondrá al que por cualquier medio destruya, altere, inutilice o de cualquier otro modo dañe los datos, programas o documentos electrónicos ajenos contenidos en redes, soportes o sistemas informáticos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 235.4, 250.1.6.º, 263, 323, 336, 364, 365, 560, 577, 625 y 626.

CC: arts. 339 y ss.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del patrimonio de las Administraciones Públicas.

Artículo 265.

El que destruyere, dañare de modo grave, o inutilizare para el servicio, aun de forma temporal, obras, establecimientos o instalaciones militares, buques de guerra, aeronaves militares, medios de transporte o transmisión militar, material de guerra, aprovisionamiento u otros medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años si el daño causado excediere de cincuenta mil pesetas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57 y 577.

CPM: arts. 57 a 62 y 155.

Artículo 266.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años el que cometiere los daños previstos en el art. 263 mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, o poniendo en peligro la vida o la integridad de las personas.

2. Será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses el que cometiere los daños previstos en el art. 264, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado anterior.

3. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometiere los daños previstos en los arts. 265, 323 y 560, en cualquiera de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 del presente artículo.

4. En cualquiera de los supuestos previstos en los apartados anteriores, cuando se cometieren los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior.

En caso de incendio será de aplicación lo dispuesto en el art. 351.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 263, 264, 265, 323, 346, 351, 560, 571 y 577.

Modificado por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, que entró en vigor el 24 de diciembre de 2000. La anterior redacción era del siguiente tenor: «Será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años el que cometa los hechos descritos en el artículo anterior, mediante incendio o cualquier otro medio capaz de causar graves estragos o que pongan en peligro la vida o la integridad de las personas».

En el art. 266, que es un delito contra el patrimonio, afectado por lo tanto por la entidad o cuantía del perjuicio causado, también se menciona el incendio como medio comisivo agravatorio, junto con otros medios de similar potencia de creación de riesgos, y unido a un supuesto diferente relativo a la puesta en peligro de la vida o la integridad física. De su regulación se desprende que cuando mediante incendio se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas, se aplicará el art. 351.1; cuando se causen los daños de los arts. 263, 264, 265, 323 y 560 mediante incendio, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, se impondrán las penas previstas en cada caso en el art. 266; cuando se ponga en peligro la vida o la integridad física al causar daños de los previstos en los artículos citados provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, se impondrán asimismo las penas previstas en cada caso en el art. 266; y cuando además de utilizar estos medios comisivos se ponga en peligro la vida o la integridad física de las personas, la pena se impondrá en su mitad superior. De todo ello se deriva que la cuestión que se viene a plantear radica en determinar si la remisión efectuada en el art. 266.1 al art. 263 implica que, en todo caso, la provocación de un incendio supondrá la imposición de la pena correspondiente al delito, contemplada en el mismo, con independencia de la cuantía de los daños causados, o si, por el contrario, si ésta es inferior a 400 euros la infracción debería ser considerada falta, tal como se entiende en la Sentencia impugnada, pues el art. 263 castiga los daños causados en propiedad ajena que no estén comprendidos en otros preceptos del CP, siempre que excedan de 400 euros. La duda se centra en si al referirse el art. 266 a los daños del art. 263 lo hace sólo a los causados en propiedad ajena no contemplados en otros preceptos, como tipo residual, o si también se refiere a éstos cuando, además, la cuantía exceda de 400 euros, es decir, excluyendo aquellos que serían constitutivos de una falta del art. 625.1. La dificultad de interpretación de estos preceptos se hubiera evitado si el legislador hubiera procedido a establecer en el art. 351.2 la pena correspondiente al delito de incendio cuando no existiera peligro para la vida o la integridad física de las personas, teniendo en cuenta expresamente otra clase de peligro, en cuanto que se trata de un delito contra la seguridad colectiva, sancionándolo de otra forma cuando tal peligro no existiera. En cualquier caso, la agravación de las penas básicas del art. 263 hasta una pena privativa de libertad comprendida entre uno y tres años prevista en el art. 266.1, debe encontrar explicación en las previsiones contenidas en éste, todas las cuales se sitúan en la Ley al mismo nivel agravatorio. De ellas, algunas se refieren al modo comisivo, en atención a su especial peligrosidad, lo cual teóricamente no impediría tener en cuenta la cuantía para distinguir entre delito y falta. Así ocurre cuando se refiere a daños causados mediante incendio, o provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva. Pero la última previsión, del mismo nivel que las anteriores, según la cual la agravación tiene lugar cuando, con independencia del modo de ejecución empleado, se causa el daño poniendo en peligro la vida o integridad de las personas no puede compaginarse con una consideración a la cuantía del daño efectivamente causado, pues este dato resulta absolutamente irrelevante ante la consideración a aquel peligro. Sucede así, que los daños del art. 263, cuando se cometan poniendo en peligro la vida o la integridad física de las personas se castigarán conforme al art. 266.1, con independencia de la cuantía, pues el dato típico determinante es la creación del peligro. Se trata, por lo tanto, de infracciones en las que el bien jurídico protegido no es solamente el patrimonio, sin perjuicio de la corrección sistemática de su ubicación. Situadas las demás previsiones

de agravación al mismo nivel de consideración, como se ha dicho, no se justificaría un tratamiento distinto a unas y otras en función del daño efectivamente causado, pues no es ese dato el que la Ley tiene en cuenta para establecer una sanción más grave. Sin embargo, no sería posible una aplicación automática del art. 266, sólo en atención a la concurrencia formal del empleo de un determinado medio, siendo por el contrario exigible una comprobación de la concurrencia de las condiciones que justifican la agravación, es decir, de la existencia de un peligro, debido precisamente al medio empleado. Es cierto, como se acaba de decir, que la agravación se justifica en el empleo de medios de ejecución que por sí mismos son especialmente peligrosos. Pero precisamente por ello, deberán excluirse de la aplicación del precepto aquellos supuestos en los que, además del daño causado, no es posible apreciar ningún peligro, pues entonces carece de justificación la agravación. Los delitos contra el patrimonio tienen en cuenta principalmente el daño causado. También pueden atender, como ocurre en estos casos, al peligro existente a causa de la forma o el medio de causación, pero si tal peligro no es apreciable dadas las circunstancias, sólo se debería atender a la entidad del daño. Tomando por ejemplo el incendio, bajo tal denominación no podría englobarse cualquier utilización del fuego, olvidando el peligro creado. Son perfectamente imaginables supuestos de daños causados en propiedad ajena por la utilización del fuego que no integren el concepto de incendio: la quema de un objeto material de ajena pertenencia en medio de una plaza desierta, excluyendo todo riesgo de propagación, supone indudablemente la causación de unos daños por medio del fuego, pero no podría calificarse el hecho como la provocación de un incendio. En este sentido, el DRAE define el incendio, en su primera acepción, como fuego grande que destruye lo que no debería quemarse, excluyendo, del concepto por lo tanto, otros posibles usos del fuego aun cuando también sean causantes de alguna clase de daño patrimonial. Otro tanto ocurre con las demás previsiones del art. 266, en las que se contienen agravaciones de la pena en atención a un medio comisivo especialmente peligroso o a la puesta en peligro de la vida o la integridad de las personas, supuestos en los que el peligro generado por la acción no sólo afecta a bienes materiales (1021/2007, 3 de diciembre [LA LEY 199848/2007]).

El tipo privilegiado de incendio del art. 351.2.º CP —cuando no ha existido peligro para la vida o integridad de terceros— deriva la pena a la correspondiente al art. 266 CP —daños mediante incendio—, y, a su vez, remite al delito de daños del art. 263 evidentemente, el doble reenvío que se efectúa desde el art. 351 CP al 266, y de éste al art. 263 —daños mediante incendio— requiere y exige una entidad del incendio, que aun no existiendo peligro para la vida o integridad física de las personas tenga una consistencia o intensidad tal que aparezca proporcionada a la condición de delito y de la pena a imponer —de seis a veinticuatro meses de multa—; el propio art. 266 se refiere a incendio o explosión o utilización de otro medio de singular potencia. Ello tendría por consecuencia que en tales casos no cabría la degradación a falta cualquiera que fuese la cuantía de los daños causados (1186/2005, de 14 de octubre [LA LEY 200406/2005]). La 977/2006, de 11 de octubre [LA LEY 114911/2006], y la 1132/2005, de 7 de octubre [LA LEY 13990/2005], también sostienen la existencia del delito del art. 266 CP, pese a que los daños fueron inferiores a 400 euros.

Artículo 267.

Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros, serán castigados con la pena de multa de tres a nueve meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

Las infracciones a que se refiere este artículo sólo serán perseguibles previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. El Ministerio Fiscal también podrá denunciar cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

En estos casos, el perdón de la persona agraviada o de su representante legal extinguirá la pena o la acción penal, sin perjuicio de lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del art. 130 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 57, 263 y ss., 268 y 324.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir diez millones de pesetas por 80.000 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

El delito de daños imprudentes requiere la existencia de una conducta determinante de la causación evitable de un resultado dañoso mediante la creación de un riesgo no permitido. Tal y como ha declarado la jurisprudencia, debe afirmarse la existencia de una relación de causalidad denominada causalidad estadística, en el caso de los cursos causales no verificables —aquellos en los que no se dispone de prueba científico-natural— cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas. Tales condiciones son suficientes para garantizar una decisión racional del caso desde el punto de vista del Derecho penal (1828/2002, de 25 de octubre [LA LEY 614/2003], con cita de la de 23 de abril de 1992 [LA LEY 53390-JF/0000]).

CAPÍTULO X

Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

Artículo 268.

1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concorra violencia o intimidación.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito.

La **razón de ser de la excusa absolutoria** de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del art. 268 del vigente CP, equivalente al art. 564 del anterior CP se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre en los términos descritos en el art. 268 porque ello, sobre provocar una irrupción del sistema per se dentro del grupo familiar poco recomendable que perjudicaría la posible reconciliación familiar, estaría en contra de la filosofía que debe inspirar la actuación penal de mínima intervención y *ultima ratio*, siendo preferible desviar el tema a la jurisdicción civil que supone una intervención menos traumática y más proporcionada a la exclusiva afectación de intereses

económicos como los únicos cuestionados; de ahí que se excluya los apoderamientos violentos o intimidatorios en los que quedan afectados valores superiores a los meramente económicos como son la vida, integridad física o psíquica, la libertad y seguridad (361/2007, de 24 de abril [LA LEY 17325/2007], 91/2006, de 30 de enero [LA LEY 11036/2006], y 334/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1869/2003]).

El legislador ha equiparado la **análoga relación de afectividad** a la matrimonial en determinados preceptos del Código Penal, pero no lo ha hecho en otros casos. Tal equiparación aparece en el art. 23, que regula la circunstancia mixta de parentesco. Igual ocurre con el art. 454, que declara exentos de las penas impuestas a los encubridores a quienes lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, así como la misma equiparación se hace en el art. 153, que tipifica la denominada violencia doméstica. Sin embargo, la fórmula legal utilizada en estos preceptos brilla por su ausencia en el art. 268, que en ningún momento incluye tal similitud a efectos de extender la excusa absolutoria a personas ajenas a las relacionadas en el precepto, sin que aparezca razón alguna para presumir que ello sea debido a un olvido del legislador y no a la exclusiva voluntad de éste, en armonía con la jurisprudencia de esta Sala que, al interpretar el art. 564 CP 1973, declaraba que ha de estarse a los términos en que está concebido tal artículo sin extensiones ni recortes que no desnaturalicen y la de que, hecho presupuesto normativo de la excusa el vínculo matrimonial, ha de tomarse éste tal cual es sin condicionamiento alguno, de donde resulta, de un lado, que la misma no puede aplicarse a los casos de vida marital extraconyugal, y de otro, que no cabe rechazar su vigencia y aplicabilidad cuando los cónyuges estén separados judicialmente, o de hecho, si no media Sentencia de nulidad o divorcio, que es la que rompe la unidad matrimonial —21 de mayo de 1991 [LA LEY 10461/1991]—; doctrina reiterada por la de 22 de enero de 1996 [LA LEY 2678/1996], que insiste en afirmar que las excusas absolutorias las establece la ley por motivos de política criminal, y en cuanto normas de privilegio, no admiten interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal (2176/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 10970/2003]).

El CP no contiene definiciones generales acerca de la familia y utiliza el término familia y los grados de parentesco de forma diversa a lo largo de su articulado. En segundo lugar, la interpretación legal es distinta en cuanto beneficia al acusado que en aquello que lo perjudica, conforme al aforismo *odiosa sunt restringenda, favorabilia sunt amplianda*, que tiene plasmación en nuestro ordenamiento punitivo tanto en la prohibición de analogía *in malam partem* (art. 4.1 CP y art. 4.2 CC), lo que conduce a la interpretación extensiva y favorable de aquellos elementos beneficiosos para el acusado. En tercer lugar, es preciso tener en cuenta la realidad social que ha producido una evolución en la familia, tanto en sus contenidos como en sus fundamentos. Precisamente, el fundamento de la excusa absolutoria inserta en el art. 268 CP hay que buscarlo en el respeto al ámbito familiar, en donde el legislador ha considerado que no se diriman sus controversias, afectantes a elementos típicos que incidan en el patrimonio o la propiedad, fuera de todo acto de violencia, por el Derecho penal sino por el Derecho privado. La jurisprudencia ha mantenido respecto a la interpretación de tal excusa absolutoria una línea rígida, de modo que ésta, en cuanto norma de privilegio, no admite interpretaciones extensivas a hechos distintos, a situaciones diferentes o a otras personas que las expresamente recogidas en el texto legal. Ahora bien, esta cuestión ha sido objeto de Pleno no Jurisdiccional de Unificación de Criterios, celebrado el pasado día 1 de marzo de 2005 [LA LEY 49316/2005], en que se acordó lo siguiente: «**a los efectos del art. 268 CP, las relaciones estables de pareja son asimilables a la relación matrimonial**». Para llegar a esta interpretación se tuvo en

cuenta, aparte de la realidad social, en tanto que en este concreto aspecto el CP no responde a los parámetros de los modelos familiares actuales, la consideración de un criterio analógico a favor del reo, conforme a la Constitución, que conduce a aceptar la equiparación entre el cónyuge y la persona ligada por una relación análoga de afectividad, a los efectos de aplicar la referida excusa absolutoria. No obstante, se definió como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. Solamente tal estabilidad puede dar lugar a la equiparación propugnada. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho. El tercer límite lo constituye el que tales acciones típicas se hayan producido entre ellos exclusivamente, sin que puedan entrar en su órbita terceras personas a las que afecte el delito (91/2005, de 11 de abril [LA LEY 12222/2005]). El ATS 75/2009, de 8 de enero [LA LEY 937/2009], declara inaplicable el art. 268 CP si la relación sentimental había concluido.

El texto derogado tenía distinto alcance y entre otras cosas exigía expresamente que los **hermanos y cuñados** vivieran juntos para beneficiarse de esta exención de responsabilidad criminal. La nueva redacción determinó que la Sentencia 634/2000, de 26 de junio [LA LEY 10339/2000], declarara que los hermanos, aunque no vivan juntos, están exentos de responsabilidad criminal por los delitos patrimoniales en los que no concorra violencia o intimidación —no por el de falsedad—. El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda en su reunión del día 15 de diciembre de 2000 se decantó mayoritariamente en favor de la posición que **no exige la convivencia para la aplicación entre hermanos de la excusa absolutoria** prevista en el art. 268 del CP. Ciertamente, de los términos en los que aparece redactado el texto vigente resulta innecesaria la convivencia cuando se trata de hermanos, lo que sí se exige, por el contrario, cuando los delitos patrimoniales se hubieran cometido entre afines en primer grado, como sería el caso de los suegros. Entender que el texto vigente sigue exigiendo la convivencia entre hermanos conduciría al absurdo, dada la vigente redacción, de requerir esa convivencia a los ascendientes y descendientes, lo que ni siquiera se precisaba en el texto derogado y que supondría una excesiva intervención del Derecho penal que iría en contra de las razones de política criminal que han aconsejado establecer esta excusa absolutoria (1801/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 1677/2001]).

La excusa absolutoria no es aplicable cuando el perjudicado es el banco (dueño del dinero depositado por los cuentacorrientistas), aunque la estafa se haya cometido manipulando el hijo una terminal de venta del establecimiento comercial del padre (1476/2004, de 21 de diciembre [LA LEY 397/2005]).

La excusa absolutoria es aplicable a los delitos de estafa pero no a los de falsedad, que no afectan al patrimonio, sino a la seguridad y confianza en las operaciones mercantiles (361/2007, de 24 de abril [LA LEY 17325/2007], 171/2006, de 16 de febrero [LA LEY 17956/2006], 246/2005, de 25 de febrero [LA LEY 1952637/2005]).

No hay obstáculo alguno para que el Tribunal del Orden Penal, junto con el pronunciamiento absolutorio del acusado del delito imputado, por juego de la excusa, determine la pertinente responsabilidad civil y fije la correspondiente indemnización, si existen datos suficientes para su concreción, pues resultaría ilógico y contrario a la economía procesal remitir a los interesados a un ulterior juicio civil (361/2007, de 24 de abril [LA LEY 17325/2007], y 198/2007, de 5 de marzo [LA LEY 8241/2007], ambas con cita de la 719/1992, de 6 de abril [LA LEY 1851/1992], y la de 10 de mayo de 1988 [LA LEY 3834-JF/0000]).

Artículo 269.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos de robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

Constituye una conspiración para el delito de robo de las penadas en el art. 269 CP, el concierto entre dos personas que acordaron ejecutar tal delito —art. 17.1—; pero hubo un desistimiento voluntario, que ha de considerarse eficaz para eximir de responsabilidad. Si bien en el CP vigente subsiste la misma laguna legal que en el anterior respecto de la figura del desistimiento en relación con los actos preparatorios del delito, dicha laguna ha de llenarse —analogía *in bonam partem*—, acudiendo a lo dispuesto en el art. 16.2 CP que para la tentativa declara la exención de responsabilidad penal de quien desiste voluntariamente de la ejecución ya iniciada. Si tal eficacia se reconoce cuando se ha iniciado la ejecución, con más razón aún ha de aplicarse cuando esa ejecución todavía no ha comenzado y, por tanto, el peligro para el bien jurídico protegido es más remoto: la doctrina es unánime en este sentido y también la jurisprudencia de esta Sala (1570/2000, de 16 de octubre [LA LEY 7053/2001], citando, entre otras, las de 21 de octubre de 1987 [LA LEY 528-2/1987], 24 de octubre de 1989 [LA LEY 139582/1999], 24 de octubre de 1990 [LA LEY 613/1991], 21 de enero de 1991 y 6 de marzo de 1991 [LA LEY 1853/1991]).

CAPÍTULO XI**De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores****SECCIÓN 1.^a***De los delitos relativos a la propiedad intelectual***Artículo 270.**

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

2. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien intencionadamente exporte o almacene ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones a que se refiere el apartado anterior sin la referida autorización. Igualmente incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicha autorización, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no

obstante, la importación de los referidos productos en un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos en dicho Estado, o con su consentimiento.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 20.1.º.b) y 149.1.º.9.ª.

CC: arts. 428 y 429.

RDL 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, y sus modificaciones por LL 5/1998, de 6 de marzo, 19 y 23/2006, de 5 de junio y 7 de julio.

Circular 1/2006 de la FGE, de 5 de mayo, sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la Ley Orgánica 15/2003.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. La versión derogada decía lo siguiente:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o de multa de seis a veinticuatro meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

La misma pena se impondrá a quien intencionadamente importe, exporte o almacene ejemplares de dichas obras o producciones o ejecuciones sin la referida autorización.

Será castigada también con la misma pena la fabricación, puesta en circulación y tenencia de cualquier medio específicamente destinada a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se hay a utilizado para proteger programas de ordenador».

Aspectos generales

En cuanto al vigente apartado 2, se estimó antes de su entrada en vigor que era atípica la conducta de la importación lícita en país extracomunitario, de una obra cuyos derechos no han sido usurpados, es decir, no implícitos en el actual apartado 1, pues la protección penal no se extiende a lucros obtenidos al margen de tales supuestos (529/2001, de 2 de abril [LA LEY 4547/2001]). En la actualidad sólo será atípica la importación, si existe autorización del titular del derecho en el país de recepción, en la importación desde país extracomunitario, o del titular del mismo en el país de origen si es miembro de la Unión Europea, habiendo merecido condena conductas ya típicas, acreditado el dato objetivo de la importación (SSAP de Madrid de 4 de septiembre de 2003 y de Barcelona de 26 de noviembre de 2001 [LA LEY 1047708/2001]). Igualmente se ha

condenado por «almacenamiento» de estos productos, inducido el ánimo de lucro implícito en el tipo penal (SSAP de León de 30 de noviembre de 2003, de Barcelona de 31 de julio de 2001 [LA LEY 965995/2001] y de Madrid de 10 de mayo de 2004). La posesión no puede equipararse a la que conlleva la de «almacenar» que según el Diccionario de la RAE significa «Poner o guardar en almacén», «Reunir o guardar muchas cosas»; y, por su parte, el significado del término «almacén» alude sobre todo a la finalidad comercial de lo en él depositado; así en sus varias acepciones lo define el diccionario como: «Local donde los géneros en el existentes se venden, por lo común al por mayor», «Edificio o local donde se depositan géneros de cualquier especie, generalmente mercancías», «Establecimiento comercial donde se venden géneros al por menor», «Tienda de comercio», «Local para abrir tienda de comercio». Es decir, quien almacena tiene una posesión de los productos almacenados, pero no toda posesión se puede comprender en dicho término; éste supone una posesión cualificada por el número de productos depositados y su destino hacia la comercialización. En este sentido creemos que tampoco puede considerarse típica la simple oferta en mercadillos de copias pirata por dicha modalidad de almacenar.

Y respecto al apartado 3, no se ha considerado «piratería informática» una publicación en una revista que facilita datos en tal sentido, pues tal información no constituye posesión, fabricación o puesta en circulación de mecanismos concretos (SAP de Málaga de 28 de enero de 2003 [LA LEY 20262/2003]).

Tipo básico

El delito está constituido: 1) por conducta de reproducción, plagio, distribución o comunicación pública de alguno de los objetos materiales descritos; 2) sin autorización de los titulares del correspondiente derecho de propiedad intelectual, y 3) dolosamente con el refuerzo del ánimo de lucro, antes dolo específico o reforzado y hoy elemento subjetivo del injusto (3 de junio de 1987, 30 de mayo de 1989 [LA LEY 1727-2/1989], 473/1992, de 27 de septiembre [LA LEY 1526/1992] y 1960/1992, de 26 de septiembre [LA LEY 2815-JF/0000]).

Bien jurídico protegido

El objeto de protección es el derecho exclusivo de explotación de una determinada obra, en el marco de una libre y leal competencia mercantil, no la fijación del precio u otros aspectos meramente civiles de la propiedad intelectual (529/2001 de 2 de abril [LA LEY 4547/2001]). Se protege el derecho de autor y sus derivados, y el objeto material lo constituyen las creaciones literarias, artística y científicas (876/2001, de 19 de mayo [LA LEY 6281/2001]).

Se trata efectivamente de una sobreprotección a través del Derecho penal de un derecho que ya está protegido civilmente, pero tal sobreprotección se limita a lo expresamente determinado en los tipos penales. No puede olvidarse que la protección de este bien jurídico se produce en la triple vertiente jurídica, y no necesariamente concurrente, civil, administrativa y penal (1302/1992, de 4 de junio [LA LEY 2541/1992]).

En el tipo ya se avanza la protección del bien jurídico castigando expresamente conductas de mera puesta en peligro del mismo. El CP de 1995 permite castigar a aquel que ya tiene preparadas las copias con voluntad de distribuir las, incluso antes de que las haya ofertado y por supuesto cuando así ha sido; igualmente permite el castigo de quien, pese a no haber reproducido ilegalmente las copias ilícitas, dispone de ellas con la voluntad de distribuir las. De este modo, el Código Penal castiga aquellas conductas de lesión del derecho de explotación (distribución),

pero también las previas a ésta que lo ponen en peligro (oferta con almacenaje o reproducción), por lo que no resulta necesario para la protección del derecho de explotación exclusiva, sino totalmente desproporcionado e incoherente con el principio de intervención mínima, el castigo de la mera oferta sin almacenaje o reproducción de ejemplares (AP Pontevedra, Sentencia Sec. 2.ª, 155/2007, de 26 de octubre [LA LEY 278416/2007]).

Elementos objetivos

Sujeto pasivo

Los sujetos pasivos de estos delitos son los titulares del derecho intelectual o de su explotación, siendo por lo tanto esencial su determinación en el proceso, para acreditar si concedieron o no la autorización que figura como elemento negativo del tipo (1578/2002, de 2 de octubre [LA LEY 7988/2002]).

Conducta típica

Es conducta típica la cesión de derechos por precio sin autorización de su titular, sin que sea trascendente el debate sobre la nomenclatura y la naturaleza —tipo en blanco o no— de la figura delictiva aplicada (876/2001, de 19 de mayo [LA LEY 6281/2001]). También, dentro del pluralismo de formas comisivas típicas (muy variadas: «reproducción, plagio, distribución o comunicación pública», 876/2001, de 19 de mayo [LA LEY 6281/2001]), se incluye la proyección clandestina de películas sin permiso del productor o su reproducción no autorizada en vídeos u otros soportes (624/1993, de 22 de marzo [LA LEY 15367-R/1993]). La tipicidad o atipicidad de tal actividad, conforme al art. 270 del CP, no es cuestión en absoluto pacífica en las Audiencias Provinciales, ni existe una doctrina jurisprudencial ante la falta de acceso al Tribunal Supremo, dada la entidad de la pena, de hechos como el enjuiciado.

En la modalidad de «distribución», un buen sector de la doctrina científica estima que no resulta tipificado el acto preparatorio de la mera oferta al público, sino que dicha modalidad significa y supone una traslación efectiva, un efectivo intercambio del producto mediante alguna de las modalidades del art. 19 (venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma). En los últimos tiempos, puede decirse que la mayoría de las Sentencias son de signo contrario a ese criterio y por estimar típica la mera «puesta a disposición del público del original o copias (oferta)» condenan este tipo de actividad no autorizada por los titulares de los derechos afectados, mayoritariamente por la modalidad de distribución del art. 270.1 CP (SAP Valencia, Sec.1.ª, de 14 de febrero de 2006 [LA LEY 98754/2006]; Sec. 2.ª de 14 de diciembre de 2003 y 23 de marzo de 2005 [LA LEY 67954/2005]; AP Alicante, Sec. 1.ª, de 20 de abril de 2005 [LA LEY 49/2006]; AP Barcelona, Sec. 2.ª, 181/2008, de 22 de febrero [LA LEY 26640/2008]). No faltan sin embargo otros Tribunales que, apelando a la necesidad de una interpretación restrictiva de las conductas punibles, acogen aquel criterio doctrinal y entienden atípica la mera oferta al público en este tipo de actividad (AP Barcelona, Sec, 7.ª, 198/2004, de 4 de marzo, AP Barcelona, Sec. 7.ª, 192/ 2008, de 4 de marzo, 250/2008, AP Barcelona, Sec. 7.ª, de 24 de marzo) completando dicha argumentación con la aplicación del principio de intervención mínima del Derecho penal. Por su parte, el Tribunal Supremo, en su Sentencia 473/1997, de 27 de febrero, mantuvo que la distribución no es otra cosa que la puesta a disposición del público del original o copias de la obra mediante su venta, alquiler, préstamo o cualquier otra forma.

Igualmente, la reproducción de películas en «vídeo-casetes» y su distribución sin autorización (1015/1994, de 23 de mayo [LA LEY 13941/1994]), o la realización de copias ilegales de películas para alquilarlas (SAP de Córdoba de 4 de marzo de 2002 [LA LEY 1113877/2002] y de Sevilla de 3 de octubre de 2001), así como el alquiler de dichas copias (SAP de Alicante de 29 de abril de 2002 [LA LEY 1217803/2002]). También es típica la conducta de su compra lícita y posterior alquiler a terceros, pues el supuesto agotamiento del derecho de distribución no supone una autorización para su alquiler (SAP de Valladolid de 28 de enero de 2002 [LA LEY 1051534/2002], de Madrid de 10 de julio de 2001 [LA LEY 939237/2001], de Cantabria de 29 de octubre de 1999 [LA LEY 33800/1999], de Granada de 11 de septiembre de 1999 y de La Rioja de 22 de enero de 1999). Igualmente, en el caso en que observa la concurrencia de una actividad de distribución de reproducciones de CD y DVD, lo que se deriva, del acto del ofrecimiento de venta y del número de copias ocupadas, sin que para ello se contara con autorización de los autores de la obra copiada, tratándose de copias ilegales conocidas como «piratas», habiendo obrado el autor del hecho con pleno conocimiento de ese carácter de copias sin autorización de las obras legítimas y procedido, pese a ello, a una actividad de distribución mediante precio. Se dan así los requisitos que se exigen para que nazca este delito (AP Cantabria, Sec. 1.ª, 249/2008, de 1 de julio).

Respecto al *plagio* entiende la Sala 1.ª TS que consiste en copiar obras ajenas en lo sustancial (SS de 28 de enero de 1995 y de 23 de marzo de 1999 [LA LEY 3402/1999]). Y la Sala 2.ª ha considerado *usurpación*, que no plagio, la venta de unas cintas interpretadas por persona distinta de la que figura en las imágenes y en el texto del embalaje (9 de junio de 1990), usurpación del derecho de autor sobre la interpretación que también concurre cuando en la reproducción de una obra teatral-musical en la que se utilizó el *play-back*, figura como intérprete uno que realmente no lo fue (SAP de Madrid de 6 de febrero de 2004).

Resultado

Se trata de un delito de resultado concretado en la generación de un perjuicio, que debe concretarse y cuantificarse para estimar la tipicidad de la conducta (1578/2002, de 2 de octubre [LA LEY 7988/2002]). La venta en un mercadillo de copias de grabaciones audiovisuales, que no pretenden engañar al consumidor por su burda imitación, sin que se concrete el perjuicio que causan al titular del derecho de exclusividad en la comercialización no es un comportamiento delictivo (SAP Las Palmas de 7 de febrero de 2001 [LA LEY 3686/2001]).

Aspecto subjetivo

La inexistencia de tipo imprudente y la inclusión del término «intencionadamente», en el actual apartado 2, hace inviable la tipicidad de la comisión culposa (1960/1992 de 26 de septiembre [LA LEY 2815-JF/0000]), sin que pueda considerarse intencional la infracción de un derecho de autor, cuando han existido precedentes acciones y relaciones, centrándose el problema en la cuantía de los derechos devengados por uno de los herederos del autor, estando los demás de acuerdo con cifra fijada (1302/1992, de 4 de junio [LA LEY 2541/1992]). La ausencia de finalidad probada de explotación comercial o de ánimo de lucro excluye la responsabilidad penal (SAP de Álava de 25 de mayo de 2001), al existir además el derecho a tener una copia privada de la obra (SAP de Valladolid de 19 de enero de 2001 [LA LEY 423585/2001]). Pero este ánimo de lucro, que no se puede presumir, se inducirá de los hechos externos concurrentes (SAP de Córdoba de 12 de junio de 2002 [LA LEY 1224159/2002]), supuesto que se da cuando se concurre a un mercadillo con varios CD de juegos para ordenador, copiados por el portador, aun cuando

se alegue que era para cambiarlos y no para venderlos (SAP de Barcelona de 31 de julio de 2001 [LA LEY 965995/2001]).

Sin embargo, no hay propiamente una doctrina legal del Tribunal Supremo que interprete ese requisito del ánimo de lucro en los delitos contra la propiedad intelectual, pues habiendo sido introducido el mismo en el CP de 1995, son pocas sus Sentencias posteriores sobre este delito y no abordan desde luego esta cuestión ni tratan la específica problemática que suscita la interpretación del precepto a la luz de la realidad social, que como es sabido debe ser el marco de toda interpretación razonable del derecho (art. 3 CC). Pues bien, es esta misma realidad social, las posibilidades técnicas que brindan actualmente las nuevas tecnologías y los usos de consumidores y usuarios, los que obligan a plantearse si ese concepto tradicional de «ánimo de lucro» elaborado alrededor de los delitos contra la propiedad común sirve para acotar hoy en día convenientemente el ámbito de protección que el Derecho penal debe dispensar a esta propiedad especial que es la intelectual, de perfiles propios y cuya configuración siempre ha tenido por ello normas específicas que atienden no sólo a los derechos de los creadores y demás titulares, sino también al interés social que late en esos derechos y los trasciende. Así, resulta evidente que un concepto de «ánimo de lucro» como el expuesto y tan extenso como el usado habitualmente en otros delitos contra la propiedad, unido a la amplitud de las conductas típicas descritas en el art. 270 del CP y al estrecho ámbito de la copia privada tal como está actualmente configurada, conduciría a una extensión inusitada de la represión penal en este ámbito, al caer dentro del campo de aplicación de la norma, por ejemplo, la mera realización de un copia para uso propio a partir de otra copia o de un original difundido sin autorización del autor; esto es, el «bajar» una canción o una película de la Red sería punible, pues en tal conducta ilícita civilmente estaría también insito el ánimo de lucro derivado del ahorro del coste de adquisición legal de la copia; esta conclusión, que inmediatamente se revela poco coherente con el carácter fragmentario que debe tener el Derecho penal y el principio de intervención mínima que debe inspirar la acción legislativa y aun la labor del intérprete en un segundo grado, puede ser obviada ciertamente, como hacen algunos autores, acudiendo a un criterio de insignificancia, pero lo importante es que pone de relieve la inconveniencia de aplicar categorías tradicionales a una nueva realidad y la necesidad de buscar otras que permitan un tratamiento jurídico del problema acorde con la realidad social. En esta línea se encuentra la aportación de la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, invocada en este caso por el Ministerio Fiscal al impugnar los recursos, en la que se propugna precisamente que el «ánimo de lucro» propio de estos delitos y exigible conforme al art. 270 CP, puede entenderse no con el contenido tradicional ya expuesto, sino como expresivo de una intención de lucro «comercial» o «a escala comercial», lo que en todo caso excluye el mero beneficio de ahorro obtenido por el sujeto y aquellos supuestos en los que la copia ilícita es realizada o intercambiada sin intención de obtener un beneficio monetario, el propio de un ejercicio comercial de la actividad. Ese concepto de «lucro comercial» no es novedoso, como enseña la propia Circular, pues se contiene ya en el Acuerdo sobre aspectos relacionados con el Comercio de los derechos de Propiedad Intelectual firmado el 15 de abril de 1994, y es precisamente el concepto empleado en la Propuesta de Directiva y Decisión Marco del Parlamento y del Consejo presentada por la Comisión Europea el 12 de julio de 2005 para delimitar el ámbito de cobertura penal que como mínimo debe conseguirse en todos los países miembros, mínimo que, por tanto, y siendo así que nos hallamos en un materia especialmente necesitada de uniformidad por su propia proyección internacional, es al que debe llegarse, desechando imponer en cada Estado miembro límites penales más estrictos y estrechos. Ciertamente, como ya se ha pronunciado la doctrina que ha tratado el tema, ni esa Propuesta es propiamente una Directiva aún, ni ese nivel mínimo de protección penal impide una mayor pro-

tección en cada Estado, pero lo decisivo no es tanto uno u otro aspecto como la realidad de que se trata de un concepto jurídico muy útil que permite acotar el ámbito propio de la protección civil del derecho de propiedad, deslindarlo del ámbito propio de la protección penal y reducir éste a los casos más graves en que por ejecutarse la actividad comercialmente entra en directa competencia con la explotación comercial lícita de los derechos, lo que no ocurre en el caso de meros intercambios entre usuarios por grande que pueda ser el daño producido, cuya reparación puede lograrse en vía civil.

En el propio Código Penal se detecta tal concepto al regular los delitos contra la propiedad industrial, en cuyo ámbito no se habla de «ánimo de lucro», sino de «fines industriales o comerciales»; y si la propia diferencia legal permite sostener la diferencia de trato en cuanto a este elemento, no es tampoco descartable una interpretación integradora que aproxime uno y otro concepto en aras a lograr una protección uniforme de todas las modalidades de estas propiedades especiales. Por ello, este Tribunal comparte tal criterio, cuya aplicación al caso concreto —en que demostradamente el acusado no actuaba con intención de obtener un beneficio comercial, no cobraba dinero ni se enriquecía económicamente más allá de lo que suponía el ahorro personal gracias al intercambio de los discos, películas y juegos— conduce directamente a la confirmación de la Sentencia apelada en cuanto a su pronunciamiento absolutorio. Sin perjuicio, desde luego, de la responsabilidad civil que le pueda ser exigida al acusado desde el punto de vista del derecho civil, lo que no es objeto de este procedimiento una vez que se declara la no existencia de delito ni de responsabilidad civil nacida del mismo. (SAP Cantabria, Sec. 1.ª, 40/2008, de 18 de febrero [LA LEY 6339/2008]).

Concursos

Es posible el *concurso ideal de delitos*, cuando además de la propiedad intelectual se ve afectada la propiedad industrial relativa, por ejemplo, a la exclusividad de uso de una «marca» (SAP de Sevilla de 31 de enero de 2006 [LA LEY 253/2006]), pero si dicha marca no tuviese protección jurídica por ausencia del correspondiente registro, siempre permanecería el delito contra la propiedad intelectual, cual fue el caso de una marca de determinados dibujos animados, estampados ilegalmente en prendas de ropa (SAP de Madrid de 16 de julio de 2001).

Consumación y tentativa

El art. 270 CP ya adelanta suficientemente la protección del interés protegido castigando conductas de mera puesta en peligro del mismo; las de reproducción y de almacenamiento, que en sí mismas no suponen un peligro para el bien jurídico protegido sino cuando van destinadas —«en perjuicio de tercero»— a la comercialización de los productos reproducidos o almacenados.

Por tanto, el precepto castiga estos «actos preparatorios» previos a la comercialización; el perjuicio o la lesión al bien jurídico a través de dichas conductas, radica en su potencialidad lesiva para la expectativa patrimonial de los titulares de los derechos de PI afectados; potencialidad lesiva conformada por la finalidad última de comercialización y la idoneidad objetiva de la concreta conducta para la lesión del bien jurídico. En este sentido, la cláusula «en perjuicio de tercero» no significa la necesidad de producción de un efectivo perjuicio, para dicho tipo de conductas, pues si así fuera, difícilmente podría concurrir con ellas, sin un destino de comercialización, un efectivo perjuicio. La distinción que realiza el Juez a quo entre «en» y «con» es totalmente acertada, pues el art. 270.1.º CP se consume con la realización del acto tendencial, sin necesidad de que se produzca el perjuicio efectivo, que sólo tiene relevancia a los efectos de la responsabilidad civil.

El precepto referido dice «en perjuicio de tercero», pero no dice «con perjuicio para tercero», resultando que esta última expresión supone la producción de un perjuicio real, mientras que la primera supone una producción meramente potencial. Es decir, la acción ha de ser idónea para producir un perjuicio a tercero, pero la consumación del delito no exige que efectivamente se le cause: la efectiva venta es ya la fase de agotamiento del delito. Por lo tanto, la real producción de un perjuicio, como reclama el apelante, no es necesaria para la existencia del delito (AP Madrid, Sec. 6.ª, 32/2008, de 30 de enero [LA LEY 64573/2008]).

En el tipo ya se avanza la protección del bien jurídico castigando expresamente conductas de mera puesta en peligro del mismo. El CP de 1995 permite castigar a aquel que ya tiene preparadas las copias con voluntad de distribuir las, incluso antes de que las haya ofertado y por supuesto cuando así ha sido; igualmente permite el castigo de quien, pese a no haber reproducido ilegalmente las copias ilícitas dispone de ellas con la voluntad de distribuir las. De este modo, el Código Penal castiga aquellas conductas de lesión del derecho de explotación (distribución), pero también las previas a ésta que lo ponen en peligro (oferta con almacenaje o reproducción), por lo que no resulta necesario para la protección del derecho de explotación exclusiva, sino totalmente desproporcionado e incoherente con el principio de intervención mínima, el castigo de la mera oferta sin almacenaje o reproducción de ejemplares (AP Pontevedra, Sec. 2.ª, 105/2008, de 21 de mayo [LA LEY 141175/2008]).

Artículo 271.

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.**
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.**
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.**
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.**

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. El texto derogado era el siguiente:

«Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.*
- b) Que el daño causado revista especial gravedad.*

En tales casos, el Juez o Tribunal podrá, asimismo, decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años».

Aspectos generales

Se ha considerado adecuada, a los efectos de la agravación del apartado a), la cifra de seis millones de pesetas (876/2001, de 19 de mayo [LA LEY 6281/2001], y 1578/2002, de 2 de octubre [LA LEY 7988/2002]).

La Audiencia Provincial de Barcelona aplica el tipo agravado atendiendo elementos tales como la posesión de tres torres de grabación donde no consta número exacto de copias realizadas pero que tiene una capacidad de trabajo de 378 CD grabados en una hora, lo que en un día de 15 horas de trabajo hace que de media al día pueda grabar un mínimo de 5.670 CD. (AP Barcelona, Sec. 8.ª, Sentencia 219/2008, de 1 de abril [LA LEY 55867/2008]).

La reproducción en masa de una obra artística sin autorización del titular, no parece que tengan cabida en el tipo básico del art. 270, sino en el cualificado del art. 271 CP (AP Vizcaya, Sec. 1.ª, Auto núm. 32/ 2007, de 30 de enero [LA LEY 25833/2007]).

Artículo 272.

1. La extensión de la responsabilidad civil derivada de los delitos tipificados en los dos artículos anteriores se regirá por las disposiciones de la Ley de Propiedad Intelectual relativas al cese de la actividad ilícita y a la indemnización de daños y perjuicios.

2. En el supuesto de sentencia condenatoria, el Juez o Tribunal podrá decretar la publicación de ésta, a costa del infractor, en un periódico oficial.

CONCORDANCIAS

L 5/1998, de 6 de marzo, modificadora del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual: arts. 139 y 140.

No procede fijar cantidad alguna en concepto de responsabilidad civil cuando los discos fueron intervenidos antes de ser introducidos en el mercado, es decir, cuando estaban siendo detenidos con fines de comercialización pública, pero sin haber llegado a producirse su venta, sin que tampoco nos conste cuántos discos había vendido el acusado con anterioridad a su detención, si es que hubiere llegado a vender alguno, tales premisas nos impiden atribuir a su acción un real y concreto perjuicio derivado para los titulares de los derechos de autor burlados, pues de la sola grabación falsa, si ésta no llega a ser introducida en el mercado al que está dirigido, no se enlaza ningún tipo de perjuicio que haya de resultar reparado en esta sede jurisdiccional

Es innegable que el art. 272 remite en cuanto a la responsabilidad civil a la Ley de Propiedad Intelectual, y al art. 140 de dicha Ley, lo que este Tribunal no cuestiona, si bien entiende que ello es de aplicación cuando se produce un daño *ex delicto* —el daño siempre es el fundamento de toda responsabilidad civil—, daño que en el caso de autos entiende este Tribunal que no se ha producido, pues no se ha acreditado venta alguna de los CD y DVD, sino que sólo se han intervenido un número

elevados de CD y DVD falsos para ser ofrecidos a terceros, con lo que se cumple el tipo penal, no requiriéndose una efectiva venta; pero como quiera que la responsabilidad civil *ex delicto* se fundamenta en la producción de un daño, si éste no se produce no existe responsabilidad civil. Ello sucede en varios delitos del Código Penal de cuya comisión no se deriva daño alguno, como por ejemplo los delitos contra la salud pública, etc. Y tampoco, a entender de este Tribunal, puede hablarse de un mero daño moral por la simple detentación de CD y DVD falsos si todavía no se han introducido en el mercado ilícito. Por todo ello debe concluirse que no cabe siquiera dejar en ejecución de Sentencia la determinación del supuesto perjuicio, pues si no existe, no puede ser cuantificado en ejecución de Sentencia. Este Tribunal es consciente de que otras Secciones de Audiencias Provinciales mantienen otro criterio favorable a la responsabilidad civil por el mero reproducir o distribuir CD y DVD sin la autorización de los titulares de los derechos de autor, pero a la falta de una jurisprudencia en unificación de doctrina, debe mantener el criterio expuesto aplicado en numerosas Sentencias por esta Sección 8.^a (AP Barcelona, Sec. 8.^a, Sentencia 219/2008, de 1 de abril [LA LEY 55867/2008])

SECCIÓN 2.^a

De los delitos relativos a la propiedad industrial

Artículo 273.

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de una patente o modelo de utilidad y con conocimiento de su registro, fabrique, importe, posea, utilice, ofrezca o introduzca en el comercio objetos amparados por tales derechos.

2. Las mismas penas se impondrán al que, de igual manera, y para los citados fines, utilice u ofrezca la utilización de un procedimiento objeto de una patente, o posea, ofrezca, introduzca en el comercio, o utilice el producto directamente obtenido por el procedimiento patentado.

3. Será castigado con las mismas penas el que realice cualquiera de los actos tipificados en el párrafo primero de este artículo concurriendo iguales circunstancias en relación con objetos amparados a favor de tercero por un modelo o dibujo industrial o artístico o tipográfico de un producto semiconductor.

CONCORDANCIAS

CE: art. 149.1.º.9.^a.

CP: arts. 287 y 288.

L 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, modificada por RDL 8/1998, de 31 de julio, y L 19/2006, de 5 de junio.

L 11/1988, de 3 de mayo, de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores.

L 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de las obtenciones vegetales, modificada por la L 3/2002, de 12 de marzo.

L 10/2002, de 29 de abril, de protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

L 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. La reforma consiste solamente en elevar el tope mínimo de la multa desde seis hasta doce meses.

Aspectos generales de la Sección

Se trata de un conjunto de delitos de gran complejidad jurídica, dada la concurrencia de normas civiles —mercantiles—, administrativas y penales, además de comunitarias e internacionales (3 de junio de 1987 y 2794/1993, de 13 de diciembre [LA LEY 13642/1993]), que tienen en común el bien jurídico protegido consistente en la *exclusividad del uso que corresponde a su titular o cesionario del correspondiente derecho de propiedad industrial* (17 de enero de 1972, 22 de marzo de 1980, 23 de noviembre de 1981, 20 de enero de 1983 [LA LEY 7509-JF/0000], 23 de febrero de 1983 y 19 de diciembre de 1983, 14 de febrero de 1985 y 5 de junio de 1985 [LA LEY 10068-JF/0000], 10 de febrero de 1987 [LA LEY 11913-JF/0000] y 3 de junio de 1987, 22 de enero de 1988 [LA LEY 53525-JF/0000], 8 de noviembre de 1989 [LA LEY 622-2/1989], 27 de marzo de 1990 [LA LEY 1740-2/1990] y 1479/2000 de 22 de septiembre [LA LEY 1818/2001]).

Tras la reforma del Código Penal de 1995 los delitos contra la propiedad industrial no son leyes penales en blanco, y sus tipos contienen los objetos concretos susceptibles de protección como son las creaciones industriales (patentes y modelos de utilidad, art. 273 CP) los modelos y dibujos industriales (art. 272.3 CP) y los signos distintivos (art. 274 CP). Siendo que la nueva Ley 3/2000 del régimen jurídico de obtenciones vegetales en su Disposición Adicional Primera establece que no podrán ser objeto de patente ni ser protegidas como modelos de utilidad las variedades vegetales (AP Lérida, Sec. 1.^a, Auto 31/2008, de 18 de enero [LA LEY 8087/2008]).

Los delitos contenidos en esta Sección se pueden clasificar del siguiente modo:

1. Delitos contra la exclusividad en la explotación de creaciones industriales:

1.1. Patente o modelo de utilidad de objetos (art. 273.1).

1.2. De procedimientos y objetos obtenidos por su uso (art. 273.2).

1.3. De modelo o dibujo industrial o artístico, o de una topografía de un producto semiconductor (art. 273.3).

2. Delitos contra la exclusividad en el uso de signos distintivos:

2.1. De marcas y otros signos registrados (art. 274).

2.2. De denominación de origen o de indicación geográfica (art. 275).

3. Agravaciones específicas (art. 276).

4. Divulgación de invención objeto de patente secreta en perjuicio de la defensa nacional (art. 277).

Elementos comunes a las dos modalidades (arts. 273 a 275)

La protección penal de la propiedad industrial, tanto en su vertiente de creaciones industriales como en la de signos distintivos, tiene una serie de notas comunes. En primer lugar, aun cuando en alguna Sentencia antigua (13 de mayo de 1968) no se haya exigido, la inscripción en el correspon-

diente registro del derecho es un elemento típico ineludible (20 de marzo de 1965, 8 de noviembre de 1989 [LA LEY 622-2/1989], 975/1992 de 6 de mayo [LA LEY 2691-JF/0000], 540/1997 de 16 de abril y 773/1998 de 2 de junio); dicha inscripción ha de ser anterior, no posterior, a los supuestos actos de usurpación (6 de febrero de 1988 [LA LEY 100279-NS/0000]), si bien en alguna ocasión se ha considerado eficaz la inscripción para incriminar actos posteriores a la misma, aun cuando tuvieran su origen o precedentes en fechas anteriores a dicha inscripción (22 de enero 1986). Esta inscripción es condición necesaria de tipicidad, pero no suficiente, pues se ha de verificar si hubo o no novedad en lo registrado o, en general, si es efectivamente registrable el invento o signo distintivo (27 de abril de 1965, 18 de octubre de 1968, y 1249/1993, de 31 de julio [LA LEY 13347/1993]), sin que falten resoluciones más formalistas y respetuosas con la inscripción que asignan la carga de la prueba contra la «novedad» al acusado (15 de junio de 1987 [LA LEY 67-2/1987]) o inadmitiendo su cuestionamiento en vía penal (31 de enero de 1969). Aunque obviamente la declaración de nulidad de la inscripción tiene efectos *ex tunc*, no falta alguna Sentencia que los haya reducido infundadamente a efectos *ex nunc* (27 de enero de 1965). La llamada *inscripción de cobertura* o con mala fe por el usurpador, no justifica ni exculpa su conducta (24 de febrero de 1965, 23 de diciembre de 1975 y 29 de junio de 1990 [LA LEY 1737-JF/0000]), pero sí con posterioridad a la condena logra el condenado la inscripción de su derecho porque realmente lo tenía en detrimento del esgrimido por el supuesto titular denunciante o acusador, la solución del error se puede articular a través de un recurso de revisión (540/1997 de 16 de abril).

Se precisa igualmente finalidad industrial o comercial y ánimo de defraudar, incluyendo la primera en la existencia del ánimo (16 de mayo de 1979 y 22 de octubre de 1979, 5 de junio de 1985 [LA LEY 10068-JF/0000] y 5 de julio de 1985 [LA LEY 10157-JF/0000] y 20 de junio de 1989) y/o en el perjuicio producido (2 de noviembre de 1989 y 2375/1992, de 5 de noviembre [LA LEY 2176-5/1993]).

Es un elemento negativo del tipo la ausencia de consentimiento del titular del derecho, que no se puede estimar tácitamente concedido por el mero hecho de no presentar denuncia o querrela durante algún tiempo (11 de mayo de 1965 y 10 de junio de 1989).

Error

El error invencible de prohibición o también vencible sobre alguno de los elementos del tipo, si se acredita eximirá de responsabilidad (6 de junio de 1990 y 33/1994, de 24 de enero [LA LEY 2580/1994]).

Si no se acredita el perjuicio no habrá derecho a indemnización por daños y perjuicios, por responsabilidad civil derivada del delito (774/2002, de 6 de mayo [LA LEY 6309/2002]).

Aspectos específicos relativos a las creaciones industriales

Conducta típica

Establecido el contenido del derecho, hemos de indicar que la aplicación del art. 273 del Código Penal requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

1.º La acción típica, consistente en fabricar, importar, poseer, utilizar, ofrecer o introducir en el comercio objetos amparados por tales derechos.

2.º La finalidad industrial o comercial en el autor.

3.º La ausencia de consentimiento del titular del derecho (modelo de utilidad en este caso).

4.º El conocimiento de que se ha registrado el diseño, lo que impide la comisión culposa (AP Madrid, Sec. 7.ª, Auto núm. 238/2008, de 18 de septiembre [LA LEY 251074/2008]). El tipo exige que el poseedor del modelo de utilidad comparado por el derecho registral, además de poseer sin el consentimiento del titular, conozca la inscripción, registral de la patente o modelo de utilidad (AP Barcelona, Sec. 7.ª, Sentencia núm. 532/2007, de 31 mayo [LA LEY 338632/2007]).

Para que exista delito, en lo referente a los objetos, modelos o procedimientos amparados por las normas reguladoras del correspondiente derecho industrial, es suficiente con que exista una coincidencia esencial entre tales realidades y las que protagonice el usurpador (25 de noviembre de 1969, 16 de diciembre de 1970, 2 de diciembre de 1975, 22 de octubre de 1986). Tal coincidencia sólo puede ser valorada a través de la prueba practicada, por el Tribunal de instancia (1350/1993, de 11 de junio [LA LEY 13252/1993]).

No se puede alegar en el acto del juicio oral la afectación de los hechos a una segunda patente, diversa a la que dio nacimiento y desarrollo a la causa (2610/1992, de 25 de noviembre [LA LEY 2337-5/1993]).

Artículo 274.

1. Será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión y multa de 12 a 24 meses el que, con fines industriales o comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado. Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero.

3. Será castigado con la misma pena quien, con fines agrarios o comerciales, sin consentimiento del titular de un título de obtención vegetal y con conocimiento de su registro, produzca o reproduzca, acondicione con vistas a la producción o reproducción, ofrezca en venta, venda o comercialice de otra forma, exporte o importe, o posea para cualquiera de los fines mencionados, material vegetal de reproducción o multiplicación de una variedad vegetal protegida conforme a la legislación sobre protección de obtenciones vegetales.

4. Será castigado con la misma pena quien realice cualesquiera de los actos descritos en el apartado anterior utilizando, bajo la denominación de una variedad vegetal protegida, material vegetal de reproducción o multiplicación que no pertenezca a tal variedad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 273 y concordantes.

L 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, modificada por L 19/2006, de 5 de junio, y su Reglamento aprobado por el RD 687/2002, de 12 de julio.

L 20/2003, de 7 de julio, de protección del diseño industrial, modificada por L 19/2006, de 5 de junio.

L 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de protección de las obtenciones vegetales, modificada por L3/2002, de 12 de marzo.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. La versión derogada decía lo siguiente:

«1. Será castigado con las penas de seis meses a dos años de prisión y multa de seis a veinticuatro meses, el que, con fines industriales y comerciales, sin consentimiento del titular de un derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, y con conocimiento del registro, reproduzca, imite, modifique, o de cualquier otro modo utilice un signo distintivo idéntico o confundible con aquél, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado.

2. Las mismas penas se impondrán al que, a sabiendas posea para su comercialización, o ponga en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que, de acuerdo con el apartado 1 de este artículo, suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular de los mismos, aun cuando se trate de productos importados del extranjero».

Aspecto objetivo

Se requiere que el signo usurpado genere confusión con el verdadero (30 de octubre 1972, 15 de marzo de 1977, 9 de junio de 1989 [LA LEY 12143-R/1989] y 8 de noviembre de 1989 [LA LEY 622-2/1989], 975/1992 de 6 de mayo [LA LEY 2691-JF/0000] y 2794/1993, de 13 de diciembre [LA LEY 13642/1993]), aun cuando sólo exista similitud y no identidad (30 de octubre de 1988, 6 de junio de 1990, 1879/1993, de 22 de julio [LA LEY 15677-R/1993], y 1479/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 1818/2001]), pero la confusión no ha de venir de otros aspectos del signo comunes a todos o a algunos de los dedicados al mismo producto (22 de enero de 1988 [LA LEY 53525-JF/0000] y 13 de octubre de 1988 y 1479/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 1818/2001]). No se requiere que el sujeto activo falsifique la marca, pues basta con que ponga en el comercio los productos con tal usurpación de signo distintivo (1479/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 1818/2001]). Es más, el apartado 2 castiga la mera posesión de tales productos o servicios infringiendo el derecho exclusivo del titular del signo distintivo (773/1998, de 2 de junio [LA LEY 5624/1998]), pero no se da este supuesto si las prendas con marca falsificada permanecen en los servicios aduaneros del puerto desde su llegada, sin llegar a tomar posesión el destinatario (SAP de Las Palmas de Gran Canaria, Sección 2.^a, de 15 de febrero de 2006 [LA LEY 26973/2006]).

La nueva redacción del tipo penal, sin embargo, requiere que se trate de un «derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas», es decir, según lo establecido en la Ley 32/1988, de 10 de noviembre. Por tal motivo se plantea la cuestión de si la protección penal alcanza a las llamadas «marcas notorias», como parecen ser las falsificadas por los acusados, que están previstas en el art. 3.2 de esta Ley. Se trata, según esta disposición, de marcas conocidas en España con notoriedad con anterioridad a su registro. Pero, la protección legal de estas marcas, se limita, en la Ley 32/1988, a conceder a los «sectores interesados» una acción judicial para reclamar la anulación del registro de una marca para productos idénticos o similares «que pueda crear confusión con la marca notoria» (art. 3.2). De ello se deduce que la protección legal de las marcas notorias no es equivalente a la que se dispensa a las marcas registradas, pues sólo acuerda al perjudicado un derecho a regularizar registralmente su situación. Por tal razón las marcas notorias no pueden ser equiparadas a los efectos del art. 274.1 CP a las marcas registradas. La extensión del tipo a tales marcas sólo sería posible vulnerando el principio de legalidad (art. 25.1 CE). De todo ello se deduce que ya durante la instrucción de la causa es preciso acreditar que la marca de la que se trata es una marca registrada, aunque sea extranjera, para evitar el desarrollo de procesos en los que no se podrá llegar a una solución condenatoria. En el tipo del 274 CP sólo se cobijan las marcas registradas, quedando excluidas las denominadas marcas notorias. Con no menos razón se podrá añadir que tal exclusión debe proceder cuando lo notorio adjetiva, no a la marca, sino al registro (AP Las Palmas, Sec. 2.ª, Sentencia 410/2008, de 6 de noviembre [LA LEY 281748/2008]).

No se realiza el tipo mediante la venta en la terraza exterior de un local, en contacto directo con los peatones, de bolsos y carteras de la marca Louis Vuitton falsificados. El precio, muy inferior, no puede inducir a error por las circunstancias de la venta a los consumidores (AP Tarragona, Sec. 4.ª, Sentencia núm. 292/2007, de 17 julio [LA LEY 138202/2007]). Por el contrario, sí se realiza al poseer para su comercialización o poner en el comercio, productos o servicios con signos distintivos que suponen una infracción de los derechos exclusivos del titular. Los productos se vendían en su establecimiento comercial de toallas con la imagen de diversos personajes cuyos derechos de propiedad industrial están registrados a favor de Time Warner Entertainment, imitando el dibujo de tal forma que resultaba ser prácticamente igual que el personaje original. No puede alegar desconocimiento de la falsedad de las prendas un comerciante al por mayor que conoce perfectamente el mundo de los negocios a nivel internacional y que en la documentación aduanera oculta la presencia de los dibujos. El dolo queda acreditado por la adquisición semi-clandestina y fuera de los canales de distribución y notoriedad de la marca. Tampoco cabe alegar vulneración del principio de intervención mínima, ya que la comercialización tenía lugar en un establecimiento abierto junto a la playa más importante de la ciudad (AP Las Palmas, Sec. 2.ª, Sentencia 104/2009, de 2 de marzo [LA LEY 38001/2009], y AP Madrid, Sec. 26.ª, Sentencias 10/2009, de 19 de enero [LA LEY 22762/2009], y 448/2008, de 29 de septiembre [LA LEY 182349/2008]).

Concursos

Las marcas no protegidas por estos preceptos, si se falsifican o simulan, pueden constituir el delito de estafa. No ampara este precepto las denominadas *marcas notorias*, conocidas con anterioridad a su registro, que sólo generan al titular del registro acción para reclamar la anulación de la inscripción registral (773/1998, de 2 de junio [LA LEY 5624/1998]).

Artículo 275.

Las mismas penas previstas en el artículo anterior se impondrán a quien intencionadamente y sin estar autorizado para ello, utilice en el tráfico económico una denominación de origen o una indicación geográfica representativa de una calidad determinada legalmente protegidas para distinguir los productos amparados por ellas, con conocimiento de esta protección.

CONCORDANCIAS

Reglamento (CEE) 2081/1992, de 14 de julio, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios.

RR.DD. 1573/1985, de 1 de agosto, y 728/1988, de 8 de julio, sobre denominación de origen.

L 25/1970, de 2 de diciembre, aprobando el estatuto de la viña, el vino y los alcoholes.

Bien jurídico protegido

El art. 275 protege la propiedad industrial, concretamente el derecho al uso exclusivo de esa denominación de origen (STS 668/2008, de 22 de octubre [LA LEY 176092/2008])

Concursos

La compatibilidad de este delito con el del art. 399 CP es notoria, si bien no absorbe la falsedad. Así, se incurría en delito de uso indebido de denominación de origen sin necesidad de cometer falsedad de la contraetiqueta, si, por ejemplo, se comercializa una botella con etiqueta que indique la denominación Rioja, sin serlo, pero sin añadir ninguna contraetiqueta; o también en un caso en que una bodega de Rioja perdiese todo el vino y embotellara otro de distinto origen, pero con las etiquetas auténticas en su momento facilitadas por el Consejo Regulador de la denominación de origen. E inversamente se cometería falsificación sin incidir en delito contra la propiedad industrial si una bodega, pongamos por caso, perdiese las contraetiquetas auténticas y las sustituye por otras falsificadas, pero los coloca en auténtico vino de Rioja. Los ejemplos serían innumerables (STS 688/2008, de 22 de octubre).

Artículo 276.

Se impondrá la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) **Que el beneficio obtenido posea especial trascendencia económica.**
- b) **Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.**
- c) **Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial.**
- d) **Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos.**

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003. La anterior versión era la siguiente:

«1. Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de ocho a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando los delitos tipificados en los anteriores artículos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.

2. En dicho supuesto, el Juez podrá decretar el cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento del condenado. El cierre temporal no podrá exceder de cinco años».

Artículo 277.

Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, el que intencionadamente haya divulgado la invención objeto de una solicitud de patente secreta, en contravención con lo dispuesto en la legislación de patentes, siempre que ello sea en perjuicio de la defensa nacional.

CONCORDANCIAS

CP: art. 598.

SECCIÓN 3.^a

De los delitos relativos al mercado y a los consumidores

Artículo 278.

1. El que, para descubrir un secreto de empresa se apoderase por cualquier medio de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos que se refieran al mismo, o empleare alguno de los medios señalados en el apartado 1 del art. 197, será castigado con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses si se difundieren, revelaren o cedieren a terceros los secretos descubiertos.

3. Lo dispuesto en el presente artículo se entenderá sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el apoderamiento o destrucción de los soportes informáticos.

CONCORDANCIAS

CE: art. 38.

CP: arts. 197, 198, 200, 287 y 414 y ss.

L 3/1991, de 10 de enero, modificada por la L 52/1999, de 28 de diciembre, y por la LEC 1/2000, sobre competencia desleal.

Este precepto está en relación de concurso de normas (art. 8 CP) con el precepto expresamente citado por él (art. 197 CP), salvo que se pudieran conculcar conjuntamente, tanto secretos relativos a la intimidad personal como a la empresarial, dando la impresión que estos secretos empresariales siempre deben tener trascendencia económica para que sean penalmente relevantes.

El delito es tendencial o de resultado cortado, pues basta con el apoderamiento o el despliegue de medios o instrumentos ilícitos (art. 197 CP) para que se consume la figura del apartado 1. Si se trata de datos de público conocimiento, no reservados ni secretos, y no se prueba que el acusado se haya aprovechado personalmente de su conocimiento, no sería aplicable este precepto (1607/2000, de 16 de febrero [LA LEY 3281/2001]).

Artículo 279.

La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si el secreto se utilizare en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 197.3, 199 y 200.

ET: arts. 5.a) y h), 54.2.º.d) y 65.2.

Aspectos generales

Tipo básico, tipos cualificados y tipos agravados

El art. 279 CP castiga, en su tipo básico, la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevada a cabo por quien tuviere legal o contractualmente obligación de guardar reserva. Y, en su tipo privilegiado, a quien utilice el secreto en provecho propio (STS 285/2008, de 12 de mayo [LA LEY 74050/2008]).

Bien jurídico protegido

Desde una posición restrictiva, al ser el bien jurídico protegido el interés económico del empresario en mantener el secreto empresarial como medio para preservar el modelo constitucional establecido: la competencia institucional como competencia de prestaciones, no todos los secretos profesionales deben ser protegidos penalmente, sino únicamente aquellos que tengan un valor económico por sí mismos, con independencia de su vinculación a una u otra empresa (concepto estricto de secreto empresarial).

Elementos objetivo

Objeto material

El elemento nuclear de este delito —como también del previsto en el art. 278 CP— es el «secreto de empresa». No define el CP qué debemos entender por tal, seguramente por tratarse de un concepto lábil, dinámico, no constreñible en un *numerus clausus*. Por ello, habremos de ir a una

concepción funcional-práctica, debiendo considerar secretos de empresa los propios de la actividad empresarial, que de ser conocidos contra la voluntad de la empresa, pueden afectar a su capacidad competitiva. Así serán notas características: la confidencialidad (pues se quiere mantener bajo reserva); la exclusividad (en cuanto propio de una empresa); el valor económico (ventaja o rentabilidad económica) y su licitud (la actividad ha de ser legal para su protección) (STS 285/2008, de 12 de mayo [LA LEY 74050/2008]). Se trata de aquellos secretos empresariales que pueden ser objeto de transmisión entre empresas. En atención a este criterio, podrá ser secreto de empresa penalmente relevante cualquier secreto que afecte a la situación de mercado de un producto o servicio (por ejemplo, el volumen de producción o de ventas de un producto), pero nunca aquellas informaciones que sólo tengan importancia para una empresa concreta (por ejemplo, su información financiera o contable), como serían las facturas, máxime si el dato que afirma proteger el denunciante son sus proveedores, que puede obtenerse por otras fuentes, como sería acudir directamente al mercado de mayoristas o al centro de producción, todo ello sin perjuicio de las acciones de otra índole que pueda tener el denunciante para con la empresa del denunciado por incumplimiento defectuoso o de otra índole, si a ello hubiere lugar (AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 2.ª, Auto de 20 de mayo de 2009).

Su fundamento se encuentra en la lealtad que deben guardar quienes conozcan el secreto, por su relación legal o contractual con la empresa, ya que el bien específicamente tutelado consistirá en la competencia leal entre las empresas. Su contenido suele entenderse integrado, por los secretos de naturaleza técnico industrial (objeto o giro de empresa); los de orden comercial (como clientela, o marketing) y los organizativos (como las cuestiones laborales, de funcionamiento y planes de la empresa). Su materialización puede producirse en todo género de soporte, tanto papel como electrónico, y tanto en original como copia, y aún por comunicación verbal. Y cabe incluir tanto cifras, como listados, partidas contables, organigramas, planos, memorándums internos, etc. Finalmente, para determinar la duración temporal de la obligación de guardar secreto se habrá de estar a la fuente del deber de reserva, esto es, a la norma o al contrato, según los casos (STS 285/2008, de 12 de mayo [LA LEY 74050/2008]).

Artículo 280.

El que, con conocimiento de su origen ilícito, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare alguna de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 278 y 279 y concordancias.

Artículo 281.

1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas.

CONCORDANCIAS

CE: art. 51.

RD L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Artículo 282.

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos.

CONCORDANCIAS

CE: art. 51.

CP: arts. 248 y concordantes, 359 y ss. y concordantes.

RD L 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

L 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se ha limitado a modificar la multa que antes era de seis a dieciocho meses.

Bien jurídico protegido

Pertenece al sujeto pasivo colectivo consumidores, debiendo calibrarse la existencia de un «perjuicio manifiesto y grave» para los consumidores atendiendo a la clase de producto, precio, número de personas destinatarias de la publicidad, medios de propaganda utilizados, etc. (357/2004, de 19 de marzo [LA LEY 1307/2004]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Los sujetos activos se limitan a los *comerciantes y fabricantes* (357/2004 de 19 de marzo [LA LEY 1307/2004]). Se trata por tanto, de un delito especial propio (AP Castellón, Sec. 1.ª Auto 311/2006, de 30 de mayo [LA LEY 181782/2006]).

Sujeto pasivo

Son los consumidores, entendido como colectivo, según el propio tenor literal del precepto (AP León, Sentencia 4/2009, de 29 abril [LA LEY 79620/2009]).

Conducta típica y resultado

El art. 282 CP exige, además, la realización de una conducta objetivamente adecuada para producir un resultado de perjuicio económico. Es preciso que del comportamiento realizado por el sujeto activo pueda derivarse un «perjuicio grave y manifiesto para los consumidores», quedando excluidos de esta clase de delito aquellos casos que por su menor entidad no merezcan la actuación del Derecho penal. Por «perjuicio grave y manifiesto para los consumidores» debe entenderse adecuación objetiva de la conducta para producir graves daños o perjuicios. Entre los criterios que doctrina y jurisprudencia utilizan para medir y precisar este elemento cuantitativo se encuentran, por ejemplo, la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, el precio que se quiere obtener a cambio, el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad, el medio publicitario empleado, o la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc. (AP León, Sentencia 4/2009, de 29 abril [LA LEY 79620/2009]).

Perjuicio grave o manifiesto para los consumidores» quiere decir aptitud para producir graves daños o perjuicios. La existencia de un riesgo de perjuicio para los consumidores ha de cumplir los requisitos típicos de ser manifiesto y grave (SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 2000 [LA LEY 1889719/2004]), acreditándose esa capacidad lesiva (SAP de Granada, Sección 1.ª, de 28 de junio de 2002). Se ha considerado punible en base a este precepto la discrepancia del contenido real de envases de aceite con lo etiquetado (SAP de Ciudad Real, Sección 2.ª, de 11 de noviembre de 2002 [LA LEY 1358270/2002]).

Una limitación cuantitativa difícil de precisar, pero que en todo caso excluye las infracciones de poca importancia. Muchos pueden ser los criterios que cabe utilizar para medir y precisar este elemento cuantitativo: la clase del producto que se quiere vender o del servicio que se pretende prestar, pues no es lo mismo la publicidad de una promoción de viviendas que la de unos zapatos; el precio que se quiere obtener a cambio; el número de personas al que se quiere llegar con la publicidad; el medio de propaganda utilizado; la cualidad de los destinatarios del mensaje, particularmente su situación económica, etc (AP Castellón, Sec. 1.ª, Auto 311/2006, de 30 de mayo [LA LEY 181782/2006]).

Elementos subjetivos*Dolo*

Se admite el *dolo eventual* como elemento subjetivo, debiendo ser absorbido en caso de concurrencia por el delito de estafa para obviar el *bis in idem* (357/2004, de 19 de marzo [LA LEY 1307/2004]).

Artículo 283.

Se impondrán las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a dieciocho meses a los que, en perjuicio del consumidor, facturen cantidades superiores por productos o servicios cuyo costo o precio se mida por aparatos automáticos, mediante la alteración o manipulación de éstos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 248 y concordantes.

Concursos

El concurso de normas que puede surgir entre este precepto y los relativos a la estafa, de consumarse los perjuicios, exige optar por dicho delito en aplicación de los principios de especialidad y consunción previstos en el art. 8 CP (2520/2001, de 31 de diciembre [LA LEY 3092/2002]).

Artículo 284.

Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 169 y ss. y concordantes, 197 y ss. y concordantes, 243, 248 y ss. y concordantes, 262, 278 a 280 y concordantes.

LMV: arts. 78 y ss.

Aspectos generales

El Código Penal de 1973 castigaba a «los que, difundiendo noticias falsas o tendenciosas, empleando violencia, amenaza o engaño o usando de cualquier otra maquinación, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, monedas, títulos o valores, o cualesquiera otras cosas, muebles o inmuebles, que fueran objeto de contratación». Para su comisión, era precisa la concurrencia de un elemento subjetivo consistente «en la especial malicia o *animus* del agente que obra con la finalidad de conseguir por los medios astutos o violentos la alteración de los precios naturales o legales». El Código Penal del 1995 ha incluido esta figura en el art. 284, dentro del Título de los «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», entre los «delitos relativos al mercado y a los consumidores», con una descripción típica más precisa, eliminando el calificativo de «tendenciosas» —referido a las noticias—, así como la expresión genérica «cualquier otra maquinación» —criticable desde la perspectiva de la exigencia de la *lex certa*— (STS 600/2007, de 11 de septiembre [LA LEY 117982/2007]).

Se trata de un delito de simple actividad cuyo bien jurídico protegido no es el patrimonio particular de una persona en concreto sino la libre formación de los precios según las Leyes del mercado. Ciertamente existe una legislación administrativa paralela que se ocupa de la competencia y que solapa en gran medida las previsiones del Código Penal y de Defensa de la Competencia, sobre el Mercado de Valores o de Competencia Desleal. La doble incriminación penal y administrativa obliga a determinar cuando se aplicará la primera, que en todo caso es preferente. La

pauta para ello está precisamente en los medios empleados para desplegar la actividad ilícita, es decir, la difusión de noticias falsas, el empleo de amenazas o engaño o como con mayor precisión señala el Texto vigente, además de lo anterior, utilizar información privilegiada, suprimiendo la referencia genérica y por ello insegura a usar de cualquier otra maquinación (STS 575/2004, de 11 de mayo [LA LEY 11499/2005]).

El art. 65.1.º de la LOPJ atribuye la competencia a la Audiencia Nacional en materia de defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan o puedan producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia (TS, Auto de 24 de septiembre de 2008 [LA LEY 142225/2008] y Auto de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 4261/2007])

Bien jurídico protegido

En cuanto al delito de alteración de precios del art. 284 CP, tiene por finalidad proteger cualquier práctica transgresora de las reglas rectoras de la libre concurrencia (STS 575/2004, de 11 de mayo [LA LEY 11499/2005] y AP Madrid, Sec. 23.ª, Auto 895/2004, de 3 de noviembre [LA LEY 229143/2004]).

Conducta típica

La adopción de acuerdos de para ofrecer en licitación a las empresas del sector la realización de la obra con la finalidad de adjudicarla a la empresa que ofertara su realización por menor precio supone ya la existencia de un mecanismo de fijación de precios que el recurrente, mediante engaño, haciendo figurar la aparente concurrencia de empresas en realidad ficticias, o comunicando datos esenciales para la definitiva adjudicación, alteraba los precios de los servicios maquinando sobre su fijación de acuerdo a la práctica existente (STS 504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Elemento subjetivo y consumación

Se trata de un delito de mera actividad, de dolo directo, con modalidades taxativas de comisión que excluyen otra clase de maniobras, que se consuma sin necesidad de alcanzar el propósito (549/1997, de 26 de abril [LA LEY 6930/1997]). Es indiferente que la alteración de los precios se produzca y que lo haga al alza o la baja (STS 575/2004, de 11 de mayo [LA LEY 11499/2005])

Concursos

Cabe la posibilidad de concurso real con un delito de estafa y otro de prevaricación (STS 504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Artículo 285.

1. Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí

o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años.

2. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a seis años, la multa de tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, cuando en las conductas descritas en el apartado anterior concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.ª Que los sujetos se dediquen de forma habitual a tales prácticas abusivas.
- 2.ª Que el beneficio obtenido sea de notoria importancia.
- 3.ª Que se cause grave daño a los intereses generales.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 278, 442 y concordantes.

LMV: arts. 81, 99, 100, 102 y 105.

L 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de inversión colectiva, y su Reglamento aprobado por RD 1309/2005, de 4 de noviembre.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se ha limitado a convertir en euros la cifra anterior de 75.000.000 de ptas., a introducir la pena de inhabilitación y a introducir en el apartado 2 el que era el siguiente art. 286. La misma explicación se expone en el Auto del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 [LA LEY 304238/2006].

Artículo 286.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1.º

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicaciones, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlos, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación, se le impondrá la pena prevista en el art. 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 248, 255 y concordantes.

Precepto introducido por la reforma de la LO 15/2003, sin precedente en los anteriores códigos. Se trata de defraudaciones a los titulares de empresas con actividades como las descritas, que prestan sus servicios sólo a quienes contraten el acceso.

SECCIÓN 4.^a

Disposiciones comunes a las secciones anteriores

Artículo 287.

1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3.^a de este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el ministerio fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 86, 162, 191, 201, 215, 267 y 639.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que ha reducido su ámbito a la Sección 3.^a de este Capítulo, cuando en la versión derogada se extendía a todo él, siendo ahora perseguibles de oficio los delitos contra la propiedad intelectual e industrial.

Para la investigación y castigo de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, no podemos olvidar que el incumplimiento de la condición de procedibilidad establecida en el art. 287.1 CP no determina la atipicidad de los hechos denunciados, ni supone que éstos no sean constitutivos de infracción penal, ya que las condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, como la del art. 287.1, no condicionan la existencia del delito sino su persecución procesal, es decir, la apertura de procedimiento penal, por lo que, aunque la condición de procedibilidad falte, el delito, de existir, subsiste hasta la prescripción y hasta tal momento puede ser perseguido tan pronto se cumple la atendida condición (STS 1276/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 160522/2006]).

Artículo 288.

En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitare el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el art. 129 del presente Código.

CAPÍTULO XII

De la sustracción de cosa propia a su utilidad social o cultural**Artículo 289.**

El que por cualquier medio destruyere, inutilizara o dañara una cosa propia de utilidad social o cultural, o de cualquier modo la sustrajera al cumplimiento de los deberes legales impuestos en interés de la comunidad, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 33.2.

Versión procedente de la LO 15/2003, que se ha limitado a sustituir la pena de *siete a veinticuatro fines de semana* por la de prisión, y a reducir el tope máximo de la pena de multa de 16 a 10 meses, y a elevar el mínimo de cuatro a cinco.

La antigua jurisprudencia exigía un específico *animus docendi o damnandi* (12 de mayo de 1969), pero la más moderna elimina como requisito tal elemento subjetivo del injusto (782/1995, de 19 de junio [LA LEY 16971-R/1995]).

CAPÍTULO XIII

De los delitos societarios**Artículo 290.**

Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8, 26, 31, 261, 310, 390 a 393 y 395 y ss.

CC: art. 1692.

CCom.: art. 34.2.

LSA: art. 127, 172.

L 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, art. 61.

Bien jurídico

La Ley exige imperativamente que el acto falsario, y el documento así elaborado, reúna dos condiciones: que refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad, y que sea «idóneo» para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero. Ello es así porque el bien jurídico protegido por la norma está conectado con el principio rector del moderno Derecho mercantil de que el recto funcionamiento de una economía libre de mercado exige que los distintos agentes económicos y financieros se atengan al principio de la buena fe, dentro del que cabe incluir el de la veracidad de los datos que sobre su situación económica y jurídica vengan obligados a hacer públicos, ya que de nada serviría imponer obligaciones de publicidad, para general conocimiento de los agentes del mercado, sino fueran acompañados de paralelos deberes de transparencia y veracidad. El principio de la imagen fiel que rige los deberes contables y la publicidad de los balances y cuentas anuales, conforme a las normas de las más recientes reformas del Código de (art. 34.2) y la Ley de Sociedades Anónimas (art. 172.2) viene a recoger la necesidad de que los datos económicos y jurídicos más relevantes que reflejan la situación de una empresa y que son de publicación obligatoria ofrezcan un reflejo de la misma que responda a su realidad, esto es, ofrezcan la imagen fiel de lo que es tal situación, para que los intereses de los que pretendan establecer relaciones con ella no se vean defraudados, 932/2006, de 5 de octubre [LA LEY 114932/2006]. El delito societario tipificado en el art. 290 del Código Penal viene a tutelar la transparencia externa de la administración social (863/2009, de 16 de julio [LA LEY 125294/2009]).

El bien jurídico protegido por la norma y vulnerado por el infractor, no es el privativo de persona alguna, ni tampoco, de modo inmediato, al menos, del Estado, sino de la sociedad o comunidad, cuya fe en el tráfico (credibilidad del tráfico mercantil) y en la actividad empresarial se perturba, afectando al propio sistema financiero y a la estabilidad de las bases de la economía nacional, en tanto una sistemática distorsión de la información, constituye una seria amenaza para la confianza en el propio sistema económico, creando riesgos de desestabilización de incalculables consecuencias. Junto a esto, corresponde al Derecho penal la protección del tráfico jurídico documentado y de los intereses patrimoniales de las sociedades, los socios y de quienes se relacionan con aquéllas. Se trata así de salvaguardar la seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los sectores sociales y financieros, interesados en la realidad de la situación económica de las empresas, con las que establecen relaciones comerciales (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Los bienes jurídicos protegidos, son fundamentalmente el orden socioeconómico y la claridad de las cuentas sociales, pero no se puede olvidar que, como elemento complementario del tipo, se exige, además, la causación de un perjuicio a la sociedad o a los socios (1256/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 497/2005]).

El bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

El art. 290 del Código Penal refiere la conducta típica a los administradores de hecho o de derecho. El legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los *administradores de hecho o de derecho* (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]), por lo que nos encontramos ante un delito especial propio, con lo que el legislador penal, ante la imposibilidad de contener en la descripción típica el contenido de la ilicitud, requiere que la realización del hecho sea efectuada por quien tiene un deber especial de actuación impuesta por la norma. En este caso, la conducta típica del art. 290 no sólo se refiere al falseamiento de documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la empresa, sino que es preciso que esa acción sea realizada por quien tienen un especial deber de certificar esa situación, precisamente, por el estatus que mantienen en la sociedad y que son destinatarios de especiales prevenciones considerados como deberes de actuación en el ordenamiento jurídico. Esas personas son los administradores de derecho y de hecho (59/2007, de 26 de enero [LA LEY 125294/2009]).

El concepto de administrador de derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria (59/2007, de 26 de enero [LA LEY 125294/2009]).

Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento al concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del Derecho penal situaciones fácticas del mundo negocial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que en la doctrina ha optado por una interpretación que permita integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y negocial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas en el ordenamiento para la administración de la sociedad. Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figura como su administrador. Por lo tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía en el entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la

realización material de funciones de dirección. Son muchas las situaciones que pueden plantearse, normalmente referidas a apoderados para obligar a la sociedad, y será la concurrencia de una dirección real de la sociedad la que marque el sujeto activo del delito, en este caso, como destinatario de un deber especial de cumplir la exigencia de veracidad en la presentación anual de las cuentas de la sociedad. El administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión, concluyendo que «estas notas son perfectamente predicables de las funciones del mencionado coacusado Luis Pablo». De la actividad probatoria no resulta la necesaria función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento, que requiere la consideración de ser administrador de hecho como destinatario real de la obligación de veracidad que requiere el ordenamiento en la presentación de las cuentas anuales para su constancia en el Registro Mercantil, es decir, no hay prueba de que fuera el obligado al deber impuesto en la norma, por no ostentar la condición de administrador de hecho de la sociedad, 59/2007, de 26 de enero [LA LEY 125294/2009]. La condición del sujeto activo debe vincularse a la disponibilidad de los poderes o facultades que permiten la ofensa al bien jurídico protegido. Se trata que la condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que implica considerar que, en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

El tipo del art. 290 CP es un delito especial de propia mano realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o cómplice (552/2005, de 9 de mayo [LA LEY 12641/2005]).

Sujeto pasivo

La sociedad o comunidad en aquellos supuestos en los que la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (296.2 CP).

La persona agraviada por el perjuicio económico causado de forma idónea por la falsificación (296.1 CP).

Objeto material

En esta mención a las cuentas anuales debe considerarse incluido el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, la memoria, el informe de gestión, así como los informes que deben elaborar los administradores para la adopción de determinados acuerdos (aumento de capital, modificación de estatutos, etc.) (863/2009, de 16 de julio [LA LEY 125294/2009]).

Pero al referirse el tipo penal a otros documentos, se convierte en un concepto amplísimo, máxime cuando no se trata estrictamente de documentos económicos, sino aquellos otros que puedan reflejar la «situación jurídica», lo que nos conduce a dificultades de interpretación, ya que no se puede llegar a comprender si queda algún elemento documental excluido, en razón a la amplitud del término «situación jurídica». Por si fuera poco, el propio concepto de lo que se entiende por documento en el art. 26 del Código Penal (a los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica) extiende aún más la interpretación,

865/2005, de 24 de junio [LA LEY 13288/2005]. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del art. 290 CP se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado. No es fácil admitir, como hemos dicho, que entre tales documentos deba ser incluido el balance que los administradores de una sociedad están obligados a presentar en los procedimientos de quiebra o concurso o en los expedientes de suspensión de pagos, por lo que la inclusión de datos falsos en dichos balances no debe dar lugar, en principio, a la aplicación de la norma penal invocada en este motivo del recurso, aunque se trate, sin duda alguna, de una de las falsedades ideológicas cometidas por particulares que pueden ser objeto de represión penal (1458/2003, de 7 de noviembre [LA LEY 11104/2004]).

Conducta típica

Se requiere, de una parte, el falseamiento, por el administrador de la Sociedad, de la documentación contable de ésta (554/2003, de 14 de abril [LA LEY 12630/2003]).

La conducta típica «falsear» en el sentido del art. 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. De esta forma entendida la falsedad se puede concretar tanto a través de conductas positivas como a través de la ocultación u omisión de datos cuya presencia es imprescindible para reflejar, veraz e íntegramente, la situación jurídica o económica de la entidad. Hay que tener en cuenta, por una parte, que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (arts. 127.1 LSA y 61 LSRL), lo cual, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad, dicho que en concreto en relación con las cuentas anuales es mucho más explícito (art. 172.2 LSA). Esa determinación legal es fuente de la posición de la garante que, conforme a lo previsto en el art. 11 CP, permita la equiparación de la omisión con la conducta positiva (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

En el delito falsario societario la conducta típica expresada con el verbo falsearen comprende cualquiera de las modalidades falsarias del art. 390 (Circular de la FGE 15/1997, de 16 de diciembre). Tras la publicación del Código Penal de 1995 ha quedado despenalizada la falsedad ideológica genérica, consistente en faltar a la verdad en la narración de los hechos cometida por particular, mas pueden existir conductas falsarias, de falsedad ideológica, cometidas por particulares que deben considerarse penalmente punibles tanto bajo la vigencia del nuevo Código Penal *ex art.* 290 (1318/2000, 14 de julio [LA LEY 11177/2000]). Faltar a la verdad en la realidad contable de una sociedad tiene su adecuada sanción en el art. 290, 1256/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 497/2005]). El núcleo de la acción consiste en el vocablo «falsear» un documento, lo que nos lleva a considerar incluido en el término todas las modalidades falsarias del art. 390, incluida la 4.ª, que se conoce como falsedad ideológica, porque, en efecto, compartimos la opinión mayoritaria

de la doctrina según la cual, aunque la falsedad ideológica («faltar a la verdad en la narración de los hechos») producida en documento mercantil sea impune respecto a los particulares que la comentan, tal impunidad no se puede extender al delito que comentamos. En efecto, una cosa es que la alteración de los datos narrados o recogidos en un documento mercantil no sea punible como delito de falsedad y otra es que, en los casos en que el Código recoja como figuras especiales la falsedad en documentos mercantiles contables o de otra naturaleza, el principio de especialidad imponga el castigo de las formas ideológicas de falseamiento de la verdad. Tratándose de delitos especiales, que tienen su propio tratamiento y sanción, como ocurre con el art. 261 (presentar en procedimiento de quiebra, concurso o expediente de suspensión de pagos «datos falsos relativos al estado contable»), las falsedades instrumentales en los delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social (art. 310) y este propio delito societario, el principio de especialidad se impone y la tipicidad expresa determina la punición de esos hechos (932/2006, de 5 de octubre [LA LEY 114932/2006]).

Resultado

Ley exige imperativamente que el acto falsario, y el documento así elaborado, reúna dos condiciones: que refleje falsamente la situación económica o jurídica de la entidad, y que sea «idóneo» para causar un perjuicio económico a la empresa, a sus socios o a un tercero (932/2006, de 5 de octubre [LA LEY 114932/2006]).

Será preciso que la falsedad sea idónea para causar un perjuicio (lo que se configura como un tipo penal de peligro hipotético), por referirse a documentos esenciales y afectar a partidas o aspectos contables nucleares, sea alterando los datos reales, sea ocultándolos; debiendo recordarse a estos efectos que las cuentas anuales de las sociedades constituyen una unidad, de tal modo que las posibles irregularidades de alguno de los documentos contables de la sociedad pueden resultar subsanadas en otros —libros de contabilidad, cuentas anuales, cuenta de pérdidas y ganancias, memoria anual, etc.— (1318/2000, de 14 de julio [LA LEY 11177/2000]). Si se desconocen las consecuencias económicas a vincular con el acto falsario, debe afirmarse la inexistencia del delito del art. 290 del Código Penal (554/2003, de 14 de abril [LA LEY 12630/2003]). El bien jurídico protegido en el art. 290 es el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la actuación jurídica o económica de la entidad. En este sentido, y en lo que a la acción falsaria se refiere, el art. 290 se configura como un delito de lesión (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

Caso de que se llegare a causar el perjuicio económico se aplicará el subtipo agravado que también viene incorporado al mencionado art. 290 del Código Penal (863/2009, de 16 de julio [LA LEY 125294/2009]).

La sustitución de cifras no implica *per se* una ocultación de datos, al ser posible que aparezcan reflejados adecuadamente de otra forma (1339/2002, 12 de julio [LA LEY 131326/2002]).

El que la desviación contable no llegue al 2,5% de la cifra de negocios de la sociedad y, en base a esto, que la alteración realizada no desvirtúe relevantemente la imagen de la sociedad no implica que se trate de una falsedad sin trascendencia penal. Sin embargo, este planteamiento sólo podría ser atendido en cuanto al principio de proporcionalidad de la pena, ya que no es posible despenalizar a partir de perjuicios porcentualmente bajos en relación con el volumen de la sociedad, ya que sería tanto como consagrar la posibilidad de apoderamientos sucesivos de pequeña

cuantía, salvo que constituyesen un delito continuado (1256/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 497/2005]).

El documento de que tratamos (otorgamiento notarial de poderes a Letrados y Procuradores en su condición de liquidador de la entidad a la que representaba en dicho menester sin estar legitimado para ello) no reúne la exigencia de ser «idóneo» para perjudicar a los terceros denunciadores, por sí mismo y por su propio contenido. El riesgo de que éstos fueran desposeídos de parte de su patrimonio, no lo constituye el otorgamiento de poderes mencionado, sino la realidad de la existencia de unos derechos de créditos de la sociedad contra las personas frente a las que demandaron judicialmente, lo que habría de ser materia y objeto de los procedimientos a tal fin incoados en el orden jurisdiccional civil. De suerte que los poderes supuestamente otorgados ilegalmente por falta de legitimación, en modo alguno pueden considerarse idóneos por sí mismos para lesionar el patrimonio de los referidos terceros, por ser manifiestamente insuficientes para provocar ese perjuicio económico (932/2006, de 5 de octubre [LA LEY 114932/2006]).

Elementos subjetivos

Dolo

El que el tipo exija la idoneidad de la falsedad para causar un perjuicio económico, bien sea a la sociedad, a los socios o a un tercero, implica a su vez la exigencia de un dolo de perjudicar que deberá ser directo y estar probado (1318/2000, de 14 de julio [LA LEY 11177/2000]). Como delito doloso requiere el conocimiento por parte del autor de la idoneidad lesiva de la acción (863/2009, de 16 de julio [LA LEY 125294/2009]).

Consumación y tentativa

El tipo delictivo del falseamiento de las cuentas anuales se comete en el momento en que se consignan o se omiten dolosamente datos propios de las mismas, resultando irrelevante que dichas cuentas así falseadas sean o no posteriormente aprobadas o rechazadas por la Junta General, pues en ambos supuestos el ilícito ya se habría consumado, de suerte que la decisión del órgano soberano de la sociedad, cualquiera que fuese, no privaría de antijuridicidad, tipicidad y responsabilidad al hecho previo del falseamiento (796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006]).

Autoría y participación

Autoría

Desde una perspectiva de la determinación de la autoría por el dominio funcional del hecho, no existe duda de que un Presidente y un Consejero Delegado de una entidad financiera, asumen una responsabilidad directa y principal sobre la autenticidad de las cuentas sociales, lo que les convierte en autores de las alteraciones falsarias, sin perjuicio de que se materializasen por personas distintas (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

El tipo del art. 290 CP es un delito especial de propia mano realizable únicamente por los administradores de hecho o de derecho de una sociedad, si bien en esta clase de ilícitos es perfectamente posible la participación delictiva del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o cómplice (552/2005, de 9 de mayo [LA LEY 12641/2005]).

Cooperación necesaria

Si bien el legislador ha delimitado el ámbito de los autores o sujetos activos a los administradores de hecho o de derecho, no se debe descartar la posibilidad de la participación, por cooperación necesaria, de las entidades auditoras que al realizar la fiscalización externa de la contabilidad, colaboran y se prestan a la formación de unas cuentas anuales o balances falseados (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Concursos*Concurso de normas*

No podemos olvidar que, en materia de falsedades contables, el código vigente en el art. 290 castiga de manera específica y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

La necesidad de contemplar las múltiples variantes, está reconocida de manera indirecta, en el art. 296 del actual Código. Al referirse a la persecución de esta clase de delitos, establece, con carácter general, que sólo serán perseguibles, mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, añadiendo que, cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida también podrá denunciar el Ministerio Fiscal. Ello implica que nos encontramos ante un delito prácticamente privado, en cuanto que se deja su persecución a la persona agraviada. Esta postura pudiera tener su justificación, en los casos en que la trascendencia económica de la manipulación contable, no sea relevante para la economía nacional, sin olvidar que, como señala algún sector de la doctrina, en los supuestos en que no se produzca la persecución, pudiera producirse la situación que, en la doctrina alemana, se conoce como «vuelta a la vida» y que haría entrar en juego a los preceptos genéricos de la falsedad y fundamentalmente al art. 390.1.º del Código Penal en relación con el 392 (867/2002, 29 de julio [LA LEY 6445/2002]). La falta del requisito de procedibilidad o de alguno de los elementos típicos específicos del delito societario del art. 290, determinará la aplicación de la falsedad en documento mercantil del art. 392 siempre que la conducta falsaria tenga encaje en alguna de las modalidades de los tres primeros apartados del art. 390 (Circular de la FGE 15/1997 de 16 de diciembre).

El Tribunal de instancia califica estas conductas como constitutivas de un delito societario de administración desleal, o administración fraudulenta o abusiva, tipificado en el art. 295 del Código Penal, en concurso de normas con un delito de apropiación indebida del art. 252 del mismo texto legal, concurso de normas que resuelve, con aplicación del art. 8.4 del Código Penal, haciendo uso del principio de alternatividad, optando por el precepto que impone mayor pena que en este caso entiende el Tribunal de instancia lo es el delito societario del art. 295, en el que quedará absorbido el delito de apropiación indebida, delito societario por el que se condena a los acusados D. Octavio y D. Carlos Jesús, rechazándose, por las razones que se han dejado antes expresadas, que los hechos que se declaran probados sean asimismo constitutivos del delito societario tipificado en el art. 290 del Código Penal, decisión del Tribunal de instancia que no puede ser considerada ilógica, al responder a la valoración de la prueba que incumbe esencialmente al Tribunal sentenciador, y que se ha reflejado en los hechos que se declaran probados en los que no se atribuye a los acusados la existencia de una acción falsaria objetivamente idónea para dañar el patrimonio social con independencia y autonomía respecto de la conducta que se subsume en los delitos de administración desleal y apropiación indebida apreciados en la Sentencia recurrida (863/2009, de 16 de julio [LA LEY 125294/2009]).

Concurso medial

En modo alguno se puede entender en base a la teoría de la consunción, que uno de los delitos por el que fue condenado, falsificación art. 290, fue absorbido por el otro, apropiación indebida, cuando son totalmente distintos, como distinto es el bien jurídico protegido en una y otra infracción, siendo perfectamente autónomos e independientes sin que entre ellos exista la relación que haga posible un supuesto de progresión o se dé el caso de que uno de los preceptos en que el hecho es insubsumible comprenda en su injusto el todo, de modo que el supuesto fáctico previsto por una de las normas constituye parte integrante del previsto por otra. Por ello si se penara sólo la apropiación y no la falsedad societaria, quedaría impune una parte injusta del hecho delictivo (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

Delito continuado

Existen dificultades técnicas para admitir la continuidad delictiva, tanto si consideramos aplicable el antiguo Código, como el vigente art. 290 del Código Penal, ya que la propia decisión de alterar o falsear la verdadera situación económica o jurídica de la sociedad, supone la existencia de un previo plan o diseño de ejecución que va implícito en la conducta típica. Asimismo la actividad falsaria necesita, indispensablemente, de una pluralidad de hechos que forman parte del fin último de los sujetos activos (administradores de hecho o de derecho) y que, por su necesaria complejidad, exigen una pluralidad de actuaciones que ya están embebidas en el tipo (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Matiza, sin embargo, la 1256/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 497/2005], que la contabilidad de cualquier empresa o sociedad está compuesta por una pluralidad de partidas cada una de las cuales tiene un soporte documental. Reflejan el funcionamiento diario y constituye el balance de situación, al cierre de cada ejercicio, es decir, el 31 de diciembre de cada año. Precisamente del resultado que arrojen las cuentas en dicha fecha dependerá la cuantía de los impuestos tanto de sociedades como de otra naturaleza que tenga que pagar con cargo a ese ejercicio. Por ello, cuando se habla de falsedades contables, inevitablemente nos encontramos ya de por sí, dentro de una pluralidad de acciones con una unidad de propósito.

Ahora bien, se plantea la cuestión de si esta unidad y pluralidad respectivamente se agota en la fecha del cierre del ejercicio y se renueva en el ejercicio siguiente, con objeto de, a través de sucesivas alteraciones de los balances anuales conseguir un beneficio final que consistiría en la suma de lo defraudado en cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, es evidente que no cabría la continuidad delictiva si nos refiriésemos a las diversas conductas falsarias cometidas dentro de cada ejercicio anual. Ahora bien, nos encontramos ante un delito continuado cuando de forma persistente y con un plan de acción único produce modificaciones en los balances correspondientes a cada uno de los años. En consecuencia estimamos correctamente aplicada la tesis del delito continuado. El art. 305.2 del Código Penal a los efectos de determinar la cuantía de la infracción, nos dice que se estará a lo defraudado en cada período impositivo. Esta previsión refuerza los argumentos de la Sala (1256/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 497/2005]).

Cuestiones procesales

Una última cuestión deberá analizarse en relación con el presente delito y es el relativo a si procede o no la condena por el mismo dado que las acusaciones, pública y particular, han mantenido la pretensión de condena en base al tipo general de la falsedad documental del art. 392 en relación

con el 390.1 y 2 del CP, o lo que es lo mismo, si la condena por el delito del art. 290 infringe o no el principio acusatorio. Aplicando lo dicho al caso que nos ocupa resulta que los hechos que han sido declarados probados, y en base a los cuales se condena por el delito de falsedad contable, son exactamente los mismos que los que fueron objeto de acusación por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular y en relación con la calificación jurídica del delito, como ya adelantábamos, el propio TS ha entendido que, en materia de falsedades contables, el código vigente, en el art. 290, castiga de manera específica y por tanto preferente, por aplicación del principio de especialidad, el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad de manera que se trata de tipos penales de la misma naturaleza y que tienen una penalidad similar dado que en ambos casos la pena de prisión no podrá superar los tres años y la de multa los doce meses, por lo que no existen problemas, derivados de la vigencia del principio acusatorio, para condenar por el citado delito (SAP Las Palmas 24/2008, de 29 de febrero [LA LEY 44170/2008], SAP Girona 381/2007, de 23 de julio [LA LEY 220686/2007]).

Artículo 291.

Los que, prevaliéndose de su situación mayoritaria en la Junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

CONCORDANCIAS

LSA: arts. 93 y 115 a 122.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Socios que constituyen la mayoría (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]) habiendo calificado esta Sentencia el delito como especial.

Sujeto pasivo

La minoría de los socios y la propia sociedad (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]).

Objeto material

Todo acuerdo obtenido lícitamente pero que deba calificarse de abusivo, siempre que no reporte beneficios a la sociedad (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]).

Conducta típica

Consiste en la adopción de un acuerdo obtenido lícitamente, pero que debe calificarse de abusivo, siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad. La interdicción del abuso se endereza

a sancionar aquellos actos que sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, por su intención, objeto o circunstancias (art. 7.2 CC). La distinción entre el abuso que debe ser sancionado en la vía civil o mercantil y el comprendido en el art. 291 CP sólo puede establecerse, en primer lugar, teniendo en cuenta los elementos típicos descritos en este último, ya señalados anteriormente. Partiendo de su presencia y de la licitud formal en la adopción del acuerdo, la intención del agente debe responder, además, a un exclusivo ánimo de lucro propio o ajeno. Ello equivaldrá a considerar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para verificar si el ejercicio del derecho sobrepasa manifiestamente sus límites normales (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]), reproducida por 796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006].

Elementos subjetivos

Dolo

La esencia del tipo radica en la existencia de un ánimo de lucro propio o ajeno (el de los socios que constituyen la mayoría) en perjuicio de la minoría y siempre que ello no reporte beneficios a la sociedad, es decir, es atípica la concurrencia del mencionado ánimo como compatible con un resultado beneficioso para los intereses societarios, con independencia de que la minoría se vea perjudicada (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]).

Consumación y tentativa

El delito ha sido calificado como de peligro concreto que no exige la existencia de un perjuicio real (agotamiento), bastando para su consumación la adopción del acuerdo abusivo (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]).

Autoría y participación

El delito ha sido calificado como especial (654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002]). No debemos olvidar que entre los delitos societarios relativos a los acuerdos sociales, sólo los de los arts. 291 y 292 del Código Penal pueden ser cometidos tanto por los administradores como por los socios, pues los delitos de los arts. 290 y 293 exigen expresamente que sus autores sólo puedan serlo «los administradores, de hecho o de derecho» de la sociedad. Se trata, pues, de delitos especiales propios en el que la autoría tan sólo podrá imputarse a quien o quienes tengan la administración, de derecho o de hecho, de la sociedad misma (SAP Barcelona, Sección 10.ª, de 15 de enero de 2007 [LA LEY 53623/2007]).

Artículo 292.

La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 73 y ss., 250, 291, 293 y 395 y ss.

En el caso de autos es indudable que se produjo la obtención de un acuerdo lesivo por una mayoría ficticia, pero la cuestión estriba en el modo de obtención de este acuerdo lesivo y en la interpretación que deba hacerse de la frase «por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante». Se pregunta el Tribunal si cabe interpretar como acción típica de «negación ilícita» del ejercicio del derecho de voto a los otros dos socios la conducta del acusado consistente en no franquear la puerta a los apoderados de los otros dos socios para concurrir a la Junta General o si esta conducta del acusado se ajusta, más que a la «negación ilícita», a la acción típica del delito del art. 293 del Código Penal que castiga a los administradores de hecho o de derecho «que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social», tesis por la que el Tribunal se inclina por ser más respetuosa con el referido principio de interpretación restrictiva y los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, en los que se describe una conducta impeditiva u obstructiva del acusado, como es no franquear la puerta. Por todo ello, estimamos que la conducta del acusado no cabe incardinarla en el delito del art. 292 del Código Penal sino que, en su caso, la acción estaría contemplada en el art. 293 del mismo Código. Pero no debemos olvidar que entre los delitos societarios relativos a los acuerdos sociales, sólo los de los arts. 291 y 292 del Código Penal pueden ser cometidos tanto por los administradores como por los socios, pues los delitos de los arts. 290 y 293 exigen expresamente que sus autores sólo puedan serlo «los administradores, de hecho o de derecho» de la sociedad. Se trata, pues, de delitos especiales propios en el que la autoría tan sólo podrá imputarse a quien o quienes tengan la administración, de derecho o de hecho, de la sociedad misma (SAP Barcelona, Sección 10.^a, de 15 de enero de 2007 [LA LEY 53623/2007]).

Artículo 293.

Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones reconocidos por las Leyes, serán castigados con la pena de multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 31 y 292.

LSA: arts. 112, 133 y 212.

LSRL: arts. 55 y 56.

Bien jurídico protegido

Los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados (1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003]).

Sobre la diferencia entre administrador de hecho y de derecho acudir al comentario al art. 290 (elementos objetivos/sujeto activo)

Sujeto pasivo

Los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

Objeto material

El ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones (1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003]).

En el ámbito del objeto material ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho a la información, éste no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta) (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

Conducta típica

Indica 796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006], que 1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003] declaraba que esta figura delictiva, introducida en el Código Penal de 1995, como consecuencia de las Directivas Comunitarias, es cierto que criminaliza determinados ilícitos civiles dentro de la esfera de los derechos políticos y económicos que corresponden a los socios o accionistas, concretamente, los de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones, todos ellos recogidos en la Legislación mercantil (arts. 112, 212 LSA), además de otros que están excluidos de la conminación penal bien por entenderse que tienen menos trascendencia o porque no se ejercitan ante los administradores y por ello no integran la conducta penalmente relevante. Se ha afirmado que falta un plus de antijuridicidad material que justifique la respuesta penal frente al incumplimiento obligaciones mercantiles que pueden ser demandadas igualmente en esta vía, advirtiéndose que la estructura de la obligación sería idéntica en un caso y otro.

Precisamente por ello se decía en 654/2002, de 17 de abril [LA LEY 5950/2002], a propósito del art. 291 CP, que también constituye una criminalización de determinadas conductas societarias, que ello equivale a sancionar penalmente determinadas conductas incardinables en el ejer-

cicio abusivo de los derechos (art. 7.2). Es en este punto donde debe radicar la justificación de la conminación penal a los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin causa legal negaren o impidieren a un socio el ejercicio de los derechos señalados más arriba, pues no se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegar, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la Ley penal. También 650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003], aborda el análisis del art. 293 CP y, entre otras cosas, declara que, en relación a las críticas doctrinales que critican el precepto por estimar que los derechos de los accionistas —que constituyen el bien jurídico protegido— ya se encuentran tutelados por la legislación mercantil y no precisan el amparo penal. Estas críticas desconocen, a nuestro entender, la relevancia de los derechos básicos de los accionistas que no pertenecen al grupo de control de la sociedad, la gravedad de los ataques de que pueden ser objeto, y la necesidad de una tutela contundente frente a estas agresiones, que sólo puede ser proporcionada por la intervención penal. Sin embargo, asiste la razón a los críticos en la necesidad de restringir los supuestos que justifican la intervención penal, que deben quedar limitados a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil (796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006]).

Esta restricción no puede realizarse exigiendo requisitos típicos ajenos al precepto, como el perjuicio patrimonial, pues cuando el legislador ha pretendido diseñar en el ámbito de los delitos societarios un tipo de resultado patrimonial lesivo así lo ha dispuesto expresamente, por ejemplo en el art. 295 en el que se exige como resultado típico que «se cause directamente un perjuicio económico evaluable a los socios». Tampoco cabe configurar el tipo como delito de peligro hipotético, exigiendo la constatación en cada caso de la idoneidad lesiva, para el patrimonio del socio afectado, de la conducta impeditiva de sus derechos objeto de denuncia. Y ello porque el Legislador, cuando ha pretendido en este mismo capítulo diseñar tipos de peligro hipotético para el patrimonio así lo ha establecido expresamente, por ejemplo en el art. 290 que exige que la conducta delictiva se realice «de forma idónea para causar un perjuicio económico» a la sociedad, a alguno de sus socios o a un tercero (796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006]).

La restricción debe alcanzarse a través de una interpretación del precepto sujeta a su fundamentación material, en el triple ámbito del objeto, de la conducta típica y del elemento normativo («sin causa legal»), (796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006], 650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

En el ámbito del objeto material (el ejercicio de los derechos de información, participación en la gestión o control de la actividad social, o suscripción preferente de acciones —1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003]—) ha de partirse de que los derechos tutelados en el precepto no son absolutos ni ilimitados.

Concretándonos al derecho de información, su extensión y modalidades de ejercicio tiene el alcance concreto que le otorgan las correspondientes normas societarias. Como objeto del tipo penal el ámbito del derecho no alcanza a los supuestos razonablemente discutibles, que deben quedar para su debate en el ámbito estrictamente mercantil, por lo que únicamente serán típicos aquellos supuestos de denegación de información a la que los socios tienen derecho de modo manifiesto, como sucede

con los prevenidos en los arts. 112 LSA (derecho de los accionistas a los informes o aclaraciones que estimen precisos acerca de los asuntos que figuren en el orden del día de una Junta General) y 212 LSA (derecho de los accionistas a obtener cualquiera de los documentos que habrán de ser sometidos a la aprobación de la Junta). El derecho de información es de naturaleza instrumental y no absoluto o incondicional, en cuanto su objeto es que el socio (Patrono) tenga conocimiento de causa sobre el objeto de decisión para que pueda adoptar las pertinentes posiciones en la Junta —245/2007, de 16 de marzo, [LA LEY 20333/2007], 42/2006, de 27 de enero [LA LEY 10927/2006]—. Es de significar a este respecto que, en las sociedades capitalistas (las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada), el derecho de información está relacionado directamente con la celebración de las juntas generales de accionistas —781/2006, de 4 de julio [LA LEY 77295/2006]—. Ni el socio puede ejercitar ese derecho en todo momento, ni los administradores de una sociedad están obligados a facilitarla siempre que se les pida la tal información. En determinados momentos no constituía fiel reflejo de la situación empresarial, que podría aparecer con caracteres engañosos, si no se dispone de todo el conjunto de datos que han de ser ponderados por los socios en la junta correspondiente. Podrá afirmarse que un modo de no facilitar información es no convocar maliciosamente las preceptivas juntas de accionistas, pero no podemos olvidar que la Ley civil ofrece instrumentos para provocar la convocatoria solicitándola del Juez competente; y ya convocada judicialmente, interesar la información pretendida (42/2006, de 27 de enero [LA LEY 10927/2006]).

Cuestión distinta es la no celebración de juntas por no haberlas deliberadamente convocado, lo que integra una conducta calificable de antijurídica en el campo civil, que puede originar las pertinentes responsabilidades en ese orden jurisdiccional. Aunque entendiéramos que la omisión de la regular convocatoria de las juntas de accionistas podía afectar al derecho de participación del socio en la gestión o control de la actividad social, sería igualmente preciso que apareciera en hechos probados que con posterioridad a mayo de 1996 se ha celebrado una junta sin convocar a la querellante (42/2006, de 27 de enero [LA LEY 10927/2006]).

Por su parte, se requiere expresamente «negar», que en este contexto equivale a desconocer dichos derechos, o impedir, que equivale a imposibilitar. En consecuencia cuando el derecho se reconoce y se atiende, proporcionando al socio una información básicamente correcta, las alegaciones sobre demoras, omisiones o simples dificultades quedan al margen del comportamiento típico, sin perjuicio de la responsabilidad que proceda en el ámbito mercantil (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]). No se trata de una negativa esporádica, ocasional, puntual o aislada, sino en abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, con abuso de su cargo, desplegando, en síntesis, una conducta obstruccionista frente al derecho de los socios, siendo esta cualidad de persistencia en el abuso lo que por regla general debe determinar la aplicación de la Ley penal (1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003]), si bien 650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003], establece que no es exigible que el comportamiento sea reiterado, pues no lo requiere el precepto, aunque dicha persistencia en la negativa al ejercicio de los derechos sea indiciaria del carácter manifiesto de la conculcación del derecho (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]), pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información (796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006]).

La concurrencia del elemento normativo «sin causa legal», no exige un análisis riguroso de la cobertura mercantil de los supuestos en que los Administradores se amparen expresamente en una causa legal reconocida sino que basta para excluir la responsabilidad en el ámbito penal que dicha causa resulte razonablemente aplicable, y no manifiestamente abusiva. Los supuestos en los que resulta

jurídicamente dudoso el ámbito de concurrencia de la causa legal deben quedar al margen del ámbito penal. Y ello es así porque el comportamiento típico exige que se actúe sin causa legal, por lo que el tipo se limita a supuestos en los que los administradores nieguen o impidan el derecho sin alegar causa alguna, a aquellos en que alegan una causa legalmente inexistente o a aquellos en que la alegación de una causa legal sea manifiestamente abusiva (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

La intervención penal en estos casos debe quedar limitada a los comportamientos más abiertamente impeditivos del ejercicio de estos derechos básicos, para diferenciarlos de los supuestos en que lo que se discute es simplemente la suficiencia del modo en que se ha atendido a los derechos de los accionistas, supuestos que están reservados al ámbito mercantil, por lo que una mera controversia sobre una cuestión razonablemente discutible desde el punto de vista mercantil no es relevante en el ámbito penal (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]). En suma, en esta materia, como en muchas otras, lo ético, lo lícito y lo punible son puntos concéntricos de todo enjuiciamiento criminal. El Tribunal penal —rigiendo el principio de intervención mínima— no puede traspasar los límites del círculo más pequeño, que, claro está, es el último (841/2006, de 17 de julio [LA LEY 70561/2006], citada por 245/2007, de 16 de marzo [LA LEY 20333/2007]).

Resultado

El tipo no exige la existencia de perjuicio patrimonial alguno para su consumación, como no puede ser de otra manera teniendo en cuenta que no se trata de un delito de resultado (1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003]).

Elementos subjetivos

Dolo

No es exigible un elemento subjetivo específico (el Legislador suprimió en la redacción final del artículo las expresiones maliciosa y reiteradamente que figuraban en el proyecto), pero sí una abierta conculcación de la Legislación en materia de sociedades, como se señala en 1953/2002, de 26 de noviembre [LA LEY 587/2003], pudiendo constituir la persistencia en la negativa a informar, una manifestación de este carácter manifiesto de la conculcación del derecho de información (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003] y 796/2006, de 14 de julio [LA LEY 77292/2006]).

Error

Precisamente porque la conculcación debe ser abierta y manifiesta, no caben ordinariamente supuestos de error de prohibición, pues como es sabido la Jurisprudencia de la Sala Segunda excluye el error de prohibición no sólo cuando el agente tiene seguridad respecto a la ilicitud de su proceder, sino también cuando tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, supuesto similar al dolo eventual —237/1996, de 11 de marzo, o 1171/1997, de 29 de septiembre, entre otras— (650/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2487/2003]).

Artículo 294.

Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa,

negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses.

Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

Sobre la diferencia entre administrador de hecho y de derecho acudir al comentario al art. 290 (elementos objetivos/sujeto activo).

CONCORDANCIAS

CP: arts. 129, 326.

Artículo 295.

Los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.6.^a, 248 y ss., 252 y ss., 395 y ss. y 432 y ss.

Bien jurídico protegido

En la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]). En otros términos, la finalidad de su punición es proteger las relaciones internas que se traban entre el titular del patrimonio administrado y el administrador, frente a los perjuicios que se deriven para el primero de la infracción de los deberes que incumben al segundo (224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]). Mientras que en la apropiación indebida del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador (462/2009, de 12 de mayo [LA LEY 104399/2009]).

Es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la

permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico (279/2007, de 11 de abril [LA LEY 23161/2007], 769/2006, de 7 de junio [LA LEY 77139/2006]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

El sujeto activo es el administrador de un patrimonio que, en el caso de la administración desleal (y en contra de lo que sucede en la apropiación indebida) tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Sobre la diferencia entre administrador de hecho y de derecho acudir al comentario al art. 290 (elementos objetivos/sujeto activo).

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio, pues las acciones típicas consistentes en que «dispongan fraudulentamente de los bienes» o en que «contraigan obligaciones» han de recaer sobre la sociedad resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues «el perjuicio» resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo «a sus socios, depositarios (parece que debiera decir “depositantes”), cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que se administre». Omisión que se ha intentado soslayar por la doctrina incluyendo a la sociedad como sujeto pasivo del delito, considerándola titular de los bienes, valores o capital que se administre por el sujeto pasivo (374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008], 121/2008, de 26 de febrero [LA LEY 20910/2008]).

Objeto material

Este tipo de la infidelidad del administrador se refiere a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad. En ello se diferencia del «tipo del abuso», también previsto en el art. 295 CP, cuyo objeto de protección son las relaciones externas de la sociedad generadas por el administrador, 949/2004, de 26 de julio [LA LEY 1892/2004]. El nombre comercial, puede tener un indiscutible valor, aunque no pueda determinarse con elementos probatorios fiables, de tal forma que no debe confundirse el perjuicio económico evaluable, con la evaluación y concreción del perjuicio económico (125/2002, de 31 de enero [LA LEY 3699/2002]).

Conducta típica

El art. 295 se dirige a sancionar conductas que, no siendo susceptibles de calificarse como delitos de apropiación indebida, que quedarían comprendidas en el art. 252, consisten sin embargo en actos de administración desarrollados en el ámbito propio de la sociedad, que impliquen disposición fraudulenta de bienes o asunción de obligaciones a cargo de la sociedad que supongan un beneficio propio o de tercero y al mismo tiempo un perjuicio económicamente evaluable para los titulares del patrimonio administrado (2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003]), siendo posible, y de hecho muy común, el que este delito societario entre en concurso con la apropiación indebida (ver *Concursos*).

El administrador desleal del art. 295, actúa en todo momento como tal administrador y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas (121/2008, de 26 de febrero [LA LEY 20910/2008], 754/2007, de 2 de octubre [LA LEY 154074/2007]). Es claro que los actos de distracción de dinero, dándole un destino definitivo diferente del asignado por quien puede hacerlo en el marco del funcionamiento de la sociedad, exceden de las facultades del administrador, lo que las situaría dentro del ámbito del art. 252. Por el contrario, cuando los actos de disposición de los bienes sociales o la asunción de obligaciones a cargo de la sociedad se realiza dentro de las facultades del administrador, aunque se ejecutan fraudulentamente respecto de la sociedad o resultan abusivas y perjudiciales para ésta, la conducta quedará subsumida en el art. 295 del Código Penal (565/2007, de 21 de junio [LA LEY 51987/2007]).

El elemento objetivo del tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

La disposición fraudulenta se produce como consecuencia de una gestión en la que el administrador ha violado los deberes de fidelidad inherentes a su estatus (2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003]; en este sentido, 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]), mediante el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen por un lado, con carácter genérico el art. 719 del Código Civil, y por otro y con carácter específico el art. 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]), si bien el art. 295 CP no contempla una genérica falta de lealtad o prohibidad del Administrador, sino concretamente, la disposición fraudulenta de los bienes de la sociedad (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]). Así, en el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta, como es lógico, atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]). Es cierto que el tipo exige que la disposición de los bienes de la sociedad por parte del socio o administrador (el socio que puede disponer legalmente es en realidad un administrador al menos de hecho), se realice fraudulentamente, lo cual se relaciona con la idea del engaño. Pero es un engaño en sentido distinto del exigido para la construcción del delito de estafa, pues es claro que mientras en este último delito el engaño es causal respecto del acto de disposición que origina el perjuicio, en el delito societario es únicamente una característica de la acción, es decir, del acto de disposición, que siendo perjudicial para el patrimonio de los socios o de los demás a los que el tipo se refiere, se presenta engañosamente como un acto ordinario de administración, pero no tiene en ningún caso carácter causal respecto de aquél (565/2007, de 21 de junio [LA LEY 51987/2007]).

En el art. 295 CP hay, en realidad, dos tipos penales. El «tipo de la infidelidad», cuyo objeto de protección son las relaciones internas entre el administrador y la sociedad, referido a los perjuicios patrimoniales causados a la sociedad mediante una administración incompatible con los principios básicos de la recta utilización de los bienes de la sociedad y la confianza depositada en el administrador; y el «tipo del abuso», cuyo objeto de protección son las relaciones externas de la sociedad generadas por el administrador, y que consiste en «contraer obligaciones (abusivas) a cargo de la sociedad» (A 157/2005, de 21 de diciembre [LA LEY 299633/2005]).

Señala 949/2004, de 26 de julio [LA LEY 1892/2004], que la instalación de la empresa Topware España, S.A., de la que el acusado era administrador único y cuyo objeto social era coincidente con el de Pilz España, S.A., en los locales de esta última, seguido de la utilización por Topware, tanto de los medios materiales como de los humanos de la otra sociedad, configura un abuso de las funciones propias del cargo del art. 295 CP, dado que constituye una infracción manifiesta de la prohibición de competencia que se establecía en el contrato para el administrador general. A su vez, la utilización de los bienes personales de una sociedad en beneficio de otra que compite con ella en un determinado mercado es una disposición fraudulenta, es decir, desleal, de los bienes de la sociedad a la que estaba obligado el acusado por el mencionado contrato (949/2004, de 26 de julio [LA LEY 1892/2004]).

Como administrador de hecho, al igual que había reclamado cantidades en nombre de la entidad, representándola en los correspondientes juicios, acordó realizar el pago de unas cantidades que la entidad adeudaba. No ha sido discutida la realidad de la deuda, ni tampoco que esa decisión estuviera dentro de las facultades propias del cargo de administrador, que de hecho venía ejerciendo. No se trata, por lo tanto, de una disposición en beneficio propio o de terceros que fuera acordada sobrepasando las facultades que le correspondían como administrador de hecho de la entidad, pues no se niega que dicha entidad estuviera obligada a reembolsar esas cantidades, como después se hizo con otros cuentacorrentistas (915/2005, de 11 de julio [LA LEY 13245/2005]).

Resultado

El tipo se configura como un tipo de resultado en el que éste está constituido expresamente por el perjuicio económicamente evaluable a los socios, depositantes («depositarios» dice la norma), cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital administrado. El bien jurídico protegido, el valor necesariamente dañado por la conducta delictiva, es pues, el patrimonio de tales personas. Además, es un delito de resultado en su sentido más tradicional, es decir, que se precisa un efecto derivado y conexo causalmente o por imputación objetiva a alguna de las conductas típicas: disponer de bienes o contraer obligaciones. El resultado es un «perjuicio económicamente evaluable», entendiendo por «perjuicio» tanto la merma patrimonial cuanto la ausencia de un incremento posible y ciertamente esperado. «Económicamente evaluable» significa que se pueda concretar el valor de dicho perjuicio en dinero, bien constatando documentos, bien mediante un informe pericial (374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008]).

No es necesario que la conducta punible se manifieste en la celebración de negocios jurídicos en los que la sociedad sea perjudicada mediante obligaciones abusivas, pero tales perjuicios tienen que estar completamente acreditados (402/2005, de 10 de marzo [LA LEY 11838/2005]; en este sentido, 949/2004, de 26 de julio [LA LEY 1892/2004]). Si los elementos apropiados no han quedado acreditados al diferir para el trámite de ejecución de Sentencia tan importante elemento del tipo previsto en el art. 295 y correlativo 252 del Código Penal, sin una terminante declaración judicial de que, en

todo caso, la cuantía resultante es superior a los 400 euros, por no venir así consignado en la fundamentación jurídica ni en su relato histórico, ni siquiera afirmarse un hipotético saldo positivo para las sociedades reclamantes, después de la liquidación que se ha de efectuar de los muebles «fotografiados», es evidente que no puede pronunciarse una condena, que en contra de reo, interpretase tal elemento del tipo, bajo hipótesis o suposiciones, seguramente sostenibles en el plano teórico, pero improbadas en la literalidad del fallo dictado (402/2005, de 10 de marzo [LA LEY 11838/2005]). En ningún momento se nos indica en qué consistió concretamente ese perjuicio, pretendido o alcanzado, requisito imprescindible como hemos dicho para la presencia del delito del art. 290. Ni en los Hechos Probados, ni en la Fundamentación Jurídica, que puede servir de complemento a aquéllos y en la que, de forma lacónica, exclusivamente se dice, transcribiendo tan sólo la literalidad del precepto legal, que «(...) se creó un documento idóneo para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero». Cabría pensar, en todo caso, que ese perjuicio habría que conectarlo con el ilícito objeto de previa condena, al que nos referimos en el anterior Fundamento, de manera que se interpretase la finalidad del falseamiento de la certificación como medio para ocultar las apropiaciones de dinero de la Sociedad, llevadas a cabo por su Administrador. Pero como, según lo ya visto, tales apropiaciones con ilícito perjuicio para los socios, en realidad no se produjeron, desconocemos a qué consecuencias económicas hay que vincular el acto falsario, por lo que debe afirmarse la inexistencia del delito del art. 290 del Código Penal, a partir del contenido fáctico de la Sentencia de instancia (554/2003, de 14 de abril [LA LEY 12630/2003]).

Han sido muchas las teorías que han tratado de explicar el concepto de tal elemento típico. Desde luego, que no es posible una simple identificación de perjuicio, como un parámetro exclusivamente contable, bajo el prisma de saldo contable negativo, pues en tal caso, perjuicio típico podría ser parificable con un gasto que disminuya el activo social contable, o bien con una disminución patrimonial originada por una operación inmersa en una dificultosa coyuntura económica. El criterio más seguro para determinar cuándo nos encontramos con su presencia como elemento típico, es la sustracción de todo criterio contable para su enunciación, poniendo el acento en el origen de su causación, en vez de la simple constatación de su mera existencia contable. Sólo así podrá interpretarse adecuadamente el concepto de perjuicio (económico), como elemento típico de los delitos de estructura patrimonial. Será, pues, un quebranto patrimonial caracterizado por la ilicitud de su causación. Tal caracterización nos lleva a considerar la conexión con otros elementos del delito, como el abuso de funciones en la administración social, que requiere también el carácter fraudulento de la operación, o la contracción de obligaciones de tal orden, en el delito societario previsto en el art. 295 CP, o también la misma deslealtad de la administración, en la distracción del dinero o activo patrimonial, en el supuesto típico previsto en el art. 252 del propio Código. En suma, la finalidad última de la causación de un quebranto patrimonial, no puede separarse de este resultado típico. Es imposible interpretar el perjuicio que requiere el legislador sin poner su acento tanto en su origen como en su finalidad. Dicho de otra manera, cualquier disminución patrimonial originaría un perjuicio típico, y esto no puede sostenerse. De ahí, las dificultades que surgieron de una acepción puramente objetiva y económica del patrimonio, referidas al momento de la evaluación comparativa del patrimonio y la incidencia de una valoración personal del mismo, han llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a una concepción mixta, que atendiera tanto a su misma conceptualización económica, como a la propia finalidad perseguida por la disminución patrimonial, contablemente considerada. Esto es, que atendiera tanto a la valoración económica como a los derechos patrimoniales del sujeto y a la finalidad pretendida por el autor del perjuicio mediante el desplazamiento realizado. En suma, lo que se pretende es comprender en el requisito del perjuicio no sólo una valoración puramente económica, sino también tener en cuenta

la finalidad de la operación enjuiciada. En términos de 23 de abril de 1992 «el juicio sobre el daño debe hacer referencia también a los componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera, el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo individual». En el mismo sentido, 4 de marzo de 1996 refiere que el perjuicio patrimonial debe atender a la finalidad económica perseguida (841/2006, de 17 de julio [LA LEY 70561/2006]).

Por otra parte, en los delitos de apropiación indebida y de administración desleal no se requiere que el sujeto pasivo actúe para producir el perjuicio patrimonial, sino que el perjuicio es el resultado directo, es decir sin mediación del sujeto pasivo, de la deslealtad del administrador (1416/2000, de 22 de septiembre [LA LEY 857/2001]).

El desplazamiento de los bienes y personal de una sociedad a otra, que es su competidora, afecta las posibilidades de beneficios de la primera sociedad, dado que con sus propios medios se favorece una reducción o una acumulación de sus posibilidades de participar lícitamente en el mercado. Ese perjuicio, como es claro, afecta directamente tanto a los socios como a la sociedad (949/2004, de 26 de julio [LA LEY 1892/2004]).

El perjuicio económico se deriva con naturalidad de las disposiciones de dinero realizadas por el recurrente sin destino conocido alguno, a pesar de sus obligaciones relativas a la dación de cuenta que le incumben como administrador (565/2007, de 21 de junio [LA LEY 51987/2007]).

En materia de retribuciones, premios o gratificaciones a directivos de sociedades con implantación internacional, y otros tipos de profesionales de alta cualificación social (en los que han de incluirse comunicadores, artistas o deportistas), el mercado es el que fija sus altísimas retribuciones, cuyas cifras estamos acostumbrados a ver en los medios de comunicación social, y son producto de los beneficios que reportan a las empresas a las que dedican sus esfuerzos profesionales. Quiere con ello decirse que no pueden aplicarse criterios o parámetros, diríamos convencionales, en esta materia. Las relaciones laborales ordinarias, los fondos de pensiones, las prestaciones sociales, etc. no pueden servir de parangón para resolver esta causa. Los acuerdos que se produzcan en este restringido ámbito, se rigen por la absoluta libertad de mercado, con tal de que tales pactos contractuales se instrumentalicen en cláusulas que sean conocidas y aprobadas por los órganos de gobierno de las sociedades mercantiles en donde se conciertan, y sean adecuadamente fiscalizadas por los órganos de control —internos o públicos—, y desde luego, aprobados por la junta general de accionistas, como máximo órgano de gobierno de toda sociedad. En definitiva, transparencia y aprobación social son elementos que impedirán la actuación del Derecho penal en materia de retribuciones a directivos. El Derecho penal no puede dar un salto frente a la jurisdicción que debe analizar la existencia de responsabilidad mercantil, cuando el hecho ha sido consentido por la masa social, aprobándolo. Ahora bien, no se trata de exonerar de responsabilidad (penal) porque el acto o el acuerdo lesivo haya sido aprobado, autorizado o ratificado por la junta general (lo que impide mercantilmente el art. 133.4 LSA), sino que indefectiblemente los acuerdos sociales no pueden ser perjudiciales para la sociedad en la manera que ésta los acepta y adopta como propios (*voluntas non fit injuria*) (841/2006, de 17 de julio [LA LEY 70561/2006]).

Elementos subjetivos

Dolo

Desde el punto de vista subjetivo el tipo de administración desleal sólo requiere que el autor haya tenido conocimiento de que la disposición patrimonial, dirigida a fines diversos de los que

fueron encomendados, produciría un perjuicio al titular (1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003]), sin que sea imprescindible en este tipo —aunque tampoco quepa descartarla— la concurrencia del *animus rem sibi habendi* sino sólo la del dolo genérico que consiste en el convencimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona (2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003]; en este sentido, 840/2000, de 12 de mayo [LA LEY 8605/2000]).

El legislador ha condicionado también la penalidad del hecho a la presencia de un elemento subjetivo. El art. 295 exige al administrador o socio, a la hora de llevar a cabo los actos de gestión desleal que el mismo precepto describe, lo haga «en beneficio propio o de un tercero, por tanto con un propósito muy similar al propio de los delitos patrimoniales. La doctrina entiende que representa un elemento subjetivo del injusto y que por tanto, su función consiste en configurar la antijuridicidad de la conducta como delito de intención o tendencia. Este beneficio propio o de tercero viene a ser paralelo y correspondiente —aunque únicamente en su dimensión de dirección del comportamiento y no de logro efectivo— al perjuicio que la misma conducta ha de propiciar. Parece pues que el perjudicar sin ánimo de beneficiar a nadie resultaría atípico» (374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008]). El beneficio propio o de tercero del que habla el art. 295 del Código Penal no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho, pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiados. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de este concepto de beneficio que configura la administración desleal, los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto aun proporcionando beneficios no constituyen una definitiva apropiación indebida (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Consumación y tentativa

Se trata de un delito que se consuma por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Autoría y participación

Cooperación necesaria

Cabe la cooperación necesaria al autor del delito contemplado en el art. 295 CP (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005]).

Concursos

Concurso de normas

Es posible que puedan producirse supuestos en los que la conducta quede incluida al mismo tiempo en las previsiones del art. 252 y en las contenidas en el art. 295, pues siempre que se

produzca una apropiación de bienes o una distracción de dinero por parte del administrador respecto de aquellos bienes sobre los que recae su administración, podrá afirmarse que aquél habrá desarrollado su acción en el ámbito de una administración fraudulenta, en cuanto que su conducta perjudica y defrauda conscientemente la confianza del administrado en la persona en cuyas manos ha puesto su patrimonio (2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003]).

La Sentencia 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998], declara que ha de ser rechazada la pretensión según la cual la administración desleal o fraudulenta, antes comprendida en el delito de apropiación indebida del art. 535 del CP derogado, hoy lo está únicamente en el art. 295 del vigente que sería de aplicación al acusado por resultarle más favorable. Debe tenerse en cuenta que el viejo art. 535 no ha sido sustituido por el nuevo art. 295, sino por el 252 que reproduce sustancialmente, con algunas adiciones clarificadoras, el contenido del primero de los citados, por lo que en la nueva normativa subsiste el delito de apropiación indebida con la misma amplitud —e incluso con una amplitud ligeramente ensanchada— que tenía en el CP/1973. El art. 295 del CP vigente ha venido a complementar las previsiones sancionadoras del 252, pero no a establecer un régimen sancionador más benévolo, para hechos que se consideraban y se consideran delitos de apropiación indebida, en el supuesto de que los mismos se perpetraran en un contexto societario (reproducida por 625/2009, de 17 de junio [LA LEY 112714/2009]). Será inevitable en adelante que ciertos actos de administración desleal o fraudulenta sean subsumibles al mismo tiempo en el art. 252 y en el 295 del CP vigente, porque los tipos en ellos descritos están en una relación semejante a la de los círculos secantes, de suerte que ambos artículos parcialmente se solapan (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005], 1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003], 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003], 253/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3576/2001], 1965/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 310/2001] y 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]) de tal forma que el tipo del art. 295 del CP, en su modalidad de «disposición fraudulenta de bienes» entra en concurso normativo con el delito de apropiación indebida del art. 252 CP, pues lo que en el primero se castiga no es sino una apropiación indebida, con la particularidad de que la realiza el administrador o socio, y el perjuicio recae sobre las personas o entidades que poseen intereses en la Sociedad. Pero como quiera que el art. 252 no establece una tipificación especial del sujeto activo, ni distingue perjudicados, también encajaría en él el tipo delictivo, siempre que el valor de lo apropiado o sustraído excediera de 50.000 ptas. (1835/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 11528/2003], 125/2002, de 31 de enero [LA LEY 3699/2002]). La jurisprudencia ha venido a señalar ante las dificultades surgidas a partir de la Ley orgánica 10/1995, por la ampliación del tipo de la apropiación indebida —actual art. 252— y la instauración del tipo de delito societario que describe el art. 295, que los tipos suponen dos círculos secantes; pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria, mientras que por su parte el segundo abarca otros comportamientos —como es el caso de la asunción abusiva de obligaciones— ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. Existe así una zona común, en la que el comportamiento delictivo cubre ambas hipótesis típicas, hasta el punto de poder constituir simultáneamente delito de apropiación indebida y, además, delito societario, a resolver con arreglo a las normas concursales contenidas en el art. 8 CP (625/2009, de 17 de junio [LA LEY 112714/2009]). Ésta es precisamente la situación que concurre entre el tipo delictivo de apropiación indebida del art. 252 y el de administración desleal del art. 295, pues en el primero se incluyen conductas de apropiación ajenas al ámbito de la administración societaria y en el segundo comportamientos, como la disposición fraudulenta de bienes inmuebles o la asunción abusiva de obligaciones, ajenos al ámbito típico de la apropiación indebida. La relación entre ambos tipos es la de alternatividad y no de especialidad, lo cual resulta, además, coherente con el dato evidente de que no se aprecian razones que pudiesen explicar un

tratamiento injustificadamente privilegiado para los delitos de apropiación indebida cometidos en el ámbito de la administración societaria (1965/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 310/2001]). Así, este concurso de normas se ha de resolver de acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.4.º del CP vigente, es decir, optando por el precepto que imponga la pena más grave (1217/2004, de 2 de noviembre [LA LEY 179/2005], 2017/2002, de 3 de febrero de 2003 [LA LEY 12734/2003]; en este mismo sentido, 1401/2003, de 22 de octubre [LA LEY 10781/2004], 1212/2003, de 9 de octubre [LA LEY 2862/2003], 1191/2003, de 19 de septiembre [LA LEY 144863/2003], 829/2003, de 9 de junio [LA LEY 13295/2003], 446/2003, de 28 de marzo de 2003 [LA LEY 2180/2003], 1835/2002, de 7 de noviembre [LA LEY 11528/2003], 125/2002, de 31 de enero [LA LEY 3699/2002], 253/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3576/2001], 1965/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 310/2001], 1248/2000, de 12 de julio [LA LEY 11162/2000], 840/2000, de 12 de mayo [LA LEY 8605/2000], 530/1998, de 3 de abril, o 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]).

No faltan, sin embargo, resoluciones que han buscado un criterio de diferenciación entre la deslealtad en que incurren los autores de la acción prevista en el art. 252 del CP —distrayeren dinero— y la que está presente en el art. 295 —dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad—, atendiendo para ello a los límites del título jurídico en virtud del cual se efectúa el acto dispositivo. Es ejemplo de esta línea interpretativa 915/2005, 11 de julio [LA LEY 13245/2005]. En ella se razona que cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos del tipo objetivo: a) que el autor lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación. Y como elementos del tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede de sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades del titular sobre el dinero o la cosa entregada. En ocasiones se ha dicho que esta conducta supone una especie de gestión desleal. Es cierto que quien actúa de esta forma defrauda la confianza de quien ha entregado algo en virtud de títulos como la administración, el depósito o la comisión u otros similares, en tanto que todos ellos suponen una cierta seguridad en que la actuación posterior de aquel a quien se hace la entrega se mantendrá dentro de los límites acordados, y que en esa medida se trata de una actuación que puede ser calificada como desleal. En realidad cualquier apropiación indebida lo es en cuanto que supone una defraudación de la confianza. Pero, cuando se trata de administradores de sociedades, no puede confundirse la apropiación indebida con el delito de administración desleal contenido en el art. 295 del Código Penal vigente, dentro de los delitos societarios. Este delito se refiere a los administradores de hecho o de derecho o a los socios de cualquier sociedad constituida o en formación que realicen una serie de conductas causantes de perjuicios, con abuso de las funciones propias de su cargo. Esta última exigencia supone que el administrador desleal del art. 295 actúa en todo momento como tal administrador, y que lo hace dentro de los límites que procedimentalmente se señalan a sus funciones, aunque al hacerlo de modo desleal en beneficio propio o de tercero, disponiendo fraudulentamente de los bienes sociales o contrayendo obligaciones a cargo de la sociedad, venga a causar un perjuicio típico. El exceso que comete es intensivo, en el sentido de que su actuación se mantiene dentro de sus facultades, aunque indebidamente ejercidas. Por

el contrario, la apropiación indebida, conducta posible también en los sujetos activos del delito de administración desleal del art. 295, supone una disposición de los bienes cuya administración ha sido encomendada que supera las facultades del administrador, causando también un perjuicio a un tercero. Se trata, por lo tanto, de conductas diferentes, y aunque ambas sean desleales desde el punto de vista de la defraudación de la confianza, en la apropiación indebida la deslealtad supone una actuación fuera de lo que el título de recepción permite, mientras que en la otra, la deslealtad se integra por un ejercicio de las facultades del administrador que, con las condiciones del art. 295, resulta perjudicial para la sociedad, pero que no ha superado los límites propios del cargo de administrador (en el mismo sentido, 841/2006, de 17 de julio [LA LEY 70561/2006] y 565/2007, de 4 de junio [LA LEY 51987/2007]). De acuerdo con esta idea, es perfectamente posible resolver la aplicación de los arts. 252 y 295 del CP sin necesidad de recurrir a la solución sugerida por la existencia de un aparente concurso de normas. Se trata de preceptos que no implican una doble valoración de un mismo hecho típico. En uno y otro caso, existiría una visible diferencia respecto del significado jurídico del desbordamiento de los poderes conferidos al administrador individual o societario. En el ámbito doctrinal, también se han propugnado pautas interpretativas encaminadas a diferenciar claramente el espacio típico abarcado por ambos preceptos. Así, por ejemplo, se ha afirmado que la verdadera diferencia podría obtenerse atendiendo al objeto. Mientras que el art. 252 del CP se referiría a un supuesto de administración de dinero, esto es, llamado a incriminar la disposición de dinero o sobre activos patrimoniales en forma contraria al deber de lealtad, el art. 295 abarcaría dos supuestos diferentes: a) la disposición de bienes de una sociedad mediante abuso de la función del administrador; b) la causación de un perjuicio económicamente evaluable a la sociedad administrada mediante la celebración de negocios jurídicos, también con abuso de la condición de administrador. No existiría, pues, un concurso de normas, porque el mismo hecho no sería subsumible en dos tipos a la vez. El rechazo del concurso de normas como fórmula de solución también ha sido defendido a partir de la idea de que, en la apropiación indebida del art. 252, apropiarse y distraer son dos formas típicas que exigen un comportamiento ilícito como dueño y el incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver. Sin embargo, el que se apropia desvía los bienes —también el dinero— hacia su propio patrimonio, el que distrae, lo hace en beneficio del patrimonio de un tercero. Sólo la primera de las modalidades exige el *animus rem sibi habendi* y el propósito personal de enriquecimiento. Pues bien, en el art. 295 del CP, las conductas descritas reflejan actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales pero que no implican apropiación, es decir, ejecutados sin incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que, tanto si se ejecutan en beneficio propio como si se hacen a favor de un tercero, no son actos apropiativos sino actos de administración desleal y, por tanto, menos graves —de ahí la diferencia de pena— que los contemplados en el art. 252 del CP. Desde la perspectiva que ofrece el supuesto de hecho sometido a nuestra consideración, acaso resulte especialmente ilustrativo el criterio que sitúa la diferencia entre ambos preceptos desde la perspectiva de la estructura y del bien jurídico protegido. Así, mientras que en el art. 252 del CP, el acto dispositivo supone una actuación puramente fáctica, de hecho, que desborda los límites jurídicos del título posesorio que se concede, en el delito societario del art. 295 quien obliga a la sociedad o dispone de sus bienes, lo hace en el ejercicio de una verdadera facultad jurídica, una capacidad de decisión que le está jurídicamente reconocida. El desvalor de su conducta radica en que lo hace de forma abusiva, con abuso de las funciones propias del cargo. Su exceso funcional no es de naturaleza cuantitativa, por extralimitación, sino de orden teleológico, por desviación del objeto perseguido y del resultado provocado. El bien jurídico también sería distinto en ambos casos. Mientras que en la apropiación indebida

del art. 252 del CP, el bien protegido por la norma sería la propiedad, el patrimonio entendido en sentido estático, en la administración desleal del art. 295, más que la propiedad propiamente dicha, se estaría atacando el interés económico derivado de la explotación de los recursos de los que la sociedad es titular. Tendría, pues, una dimensión dinámica, orientada hacia el futuro, a la búsqueda de una ganancia comercial que quedaría absolutamente defraudada con el acto abusivo del administrador (462/2009, de 12 de mayo [LA LEY 104399/2009]).

Señala por su parte, 867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002], que adhiriéndose por su grafismo y expresividad a la metáfora de los círculos, estimamos que la figura geométrica más adecuada para representar las diferencias entre la administración desleal y la apropiación indebida, resultaría de tensar sus extremos y convertirlos en círculos tangentes. El administrador se sitúa en el punto de contacto o confluencia entre ambos círculos y desde esta posición puede desarrollar diversas y variadas conductas. En el caso de que proceda ajustándose a los parámetros y normas marcados por los usos y necesidades de la sociedad que administra, comportándose fiel y lealmente, su postura resulta, como es lógico, atípica. Tampoco nos encontraríamos ante ninguna figura delictiva en los casos en que el administrador realiza operaciones erróneas o de riesgo que entran dentro de las previsiones normales de desenvolvimiento del mundo mercantil. Si, por el contrario, el administrador no sólo incumple los deberes de fidelidad, sino que actúa, prevaliéndose de las funciones propias de su cargo, con las miras puestas en obtener un beneficio propio o procurárselo a un tercero, el comportamiento tiene los perfiles netos de una administración desleal. Este beneficio propio o de tercero, del que habla el art. 295 CP, no supone ingresar en el patrimonio propio bienes pertenecientes a la sociedad, bastando simplemente con procurarse alguna utilidad o ventaja derivada de su comportamiento desleal. Esta conducta puede venir determinada por el hecho de que terceros o normalmente competidores le proporcionen dinero o cualquier otro tipo de utilidad por faltar a los deberes propios de su cargo. En este caso nos encontraríamos ante una especie de cohecho, pero cometido por particulares. La utilidad o ventaja puede tener cualquier otra forma o revestir diferentes modalidades, como puede ser el proporcionarle una colocación o empleo sustancialmente retribuido en otras empresas o actividades que directa o indirectamente hayan resultado beneficiadas. También se puede hablar de beneficio propio cuando se busca una posición más ventajosa dentro del entramado societario que se administra, pero insistimos, sin que se produzca apropiación del patrimonio social, incluso pudiera comprenderse dentro de ese concepto de beneficio que configura la administración desleal los usos temporales ilícitos de bienes, posteriormente restituidos y que por tanto, aun proporcionando beneficios, no constituyen una definitiva apropiación indebida. El elemento objetivo de tipo contempla la realización material de estas conductas de administración desleal a través de la disposición fraudulenta de bienes o contrayendo obligaciones con cargo a la sociedad que originan un perjuicio económicamente evaluable a los socios depositantes (aunque el término que el legislador ha empleado es el de depositarios), cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren. El legislador en lugar de fijar la multa en relación con el perjuicio económico causado, toma en consideración el beneficio obtenido estableciendo una multa de tanto al triple de dicha suma. Ello pone de relieve que el elemento esencial del tipo que es el beneficio, no consiste en el apoderamiento de la totalidad o parte del patrimonio de la sociedad administrada. Por último, cuando el administrador, prevaliéndose como es lógico de su cargo y de su posición en la entidad societaria, realiza actos materiales encaminados a la adjudicación, en beneficio y lucro propio, de bienes pertenecientes a la sociedad, nos encontramos con un típico delito de apropiación indebida absolutamente diferenciado de la administración desleal. A estos efectos, resulta indiferente que la apropiación recaiga sobre bie-

nes muebles o valores o sobre dinero. Es por tanto más grave la conducta del administrador que se apropia de los bienes administrados, que la del que los administra deslealmente y causa así un perjuicio económico a la sociedad. En la apropiación indebida se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, mientras que en la administración desleal se reprueba una conducta societaria que rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que unen a los administradores con la sociedad. La apropiación indebida y la administración desleal reúnen, como único factor común, la condición de que el sujeto activo es el administrador de un patrimonio que en el caso de la administración desleal tiene que ser necesariamente de carácter social, es decir, pertenecer a una sociedad constituida o en formación. El reproche penal que se realiza a los autores de un delito de administración desleal radica esencialmente en el abuso de las funciones de su cargo, actuando con deslealtad, es decir, siendo infiel a las obligaciones que como administrador de hecho o de derecho le exigen, por un lado, con carácter genérico, el art. 719 CC y por otro, y con carácter específico, el art. 127 del Texto Refundido de la LSA y otros preceptos análogos, que imponen un deber de diligencia y lealtad. Se trata de un delito que se consume por la realización de las actividades desleales y la consiguiente originación del perjuicio económicamente evaluado (867/2002, de 29 de julio [LA LEY 6445/2002]).

Así, es posible hablar de un delito societario de administración desleal propio o puro, desligado del anterior y plenamente diferenciable del mismo, pues mientras que en el art. 252 se tutela el patrimonio de las personas físicas o jurídicas frente a maniobras de apropiación o distracción en beneficio propio, en el 295 se reprueba la conducta societaria de quien rompe los vínculos de fidelidad y lealtad que le unen con la sociedad, en su condición de socio o administrador; de ahí que el tipo no conlleva necesariamente el *animus rem sibi habendi*, sino que sólo precisa el dolo genérico que equivale al conocimiento y consentimiento del perjuicio que se ocasiona al principal, y que hemos expuesto en numerosas Sentencias (por todas, 867/2002, Caso Banesto, y 71/2004, Caso Wardbase-Torras) que el delito del art. 295 CP tipifica la gestión desleal que comete el administrador, de hecho o de derecho, o el socio de cualquier sociedad, constituida o en formación, cuando perjudica patrimonialmente a su principal distraendo el dinero o bienes de la sociedad cuya disposición tiene a su alcance, no siendo necesario que se pruebe que dichos efectos han quedado incorporados a su particular patrimonio, bastando la simple desaparición de bienes, sin que se acredite adónde se han dirigido, esto es la despatrimonialización de la sociedad, que existió un perjuicio para el patrimonio social como consecuencia de la gestión de la mercantil con infracción, consciente y consentida, de los deberes de fidelidad inherentes a la función administradora desempeñada por el sujeto activo. Por ello, doctrina autorizada entiende que la única forma clara de diferenciar ambos tipos delictivos radica en el apoderamiento. Si éste existe, hay una apropiación indebida; en caso contrario, administración desleal, o si se quiere llamarlo así, fraudulenta (625/2009, de 17 de junio [LA LEY 112714/2009], 374/2008, de 24 de junio [LA LEY 86400/2008], 121/2008, de 26 de febrero [LA LEY 20910/2008], 754/2007, de 2 de octubre [LA LEY 154074/2007]).

Otras cuestiones

El art. 295 CP señala que los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentaparticipes o titulares de los bienes, valores o capital

que administren, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, o multa del tanto al triple del beneficio obtenido. Pues bien, tal tipificación, tiene su correlativo en la legislación argentina, cuando el art. 173.7 CP prevé como caso especial de defraudación El que, por disposición de la Ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos (1465/2004, de 9 de diciembre [LA LEY 480/2005]).

Los daños morales, por su propia naturaleza, no son susceptibles de cuantificación con criterios objetivos aplicados en atención a la demostración o prueba de lesiones materiales, por lo que su traducción en una suma de dinero sólo puede ser objeto de control en el recurso de casación cuando resulta manifiestamente arbitraria y objetivamente desproporcionada (1366/2002, de 22 de julio [LA LEY 138245/2002]). En el caso, para establecer unos daños morales que precisen una indemnización que exceda de la que se vincula al perjuicio material sufrido, el Tribunal se basa en que el recurrente, primo de uno de los querellantes, conociendo su difícil situación en Venezuela, les ofreció participar en una sociedad para la explotación de tiendas «Todo a cien» a lo que él se venía dedicando, creando una nueva sociedad en la que ellos participarían aportando su patrimonio, lo que implicaba la venta de sus posesiones en Venezuela. En la fundamentación jurídica se añade que «no puede olvidarse que abandonaron su país y vinieron a España con su familia, invirtiendo el importe obtenido por la venta de sus bienes en la sociedad, con el consiguiente desarraigo viendo sus expectativas frustradas en gran medida por la gestión desleal violando los derechos» (debe querer decir deberes), «de fidelidad inherentes a su condición de administrador (...)» (565/2007, de 21 de junio [LA LEY 51987/2007]).

Artículo 296.

1. Los hechos descritos en el presente capítulo, sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 86.

El 296 introduce una condición objetiva de perseguibilidad para todos los delitos societarios, y que no obstante venir introducida en el vigente Código, desplegaría su eficacia, retroactivamente en el caso de que se estimase aplicable al anterior Código Penal, dada su naturaleza favorable para el condenado como preceptúa el art. 2.2.º del Código Penal.

Tal condición objetiva de perseguibilidad es la exigencia de previa denuncia de la persona agraviada o de su representante, o del Ministerio Fiscal en caso de minoría de edad o incapacidad. Tal requisito convierte en semipúblico la persecución de tales delitos, y viene a ser una consecuencia del

principio de mínima intervención del Derecho penal, que en los delitos societarios puede tener una especial incidencia en la medida que el ejercicio de acciones en vía civil, pudiera ser suficiente para conseguir la tutela de los derechos de los asociados, evitando criminalizaciones innecesarias.

En el caso de autos, no ha existido tal denuncia de las personas agraviadas, que no tienen que coincidir necesariamente con los perjudicados. Ciertamente que el párrafo segundo de dicho artículo exime de dicha presentación de denuncia cuando el delito «afecte a los intereses generales o a una pluralidad de algunos». En el presente caso no se está en ninguno de los supuestos exceptuados. No ha existido una afectación a intereses generales que deben tener un contenido económico, dada la naturaleza societaria del delito. No nos parece que la situación que atravesaba el Club Atlético de Madrid tuviera capacidad de afectar a los intereses generales del conjunto de relaciones que vertebran el mundo del fútbol profesional —ámbito que debe delimitar aquel concepto—, o al menos, nada se ha acreditado al respecto en autos. De igual modo tampoco se ha acreditado la afectación a una pluralidad de personas. Como consecuencia de todo lo razonado, procede rechazar el motivo por falta del requisito de perseguibilidad exigido en el art. 296 del Código Penal (620/2004, de 4 de junio [LA LEY 1754/2004]).

Si bien en los llamados delitos semipúblicos, como titular del bien jurídico protegido, es a la persona agraviada a quien compete, como inexcusable requisito de procedibilidad, formular la denuncia, como una verdadera *legitimatío al processum* que le legitima para la iniciación y sustanciación del procedimiento, a salvo las iniciativas que puede adoptar el Ministerio Fiscal, por atribución de su Estatuto (art. 3.7 L 30/1987) y del propio CP (art. 296.1 y 2), sin embargo, aunque la víctima tiene en sus manos que se inicie el proceso con la llave de su denuncia, no la tiene para cerrarlo, provocando su crisis anticipada, porque el perdón del ofendido, o su apartamiento del procedimiento, no extingue la acción penal (245/2007, de 16 de marzo [LA LEY 20333/2007]).

Artículo 297.

A los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado.

Se trata del elemento sustancial o presupuesto necesario para que pueda cometerse cualquier delito societario. Por mucho que el contenido formal de la escritura constitutiva de la Fundación o los poderes, que en su día se otorgaron al denunciante señor de M., parecieran apuntar a una actividad más amplia, la Fundación no se constituye ni su actividad jamás se desarrolló con vistas a proyectarse en el mercado (art. 297 CP), por lo que el calificativo de «permanente» del precepto mentado, referido a esa participación sería superfluo. Tampoco tal participación fue necesaria para el cumplimiento de los fines de la Fundación, como igualmente impone el art. 297, como requisito tipológico (1879/2001, de 18 de octubre [LA LEY 1248/2002]).

No puede entenderse que la actividad del Presidente de la Junta de Compensación, a que se refiere la querrela pueda incluirse dentro del ámbito del art. 297 CP, imprescindible para que puedan concurrir cualquiera de los tipos societarios, a que se refieren los artículos anteriormente mencionados (A AP La Rioja 186/2005, de 23 de septiembre [LA LEY 184421/2005]).

CAPÍTULO XIV

De la receptación y otras conductas afines**Artículo 298.**

1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

2. Esta pena se impondrá en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos. Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

3. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 301 y ss.

CPM: arts. 196 y 197.

Apartado 3 modificado por la LO 15/2003, que modifica la referencia a la duración de la pena de multa de seis a veinticuatro meses por «12 a 24 meses».

Bien jurídico

El desvalor fundamental de la receptación, como dice la jurisprudencia, no es solamente el lucro que el autor obtenga o piense obtener de las cosas o de los negocios realizados con los efectos sustraídos, sino también la lesión al patrimonio del titular de los bienes, mediante una acción que sirve para perpetuar los efectos del delito. Las prácticas receptadoras constituyen asimismo un factor criminógeno en cuanto que incentivan la comisión de hechos contra la propiedad en la confianza de que los bienes ilegítimamente obtenidos, cuando haya que transformarlos en dinero, pueden encontrar salida en personas que ocasional o habitualmente se dedican a la adquisición a bajo precio de los efectos procedentes de los delitos contra los bienes (ATS 1524/2000, de 7 de junio, 258/1996, de 25 marzo [LA LEY 3643/1996]; en este sentido, 139/2009, de 24 de febrero [LA LEY 3342/2009]).

Si la finalidad de tráfico ha dejado de ser la simple manifestación del modo en que el receptor buscaba el lucro, para pasar a agravar el tipo —quedando el tipo básico reducido a una acción agotada en ella misma—, no es por razones patrimoniales, ya presentes en el tipo básico, sino por razones socioeconómicas; esto es, por la incidencia que en el tráfico lícito de bienes representa la introducción de los que tienen un origen delictivo. En esta dimensión socioeconómica estriba el mayor desvalor de la acción, y por tanto el fundamento de la específica agravación, apreciable así siempre que tenga el sujeto intención de introducir los objetos receptados en el circuito económico general (1583/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 1263/1999]).

Art. 298.1 CP. Tipo básico

Elementos objetivos

Conducta típica

La receptación, en su vertiente objetiva, requiere para su apreciación la concurrencia de dos requisitos: 1.º) Ha de existir la comisión de un delito contra los bienes (en realidad contra el patrimonio o el orden socioeconómico, fórmula que ha mejorado técnicamente la expresión «contra los bienes» que empleaba el Código Penal derogado, 1483/2002, de 19 de septiembre [LA LEY 440/2003]). 2.º) Ha de concurrir una actuación de tercero de aprovechamiento para sí de los efectos del delito, lo que constituye el núcleo de esta infracción y determina el momento de la consumación (2053/2002, de 30 de noviembre [LA LEY 709/2003], 1345/2002, de 18 de julio [LA LEY 403/2003], 1801/2000, de 24 de abril [LA LEY 6994/2000], 9 de junio de 1993 [LA LEY 3728-5/1993], 57/2009, de 2 de febrero [LA LEY 3345/2009], 991/2007, de 16 de noviembre [LA LEY 193640/2007]), debiendo contrastarse a su vez a ausencia de participación en él del acusado, ni como autor ni como cómplice (2359/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 3098/2002], ATS, 26 de octubre de 2001, ATS 1542/2000, de 7 de junio, 1171/1998, de 14 de octubre [LA LEY 598/1999]).

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, se requiere la doble condición de tratarse de un hecho ilícito penal que lesione el patrimonio ajeno, sea público o privado, y que tal ilícito tenga, desde el punto de vista de la clasificación de las infracciones punibles, precisamente el rango de delito (1345/2002, de 18 de julio [LA LEY 403/2003], 726/2002, de 25 de abril [LA LEY 4862/2002], 819/1997, de 9 de junio [LA LEY 8200/1997]). Para afirmar que los objetos proceden de un delito se han de consignar los elementos definidores del mismo: cuantía o modo de apoderamiento (1345/2002, de 18 de julio [LA LEY 403/2003]). La condición de «delito» no puede apoyarse en la superación del valor límite entre la falta y el delito de hurto cuando el relato fáctico de una Sentencia no contenga referencia alguna al valor de las joyas, ni puede inferirse tal valor del gran número de joyas intervenidas, ya que no consta si fueron sustraídas en una o en varias acciones independientes, por uno o por distintos sujetos, lo que impide afirmar que hubiese alguna sustracción por valor superior al exigible en el delito de hurto (384/1999, de 15 de marzo [LA LEY 3809/1999]).

Por aprovechamiento, que constituye el contenido objetivo de la conducta típica, se entiende, como sostiene reiterada doctrina de la Sala Segunda, cualquier actividad o ventaja que el sujeto se proponga, sin que el provecho tenga que ser económico, pudiendo consistir en cualquier ventaja, satisfacción o placer que produzca la posesión, y que el autor haya tenido sobre los efectos del delito un poder de disposición real (2111/1992, de 9 de octubre [LA LEY 1961-5/1993]), no precisando de ningún propósito de transmisión o incorporación al tráfico general de bienes (ATS 10

de septiembre de 2001). En los términos de 340/2003, de 28 de marzo [LA LEY 60302/2003], se trata de un propósito de lucro, que tiene un aspecto tan lato que cualquier beneficio para el agente puede constituirlo. (N. A.: quizá sea ésta tan lata exigencia la que hace que este elemento típicamente subjetivo sea considerado como constitutivo del contenido objetivo, si bien otras Sentencias lo consideran un elemento subjetivo, 1037/2001, de 30 de mayo [LA LEY 6140/2001]).

Cuando el recurrente niega el aprovechamiento para sí y afirma que no ha habido prueba que así lo constatará y el Tribunal de instancia no le ha atribuido tal aprovechamiento sino la descrita labor de ayuda, la misma debe reputarse atípica con arreglo al texto aplicable a la época de los hechos, en cuanto a la imposibilidad de subsunción en su art. 546 bis.a) (77/2004, de 21 de enero [LA LEY 639/2004]).

En una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda, por todas, 64/2003, de 21 de enero [LA LEY 15596/2003], se ha declarado que «aun admitiendo que la recurrente fuera conocedora de las actividades del marido, si no colaboró con ellas o realizó cualquiera de los actos típicos que establece el art. 298, no puede ser objeto de condena, ya que a ésta no la afecta la obligación de denunciar al marido dada la relación parental o de convivencia que existe (art. 261 LECrim.). Por lo tanto, la mera convivencia no permite la subsunción siendo precisa una conducta causal a la realización del delito. Desde el plano de la causalidad, comprobamos que la conducta de ella en el hecho probado, es la de ejercer como titular de un arrendamiento de la pareja y, nos dice el hecho probado, disfrutar de los bienes. Esos actos aún suprimidos eventualmente (*conditio sine qua non*) no supondrían una alteración de la situación de los bienes. Por otra parte, el hecho de alquilar la vivienda es un acto equívoco, para la convivencia de la pareja y para el almacén de los efectos. El disfrute de los bienes no aparece concretado en el hecho como acto típico de recepción como podría ser la venta o cualquier acto que implique un aprovechamiento económicamente evaluable. Esa falta de concreción del acto de aprovechamiento típico de la recepción hace que el hecho probado no pueda ser subsumido en el tipo penal objeto de la condena (804/2007, de 10 de octubre [LA LEY 162007/2007]).

Elementos subjetivos

Dolo

Requiere la receptación para su apreciación de un tercer requisito de carácter subjetivo. En concreto, 3.º) ha de darse un elemento básico de carácter normativo y cognoscitivo, consistente en el conocimiento (*dolo*) por el sujeto activo de la comisión antecedente de tal delito contra los bienes (este elemento ha sido configurado unas veces como un elemento subjetivo del injusto y otras, como elemento cognoscitivo normativo o estado anímico de certeza —1174/1995, de 20 de noviembre [LA LEY 239/1996]—), conocimiento que no exige una noticia exacta, cabal y completa del mismo (no exige saber la naturaleza, requisitos o demás matizaciones concernientes al previo delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico —2359/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 3098/2002]— ni ha de comprender necesariamente los pormenores de la infracción —447/1999, de 15 de marzo—, ni el *nomen iuris* que se le atribuye —1128/2001, de 8 de junio [LA LEY 6478/2001], 57/2009, de 2 de febrero [LA LEY 3345/2009]—), sino un estado de certeza que significa un saber por encima de la simple sospecha o conjetura (2053/2002, de 30 de noviembre [LA LEY 709/2003], 1915/2001, de 24 de octubre [LA LEY 190080/2001], 8/2000, de 21 de enero [LA LEY 3677/2000], 1801/2000, de 24 de abril [LA LEY 6994/2000], 1581/1997, de 12 de diciembre [LA LEY 400/1998], 9 de junio de 1993 [LA LEY 3728-5/1993], 448/2009,

de 29 de abril [LA LEY 67205/2009], 139/2009, de 24 de febrero [LA LEY 3342/2009], 57/2009, de 2 de febrero [LA LEY 3345/2009], 991/2007, de 16 de noviembre [LA LEY 193640/2007]), sin que ese conocimiento se pueda reemplazar por la mera sospecha (30 de marzo de 1990 [LA LEY 1773-2/1990]). El conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico que exige el art. 298 del Código Penal, no se encuentra en los hechos probados, ni puede inducirse mediante inferencia, por lo que debe ser rechazado (324/2009, de 27 de marzo [LA LEY 34615/2009]).

Dicho conocimiento habrá de ser inferido como hecho psicológico o interno, al faltar prueba directa en la mayoría de los casos, de datos externos y objetivos acreditados (2053/2002, de 30 de noviembre [LA LEY 709/2003]), con los que pueda establecerse un nexo causal y lógico, bastando de ordinario para entender cumplido dicho requisito con que el Tribunal de instancia emplee expresiones tales como «a sabiendas o con conocimiento de su origen ilícito» (1345/2002, de 18 de julio [LA LEY 403/2003]), o «percatado de la ilegítima procedencia de lo adquirido», consideraciones que pueden ser combatidas en la corrección de su mental operación por la vía casacional del *error iuris* del número 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1174/1995, de 20 de noviembre [LA LEY 239/1996]). La impugnación de la inferencia puede hacerse a través de la invocación de la presunción de inocencia, pues se trata de un hecho aunque sea de carácter subjetivo, o bien a través de la infracción de Ley del art. 849.1.º de la LECrim. En cualquiera de los dos casos, la impugnación impone la verificación de la racionalidad del proceso valorativo del Tribunal de instancia, en atención a las exigencias establecidas jurisprudencialmente (37/2004, de 19 de enero [LA LEY 11999/2004]).

Son indicios de dicho conocimiento la irregularidad de las circunstancias de la compra o modo de adquisición —Sentencias de 11 abril 1991 [LA LEY 2095-JF/0000], 27 enero 1992 [LA LEY 2375-JF/0000] y 20 febrero 1992 [LA LEY 1468/1992], 448/2009, de 29 de abril [LA LEY 67205/2009]—, la mediación de un precio vil o ínfimo, desproporcionado con el valor real de los objetos adquiridos —Sentencias, por otras, de 16 diciembre 1980 [LA LEY 5881-NS/0000], 16 diciembre 1986, 3 julio 1987 [LA LEY 157-2/1987] y 28 septiembre 1987 [LA LEY 9652-R/1987], 19 julio 1988 [LA LEY 321-2/1988], 7 noviembre 1989 [LA LEY 1396-JF/0000], 19 diciembre 1990, 11 abril 1991 [LA LEY 2095-JF/0000] y 5 septiembre 1991 [LA LEY 121/1992], 20 febrero 1992 [LA LEY 1468/1992] y 9 octubre 1992 [LA LEY 1961-5/1993] y 1726/1993, de 9 julio [LA LEY 4052-5/1993], 448/2009, de 29 de abril [LA LEY 67205/2009]—, la clandestinidad de la adquisición —Sentencia de 9 octubre 1992 [LA LEY 1961-5/1993], 448/2009, de 29 de abril [LA LEY 67205/2009]—, la inverosimilitud de las explicaciones aportadas para justificar la tenencia de los bienes sustraídos (explicaciones inaceptables o futilidad de las alegaciones de descargo —Sentencias de 5 septiembre 1991 [LA LEY 121/1992], 17 octubre 1992 [LA LEY 2021-5/1993] y 1003/1993, de 29 de abril [LA LEY 3405-5/1993], 448/2009, de 29 de abril [LA LEY 67205/2009]— o la personalidad del adquirente acusado y de los vendedores o transmisores de los bienes —Sentencias de 9 octubre 1992 [LA LEY 1961-5/1993] y 1726/1993, de 9 julio [LA LEY 4052-5/1993], 448/2009, de 29 de abril [LA LEY 67205/2009]— (no adquirirse en un comerciante legalmente establecido, ATS 10 de septiembre de 2001, o no poder identificar al vendedor, 151/2005, de 7 de febrero [LA LEY 2003424/2005], 2359/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 3098/2002], 1138/2000, de 28 de junio [LA LEY 9486/2000], 237/2000, de 17 de abril [LA LEY 8131/2000], 8/2000, de 21 de enero [LA LEY 3677/2000]), teniendo tales ejemplos mero sentido indicativo y no suponiendo un *numerus clausus* o reglas cerradas, sino que deben

extraerse de las respectivas circunstancias del caso (1174/1995, de 20 de noviembre [LA LEY 239/1996]).

Una constante doctrina de la Sala Segunda, representada entre muchas por las SS de 22 de octubre de 1985 [LA LEY 10431-JF/0000], 23 de diciembre de 1986 [LA LEY 11737-JF/0000] y 6 de noviembre de 1989 [LA LEY 12503-R/1990], viene declarando que la diferencia entre el encubrimiento y la receptación se halla en que en el supuesto del encubrimiento se está en presencia de un *animus adiuuandi*, en tanto que la receptación exige la presencia de un aprovechamiento propio o *animus lucrando* (28 de junio de 1991 [LA LEY 10793/1991]).

Dolo eventual

Es posible igualmente la comisión con dolo eventual (139/2009, de 24 de febrero [LA LEY 3342/2009]), en aquellos casos en que el origen ilícito de los bienes receptados aparezca con alto grado de probabilidad, dadas las circunstancias concurrentes (1138/2000, de 28 de junio de 2000 [LA LEY 9486/2000], 2359/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 3098/2002], 42/1997, de 21 de enero, 56/2006, de 25 de enero [LA LEY 2188170/2006]), de tal forma que es suficiente para la realización de su tipo subjetivo que el autor haya tenido que representarse el peligro de que con su acción se realice el tipo objetivo, es decir, la adquisición de un efecto procedente de un delito contra el patrimonio (1228/2002, de 2 de julio [LA LEY 125215/2002]). Ese peligro sobre la procedencia es razonable que existiera a partir de la dedicación profesional del recurrente a la compraventa y al desguace de vehículos y a partir de la entrega de vehículos a quien se dedica a la mecánica y los devuelve con el chasis cambiado y con el número de bastidor alterado, o no correspondiente al vehículo que se recibía, con intervención de trozos de matrículas y documentaciones correspondientes a vehículos anteriores a la manipulación (641/2004, de 19 de mayo [LA LEY 11488/2005]).

Es de señalar que es suficiente con el dolo eventual, lo que se deduce del mismo art. 301.3 CP que incrimina la comisión imprudente del hecho punible. Si es punible la realización imprudente del tipo, no cabe excluir de las acciones típicas punibles las realizadas con dolo eventual (668/2005, de 27 de mayo).

Es cierto que la jurisprudencia de la Sala Segunda, desde 1637/1999, de 10 de enero [LA LEY 5106/2000], ha venido sosteniendo que quien se pone en situación de ignorancia deliberada, es decir no querer saber aquello que puede y debe conocerse, y sin embargo se beneficia de esta situación, está asumiendo y aceptando todas las posibilidades del origen del negocio en el que participa, y por tanto debe responder de sus consecuencias. Esta idea ha venido reiterándose en otros muchos pronunciamientos: 446/2008, de 9 de julio [LA LEY 96516/2008], 464/2008, de 2 de julio [LA LEY 96502/2008], 359/2008, de 19 de junio [LA LEY 74072/2008] y 1583/2000, de 16 de octubre [LA LEY 248/2001], no son sino elocuentes ejemplos. Tampoco falta algún pronunciamiento que reacciona frente a lo que considera una *contradictio in terminis*, pues tales expresiones —ignorancia deliberada o de ignorancia intencional— no resultan ni idiomática ni conceptualmente adecuadas, dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora. Nadie puede tener intención de lo que no sabe (797/2006, 20 de julio [LA LEY 138589/2006]). Acaso convenga, sin embargo, no llevar esa idea más allá de lo que autoriza su propio significado. De lo contrario, corremos el riesgo de avalar un entendimiento de aquella doctrina que, por la vía práctica, ofrezca a los Tribunales de instancia un instrumento más que útil para eludir el deber de motivación respecto del tipo subjetivo y, sobre todo, obviar la prueba

del conocimiento sobre el que se construye el dolo eventual. Y es que hoy nadie cuestiona, tanto desde las teorías cognitivas como volitivas del dolo, que sólo aquel que ejecuta la acción típica con alguna forma de conocimiento de los elementos del tipo objetivo, puede hacerse merecedor de pena. Sustituir el conocimiento o la representación de los elementos del delito por la prueba de que el sujeto activo ha evitado deliberadamente abarcar esos elementos, puede implicar nuestro apoyo a una verdadera desnaturalización del desafío probatorio que incumbe a las acusaciones. En supuestos como el que nos ocupa, la condena del acusado sólo puede basarse en lo que éste sabía, no en lo que debió conocer. El reproche penal por lo que se debió conocer y, sin embargo, no se conoce, no puede servir, sin más, de fundamento para la afirmación del dolo. Dicho esto, la experiencia ofrece numerosos ejemplos en los que se producen verdaderas situaciones de ignorancia deliberada. Son casos en los que el autor, pese a colmar todas las exigencias del tipo objetivo, ha incorporado a su estrategia criminal, de una u otra forma, rehuir aquellos conocimientos mínimos indispensables para apreciar, fuera de toda duda, una actuación dolosa, si quiera por la vía del dolo eventual. De esa manera, se logra evitar el tratamiento punitivo que el CP reserva a los delincuentes dolosos, para beneficiarse de una pena inferior —prevista para las infracciones imprudentes— o de la propia impunidad, si no existiera, como sucede en no pocos casos, una modalidad culposa expresamente tipificada. De lo que se trata, en fin, es de fijar los presupuestos que permitan la punición de aquellos casos de ignorancia deliberada en los que se constate la existencia de un acto de indiferencia hacia el bien jurídico que sugiera la misma necesidad de pena que los casos de dolo eventual en su sentido más estricto. Para ello sería necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: 1.º) Una falta de representación suficiente de todos los elementos que definen el tipo delictivo de que se trate. Esa falta de representación, si es absoluta, nunca podrá fundamentar la imputación subjetiva a título de dolo. Los supuestos abarcados estarán relacionados, de ordinario, con la conciencia de que se va a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. La sospecha puede incluso no llegar a perfilar la representación de todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo, al menos, con la nitidez exigida de ordinario para afirmar la concurrencia del elemento intelectual del dolo. Sin embargo, sí ha de ser reveladora de una grave indiferencia del autor hacia los bienes jurídicos penalmente protegidos, pues, pese a representarse el riesgo que su conducta puede aparejar, no desiste del plan concebido. 2.º) Una decisión del sujeto de permanecer en la ignorancia, aun hallándose en condiciones de disponer, de forma directa o indirecta, de la información que se pretende evitar. Además, esa determinación de desconocer aquello que puede ser conocido, ha de prolongarse en el tiempo, reforzando así la conclusión acerca de la indiferencia del autor acerca de los bienes jurídicos objeto de tutela penal. 3.º) Un componente motivacional, inspirado en el propósito de beneficiarse del estado de ignorancia alentado por el propio interesado, eludiendo así la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal (57/2009, de 2 de febrero [LA LEY 3345/2009]).

Consumación y tentativa

Consumación

La actuación de tercero de aprovechamiento para sí de los efectos del delito, que constituye el núcleo de esta infracción, determina el momento de la consumación (2053/2002, de 30 de noviembre [LA LEY 709/2003], 1345/2002, de 18 de julio [LA LEY 403/2003], 859/2001, de 14 de mayo [LA LEY 6133/2001], 1801/2000, de 24 de abril [LA LEY 6994/2000]). Así, la consumación se propicia desde el instante en que los efectos quedan a la disposición o bajo la disponibilidad del adquirente (242/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], 30 de mayo de

1987 [LA LEY 125215/2002]), lo que equivale al aprovechamiento potencial, identificado por esa disponibilidad, en expresión de la Sentencia de 26 de junio de 1989 [LA LEY 12204-R/1989], de tal forma que la jurisprudencia de la Sala Segunda exige que exista, al menos, un poder de hecho sobre la cosa (21 de diciembre de 1989 [LA LEY 116141-JF/0000]).

Tentativa

La tentativa aparece difícilmente representable, siendo contados los casos en los que los Tribunales tienen ocasión de pronunciarse sobre este grado de ejecución, menos aún si de tentativa imposible se trata. El problema de la tentativa —Sentencia de 26 de julio de 1989— divide a la doctrina científica. Para un sector la tentativa se produce incluso en los denominados tratos preliminares en los que el presunto receptor todavía «no se ha hecho» con los objetos provenientes del ya perpetrado delito contra la propiedad —en ese sentido, una única Sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 1985 [LA LEY 64726-NS/0000]—. Para la mayoría, sin embargo, esos actos preparatorios podrían dar lugar, en todo caso, a supuestos concretos de conspiración o proposición, o más bien a actos preparatorios impunes, sin trascendencia en la esfera penal. La Sentencia de 27 de septiembre de 1985 [LA LEY 64726-NS/0000], estimó el grado de tentativa cuando el receptor acudió con su furgoneta a un lugar en que precisamente había sido citado para examinar las joyas sustraídas, momento en el que fueron sorprendidos por la Policía. La duda estriba en determinar la naturaleza de los actos inmediatos a la detención por las fuerzas del orden en el sentido de si eran simplemente preparatorios porque el presunto sujeto activo de la también presunta receptación todavía no había decidido en su fuero interno la adquisición o tenencia para el aprovechamiento de los efectos, o si por el contrario ya se habían iniciado los actos integrantes del tipo penal que no se consumó por causa ajena a la voluntad del sujeto (28 de noviembre de 1990 [LA LEY 2130-JF/0000]).

El menor sustractor de las ruedas de automóvil y que deseaba venderlas las mostró al recurrente, al cual le parecieron bien y las cargó en el maletero de su coche pero regresando al bar del que habían partido, «para ponerse de acuerdo en el precio», con lo que, de este modo, aunque hubo tradición, no llegó a precederla, ni a subseguirla, el acuerdo sobre el precio que exige inexcusablemente el art. 1450 del Código Civil, pues el automóvil del acusado fue interceptado por un vehículo policial. Así pues, como el recurrente no llegó siquiera a adquirir mediante compraventa, las citadas ruedas, cuyo precio, ni había convenido, ni entregado, estaba todavía muy lejos de tener la disponibilidad de las mismas, no perfeccionándose o consumándose la infracción estudiada, la cual quedó imperfecta y en grado de tentativa (15 de junio de 1990 [LA LEY 1222-JF/0000]).

Autoría y participación

Autoría

Queda perfectamente probada del hallazgo en poder de los encausados de un gran número de los objetos sustraídos y procedentes del robo, la falta de explicación lógica por parte de los agentes de su posesión, y el necesario conocimiento de éstos de su procedencia ilícita (429/1992, de 29 de febrero [LA LEY 1549/1992]).

Cooperación necesaria

Resulta palmariamente desacertada la pretensión de atribuir el título de encubridor del art. 17.1.º del Código respecto de la receptación, a quien participó en ella con una conducta anterior

y simultánea, y por ello el único tema susceptible sería el de si la intervención fue simplemente «eficaz» —complicidad— o «necesaria» —autoría— (26 de mayo de 1986).

Configurada la cooperación necesaria en la ejecución de un delito por el ejercicio de una actividad necesaria y trascendente que se realiza en favor del ejecutor material para la mejor consecución del resultado apetecido, obvio resulta, en este supuesto, que tal concepto de participación ha de atribuirse a Julio H. en los hechos de autos, por cuanto colaboró de forma indispensable con P. hijo para que éste se hiciese con los bienes procedentes de la quiebra de la empresa de P. padre prestándole inestimables apoyos, como poner a su disposición sus dependencias para almacenar los bienes receptados, buscar persona de confianza para trasladarlos después a la fábrica de la que aquél era uno de los socios y urdir, mediante la expedición de factura y notas de entrega, la documentación necesaria para dar visos de legitimidad a una operación de venta totalmente ficticia (2558/1993, de 15 de noviembre [LA LEY 2000/1994]).

Complicidad

Resulta en cierto modo extraño, en delitos de esta naturaleza, apreciar conductas de colaboración que no entrañen una cooperación necesaria, pero sin descartar esta posibilidad no cabe duda de que la intervención que se realiza con actos simultáneos a la recepción de la mercancía ilícita y percibiéndose una retribución por ello, no presenta dificultades insalvables para integrar su conducta en una colaboración activa (20 de febrero de 1991 [LA LEY 1684/1991]).

Cabe la estimación de la complicidad de la procesada porque: A) Sabe que su compañero se dedica a la adquisición de efectos de procedencia ilícita. B) Se presta a una colaboración consistente en ir guardándolos en su peluquería hasta que aquél pueda venderlos, colaboración que al no conceptuarla imprescindible la Sala de instancia es calificada de complicidad y no de cooperación necesaria. C) La conciencia de ilicitud y la voluntad de cooperación vienen por supuesto referidas al delito de receptación cuya existencia conoce, con el cual actúa de forma simultánea y de forma continuada teniendo en cuenta la pluralidad de actos de la misma significación delictiva realizados por el procesado (20 de octubre de 1987 [LA LEY 523-2/1987]).

Concursos

A) Concurso de normas con encubrimiento (art. 451)

Una constante doctrina de la Sala Segunda, representada entre muchas por las SS de 22 de octubre de 1985 [LA LEY 10431-JF/0000], 23 de diciembre de 1986 [LA LEY 11737-JF/0000] y 6 de noviembre de 1989 [LA LEY 12503-R/1990], viene declarando que la diferencia entre el encubrimiento y la receptación se halla en que en el supuesto del encubrimiento se está en presencia de un *animus adiuuandi*, en tanto que la receptación exige la presencia de un aprovechamiento propio o *animus lucrandi* (28 de junio de 1991 [LA LEY 10793/1991]). En este sentido, 67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006], señala que como expone la doctrina científica el encubrimiento es sin duda una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva. Pero en modo alguno el encubrimiento contribuye al injusto anteriormente realizado por los partícipes, transcrita por 139/2009, de 24 de febrero [LA LEY 3342/2009].

La Sala Segunda ha admitido, a efectos del principio acusatorio que preside el proceso penal, la homogeneidad entre el encubrimiento respecto de un delito contra la propiedad y el delito de receptación cuando sea de aplicación el Código Penal de 1973 (77/2004, de 21 de enero [LA LEY 639/2004], 1678/1993, de 5 de julio).

B) *Concurso de delitos*

a) Concurso real

En el supuesto contemplado la receptación y la modificación de matrícula de automóvil son dos hechos distintos, autónomos y perfectamente diferenciados, sin que además ninguno de ellos sea medio necesario para la consumación del otro, perfeccionándose con plena y típica sustantividad en su calificación y sancionamiento (30 de marzo de 1984 [LA LEY 8727-JF/0000]).

b) Concurso ideal y medial

La adquisición de joyas sustraídas permutándolas por determinada cantidad de piedras de hachís, genera un concurso ideal, entre el delito de tráfico de estupefacientes y la receptación (24 de octubre de 1987 [LA LEY 4238/1987]).

Puede hablarse de concurso ideal entre la receptación y la tenencia ilícita de armas en el caso de que el único acto realizado por el acusado de receptación fuese la adquisición de un arma de fuego conociendo su ilícita procedencia (25 de junio de 1993 [LA LEY 3914-5/1993]).

C) *Delito continuado*

Para que exista delito continuado, es menester que el sujeto activo del delito haya realizado «una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza» (art. 74.1 CP), y que ello sea reflejado adecuadamente en el correspondiente relato fáctico de la Sentencia (459/1999, de 22 de marzo [LA LEY 5587/1999], 581/1999, de 21 de abril [LA LEY 5638/1999], 105/1996, de 9 de febrero [LA LEY 3554/1996]), de tal forma que si no cabe negar la posibilidad de que la adquisición de todos ellos pudiera haberse hecho en una sola operación, tal circunstancia implica una duda que ha de resolverse lógicamente en favor del acusado, conforme al principio *in dubio pro reo*, inaplicándose la continuidad delictiva (459/1999, de 22 de marzo [LA LEY 5587/1999], 105/1996, de 9 de febrero [LA LEY 3554/1996]).

Habiéndose planteado la Sala Segunda la aplicación al delito de receptación de la continuidad delictiva, ha manifestado la S 28 de mayo de 1984 [LA LEY 48865-NS/0000] que pese a la pretensión legislativa de configurar la receptación como infracción autónoma, tiene la naturaleza propia de un hecho punible consecuencia o satélite respecto a otro delito base, antecedente o principal, será difícilmente concebible la continuación delictiva de dicha receptación si no es como un eco o emanación de infracciones contra los bienes, refundidas o englobadas en un solo *concursum continuatum*, esto es, y dicho de otro modo, que dos o más receptaciones no habituales no podrán integrar una hipótesis de delito continuado, a menos que también se les atribuya dicha condición a las infracciones base contra los bienes cuyos efectos ha aprovechado, para sí, un mismo receptor (1578/1993, de 22 de junio [LA LEY 3757-5/1993]).

Con respecto a la antigua tipificación de la receptación, se ha de entender por habitualidad en el contexto del párrafo 3.º del art. 546 bis.a) del Código Penal, la realización reiterada y per-

sistente de actos de receptación de efectos procedentes de delitos contra los bienes, teniendo en cuenta que no se trata de un concepto jurídicamente definido, sino de una cuestión de hecho (Sentencias de 12 septiembre 1991 [LA LEY 1051-JF/0000] y 16 octubre 1991 [LA LEY 974/1992]). A este respecto, la Sala Segunda viene exigiendo para apreciar la habitualidad de la receptación que la pluralidad de esos actos sea al menos de tres (Sentencias de 3 diciembre 1992 [LA LEY 2402-5/1993], 16 junio 1993 [LA LEY 32250-JF/0000] y 25 abril 1994 [LA LEY 3147/1994]) y la especialidad del precepto recogido en el tercer párrafo del apartado a) del art. 546 bis del Código Penal determina, de acuerdo también con reiterada jurisprudencia la procedencia de su aplicación antes que el del más general del delito continuado (Sentencias de 22 abril 1993 [LA LEY 13116/1993]) y 14 octubre 1994 [LA LEY 14100/1994]), siendo también éste el criterio que se habrá de aplicar en primer lugar según paladinamente establece también el reciente Código Penal de 1995 en el número 1.º del art. 8 para resolver el conflicto de leyes. Pero la habitualidad no siempre existe aun cuando hayan podido realizarse tres casos de receptación, aun cuando se repitieran tres veces las actividades de adquisición con propósito lucrativo de efectos procedentes del autor de delito contra la propiedad, conociendo los que adquirirían la comisión de esos delitos, no se produjo en todo caso de comisión de delito contra el patrimonio la adquisición posterior por los acusados de receptación de los objetos ilícitamente adquiridos por el autor de los delitos de robo que han sido apreciados cometidos por un coimputado, sino que éste en otras tres ocasiones, una de ellas casi temporalmente simultáneamente a otra de las tres en que los acusados Miguel y Magdalena adquirieron efectos procedentes de delito, no los entregó a los dos acusados de receptación, rompiendo así la condición de costumbre reiterada y persistente precisa para apreciar habitualidad en la receptación, dándose sin embargo todos los requisitos para la aplicación de continuidad delictiva que se expresan en el art. 69 bis del Código Penal: aprovechamiento de identidad de ocasiones, realización de pluralidad de acciones, ofensa a varios sujetos pasivos e infracción del mismo precepto penal (990/1992, de 22 de diciembre de 1995 [LA LEY 1991/1996]).

Art. 298.2 CP. Primer inciso: Esta pena se impondrá en su mitad superior a quien reciba, adquiera u oculte los efectos del delito para traficar con ellos.

Bien jurídico

Si la finalidad de tráfico ha dejado de ser la simple manifestación del modo en que el receptor buscaba el lucro, para pasar a agravar el tipo —quedando el tipo básico reducido a una acción agotada en ella misma—, no es por razones patrimoniales, ya presentes en el tipo básico, sino por razones socioeconómicas: esto es, por la incidencia que en el tráfico lícito de bienes representa la introducción de los que tienen un origen delictivo. En esta dimensión socioeconómica estriba el mayor desvalor de la acción, y por tanto el fundamento de la específica agravación, apreciable así siempre que tenga el sujeto intención de introducir los objetos receptados en el circuito económico general (1583/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 1263/1999]).

Elementos objetivos

Conducta típica

Basta para su apreciación la venta, aun puntual, de los bienes receptados (160/2001, de 9 de febrero [LA LEY 33917/2001], 581/1999, de 21 de abril [LA LEY 5638/1999]), si bien no se precisa su efectiva realización sino el propósito de hacerlo (1583/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 1263/1999]).

Elementos subjetivos

En el Código Penal de 1995 la habitualidad subsiste como elemento del tipo en la modalidad receptora de efectos procedentes de faltas contra la propiedad (art. 299), pero desaparece como subtipo agravado en las receptaciones de efectos procedentes de delito, sustituyéndose por el ánimo de «traficar» con ellos (art. 298). Así, el fin de tráfico no es elemento del tipo básico, sino del subtipo agravado, siendo por ello precisa su exacta delimitación frente al ánimo de lucro, como elemento del tipo básico de receptación.

El propósito de traficar con los efectos receptados equivale en su gramatical sentido a la intención de comerciar o negociar con ellos, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil. No se precisa su efectiva realización sino el propósito de hacerlo. Ahora bien: aun dentro del puro ámbito del ánimo tendencial, un primer sector doctrinal lo refiere a un importante volumen de negocio con repercusión social; en tanto que otro sector doctrinal exige que sea un ánimo de comerciar de modo seudoprofesional, con los bienes receptados, porque de lo contrario carecería de sentido la agravación al exigirse ya en el tipo básico el ánimo de lucro. En ambos casos, el acto ocasional o aislado de tráfico, es decir, el ánimo de realizar una venta no constituiría indicio de la intención de traficar para infringir el subtipo sino del ánimo de lucro propio del tipo básico. Frente a esta tesis debe sin embargo entenderse, en consonancia con una segunda orientación de la doctrina científica, que si la finalidad de tráfico ha dejado de ser la simple manifestación del modo en que el receptor buscaba el lucro, para pasar a agravar el tipo —quedando el tipo básico reducido a una acción agotada en ella misma—, no es por razones patrimoniales, ya presentes en el tipo básico, sino por razones socioeconómicas; esto es, por la incidencia que en el tráfico lícito de bienes representa la introducción de los que tienen un origen delictivo. En esta dimensión socioeconómica estriba el mayor desvalor de la acción, y por tanto el fundamento de la específica agravación, apreciable así siempre que tenga el sujeto intención de introducir los objetos receptados en el circuito económico general. Fuera de este supuesto es aplicable el tipo básico donde el ánimo de lucro, referido a cualquier ventaja, beneficio o utilidad, incluido el aprovechamiento mismo del objeto, no precisa de ningún propósito de transmisión o incorporación del efecto al tráfico general de bienes, que es como queda dicho lo propio, dentro de lo tendencial, del subtipo agravado previsto en el art. 298 del Código Penal.

Interpretación ésta que además avala el que en el tipo del art. 299, relativo a la receptación de efectos procedentes de faltas contra la propiedad, la habitualidad del aprovechamiento sea elemento del tipo básico, sancionado en su apartado primero, en tanto que en su párrafo segundo el propósito de traficar con los efectos origina un subtipo agravado, con aumento de la penalidad de multa prevista en aquél. Esto evidencia que la habitualidad por una parte y propósito de traficar por otra son exigencias típicas no identificables.

En definitiva: el aprovechamiento como acción nuclear del tipo de receptación exige en todo caso un ánimo de lucro, que a su vez no se identifica con el propósito de traficar. Propósito éste que se corresponde con el de introducir los objetos receptados en el circuito económico general, incluso mediante un acto único, por cuanto es independiente de la habitualidad que está referida a la reiteración en aprovechamiento lucrativo y no al modo de tráfico en que ese aprovechamiento puede, pero no necesariamente, ser realizado (1583/1998, de 16 de diciembre [LA LEY 1263/1999]).

Art. 298.2 CP. Segundo inciso: Si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial, se impondrá, además, la pena de multa de doce a veinticuatro meses. En estos casos, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria, por tiempo de dos a cinco años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

El art. 298.2 contempla un segundo escalón agravatorio, si el tráfico se realizase utilizando un establecimiento o local comercial o industrial.

Pues bien, para aplicar esta segunda agravación es necesario que el local comercial o industrial esté destinado a un género de comercio o industria semejante u homologable al de los objetos que son objeto del tráfico ilícito, ya que de esta manera el entramado negocial encubre y disimula la procedencia de los efectos y ofrece cobertura para dar a entender que se trata de una actividad legal dificultando su descubrimiento y aprovechándose de una apariencia de legalidad para blanquear los objetos sustraídos. Sólo de esta manera se puede entender esta segunda agravación, pues el supuesto inicial que permite una primera agravación por traficar con ellos, ya supone, en la inmensa mayoría de los casos, un soporte organizativo de tipo comercial (103/1998, de 3 de febrero [LA LEY 2245/1998]).

Se puede comprender perfectamente que un negocio de electrodomésticos no sirve para encubrir y por tanto para agravar, el tráfico ilícito de bicicletas (103/1998, de 3 de febrero [LA LEY 2245/1998]).

Precisamente esta homogeneidad entre los objetos ilícitos y el género de comercio desempeñado es lo que justifica la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión e industria e incluso la medida de clausura del establecimiento de manera temporal o definitiva (103/1998, de 3 de febrero [LA LEY 2245/1998]).

Otras cuestiones

La cuestión de competencia negativa debe ser resuelta, como propugna el Ministerio Fiscal ante esta Sala, a favor del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Torrijos, dentro de cuyo Partido ocurrieron los únicos hechos con apariencia de delito que están sujetos a investigación (art. 14.2 de la LECrim.), sin perder de vista de que, en el caso de que los hechos investigados por el Juzgado de San Lorenzo de El Escorial llegaran a concretarse en un delito receptación, lo que entiende el de Torrijos, tal hecho no sería sino «conexo» (art. 17.2 LECrim.) con el robo de Torrijos, lo que también atribuiría la competencia al Juzgado de dicha localidad por aplicación del art. 18.1 de la LECrim., y tener atribuido el delito de robo con fuerza en las cosas (art. 240 CP) mayor pena que el de receptación (art. 298 CP) (A de 9 de julio de 2009 [LA LEY 132690/2009]).

El delito de receptación, aunque tenga unas connotaciones muy especiales respecto a la dependencia de las acciones delictuales de que procede, contiene también una muy clara independencia respecto a sus características propias en el modo y en el tiempo de cometerse; de ahí que la posible prescripción de los delitos precedentes (robos) no tiene influencia en el delito consiguiente (receptación), cuando está claro que este delito se cometió en fechas muy próximas en que no puede aplicarse el instituto de la prescripción (262/1997, de 28 de febrero [LA LEY 3242/1997]).

La naturaleza solidaria del vínculo que liga a los autores de un delito se deriva del art. 116 del CP, sin que pueda llevar a confusión la literalidad del art. 122 del CP, reservado en exclusiva para regular la responsabilidad civil de aquellos que hayan obtenido un lucro con ocasión del delito cometido por otros, sin haber tenido en él participación como autor o cómplice. En palabras de esta Sala, este precepto recoge el resarcimiento del perjuicio o daño patrimonial originado criminalmente al sujeto pasivo del delito en las adquisiciones a título lucrativo, como consecuencia de que nadie debe enriquecerse indebidamente en virtud de negocios jurídicos que se derivan de causa ilícita, y desarrolla la institución jurídica que ha adquirido carta de naturaleza con el nombre de receptación (532/2000, 30 de marzo [LA LEY 6113/2000], 59/1993, 21 de enero [LA LEY 12998/1993] y 1257/1995, 15 de diciembre [LA LEY 1866/1996]). Fuera de este ámbito, ya en el marco de la responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito de receptación, al estar en presencia de un delito de resultado, es lógico que ese deber de reparar las consecuencias civiles del injusto, se limite a la verdadera participación del autor, sin que pueda extenderse a la cuantía de la totalidad de los objetos depredados en el delito base cuando éste excede de lo realmente aprovechado por el receptor (57/2009, de 2 de febrero [LA LEY 3345/2009]).

Artículo 299.

1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

2. Si los efectos los recibiere o adquiriere para traficar con ellos, se impondrá la pena en su mitad superior y, si se realizaran los hechos en local abierto al público, se impondrá, además, la multa de 12 a 24 meses. En estos casos, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 298 y concordancias.

Modificado por la LO 15/2003, que en el apartado primero sustituye la pena de multa por la de prisión de seis meses a un año y en el apartado segundo agrava la pena de multa de 12 a 24 meses (con respecto a los ocho a dieciséis meses de la redacción anterior), regulando la facultad otorgada a los Jueces o Tribunales para imponer la pena de inhabilitación especial y la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local.

Si los efectos proceden de faltas contra la propiedad, el tipo de receptación apreciable no es el del art. 298.1 del Código Penal, sino el del art. 299, que exige la «habitualidad» en el aprovechamiento, lo que implica que debe determinarse si el aprovechamiento o auxilio tuvo lugar en un acto o en varios, con la reiteración, hábito o costumbre propia de un insistente comportamiento

(726/2002, de 25 de abril [LA LEY 4862/2002]), de tal forma que si no consta tal habitualidad procede la absolución del acusado por este delito (1484/2002, de 21 de septiembre [LA LEY 10546/2003], 726/2002, de 25 de abril [LA LEY 4862/2002]).

La habitualidad exige, para poder ser estimada, la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre. Nos encontramos ante un componente fáctico del tipo que no se puede confundir con la repetición de actos de receptación que se derivan de la existencia de Sentencias anteriores por delitos de la misma naturaleza. La habitualidad como se ha dicho, no es un concepto jurídicamente definido, como es, por ejemplo, la reincidencia, sino una cuestión de hecho, habiendo declarado la doctrina y la jurisprudencia que se necesitan, al menos tres actos de receptación, cuya constancia formal no es necesaria, a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, por lo que, como tal cuestión de hecho, es de apreciar por el Tribunal de instancia en atención a los elementos de prueba con los que se hubiese contado para formar convicción sobre su concurrencia. No es posible, si queremos salvaguardar el principio *non bis in idem*, que una acción aislada anterior y separada en el tiempo que ya se hubiese condenado, produjese el efecto de servir de apoyo a una posible habitualidad que no aparece, exactamente reflejada en los actos concretos que ahora estamos enjuiciando. La habitualidad debe computarse a partir de una previa declaración existente en Sentencia anterior en la que, solamente en función de los hechos específicamente enjuiciados, hubieran determinado la aplicación de la modalidad agravada que supone la habitualidad. En todo caso, la habitualidad ya no existe en el actual Código Penal para los actos de receptación de objetos procedentes de delitos contra el patrimonio, quedando relegada para los que habitualmente se aprovecharan de efectos procedentes de faltas contra la propiedad (717/1997, de 20 de mayo [LA LEY 90781-JF/0000]).

Artículo 300.

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena.

Artículo 301.

1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del art. 127 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 13.1, 28, 29, 33, 127, 298, 305, 306, 368, 369, 370, 371, 372 y 374.

RD 54/2005, de 21 de enero, por el que se modifican el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, aprobado por el RD 925/1995, de 9 de junio, y otras normas de regulación del sistema bancario, financiero y asegurador.

RD 925/1995, de 9 de junio que aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993, que establece determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

Orden EHA/2619/2006, de 28 de julio, por la que se desarrollan determinadas obligaciones de prevención del blanqueo de capitales de los sujetos obligados que realicen actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias con el exterior.

Apartado 1, modificado, y apartado 5, añadido por la LO 15/2003. Se suprime en el apartado primero la necesidad de la calificación del delito como grave, lo que hace que las referencias jurisprudenciales a la citada gravedad del delito deban tenerse como omitidas para los delitos cometidos con posterioridad al 1 de octubre de 2004. Dicha modificación está en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la anterior redacción la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«1. El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero».

El art. 546 bis.f) CP 1973, antecedente del actual art. 301 CP, fue introducido en nuestra legislación como novedad rigurosa por la LO 1/1988, de 24 de marzo, «con el objetivo de hacer posible la intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas», pretendiendo «incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia», como literalmente señalaba la Exposición de Motivos (202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006], 266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005]).

La técnica inicialmente adoptada por el legislador fue la de adaptar el delito de receptación, que ya aparecía definido en el art. 546 bis.a), a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los arts. 344 a 344 bis.b), con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción [«para sí», decía el art. 546 bis.a)], sino también en beneficio de un tercero, y por otro lado, podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse (202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006], 266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005]).

Esta voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el art. 546 bis.f) (Sentencias de 4 de septiembre de 1991 [LA LEY 1034-JF/0000], 5 de octubre de 1992 [LA LEY 1913-5/1993], 27 de diciembre de 1993 [LA LEY 2283/1994], 16 de junio de 1993 [LA LEY 32250-JF/0000], 21 de septiembre de 1994 [LA LEY 17091/1994] y 28 de octubre de 1994), ofrece un criterio de amplitud en la interpretación de esta norma penal, que debe ser aplicado, en cualquier caso, dentro de los límites que impone el respeto al principio de legalidad (202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006], 266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005], 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009], 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

Art. 301.1 CP. Párrafo primero, tipo básico: El que adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes.

En estos casos, los Jueces o Tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

Bien jurídico

El delito tipificado en el art. 301 CP vigente, que tiene como enunciado general otras conductas afines a la receptación, conocido como blanqueo de bienes o capitales, responde al criterio omnicompreensivo asumido internacionalmente (Recomendación del Consejo de Europa de 27-6-80, Declaración de Basilea de 1988, Convención de Viena de Naciones Unidas de 20-12-88, Convenio del Consejo de Europa de 8-11-90 referente al blanqueo, identificación, embargo y confiscación de los productos del delito, recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional de 1990 y 1996 o la Directiva 97/308 CEE del Consejo de las Comunidades Europeas) de abarcar todas las posibles conductas ilícitas, con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por la comisión de un delito, lo que le confiere independencia y autonomía en relación con el delito antecedente, pudiendo incluso conllevar una penalidad superior a éste teniendo en cuenta que se trata de la protección de bienes jurídicos distintos (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003]).

Este conjunto de Convenciones Internacionales y normas de Derecho interno tiene por finalidad impedir la conversión o transformación de bienes cuya generación se produce extramuros de la legalidad al ser ilícita la actividad que los genera, pero no se pretende con la punición de estas conductas castigar directamente el delito base o delito de origen (aquel que genera los bienes que luego se tratan de transformar en el mercado lícito) que tiene una respuesta penal distinta y autónoma. Se trata, fundamentalmente, de dificultar el agotamiento de dichos delitos en lo que se refiere a la obtención de un beneficio económico extraordinario (auténtica finalidad perseguida con su ejecución), conseguido por no tener que soportar los costes personales, financieros, industriales y tributarios que se exigen a la ganancia obtenida lícitamente, con desestabilización de las condiciones de la competencia y el mercado; de ahí que el blanqueo se ubique sistemáticamente en el Título XIII del Libro II del Código Penal, dedicado a los delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006], 266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005]).

Elementos objetivos

Objeto material

En relación con los bienes debemos significar que no se trata de los que constituyen el objeto material del delito antecedente grave, sino de aquellos que tienen su origen en el mismo. Por ello, los bienes comprenden el dinero o metálico así obtenido. En los delitos de tráfico de drogas, por ejemplo, no se trata de las sustancias tóxicas, sino del dinero o bienes entregados a cambio de aquéllas. Así, los bienes blanqueados no son las fincas adquiridas, sino el dinero entregado por el coacusado autor de un delito contra la salud pública para su adquisición, de forma que dicho metálico de procedencia ilícita se convierte merced a la directa intervención del acusado en otros bienes con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003], reproducida por 587/2009, de 22 de mayo [LA LEY 119123/2009]). Por ello, los bienes blanqueados no son los adquiridos por el mismo, sino el dinero entregado por el

autor de un delito contra la salud pública para su adquisición, de forma que dicho metálico de procedencia ilícita se convierte merced a la directa intervención del acusado en otros bienes con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero. Por ello, el destino ulterior o que se dediquen esos bienes adquiridos resultará irrelevante y si éste es la comisión de cualquier otro delito, se producirá el correspondiente concurso (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]).

Sujeto activo

Señala 1071/2005, de 30 de septiembre [LA LEY 2070750/2005], que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 CP en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese estatus de ilegalidad. Este precepto prevé como autor de las acciones —de adquirir, convertir, transmitir, etc.— a un sujeto denotado específicamente como conocedor de la procedencia ilícita de los bienes objeto de esas acciones. Y «conocer» es averiguar o llegar a saber algo externo o ajeno, de lo que el sujeto cognoscente adquiere noticia mediante el ejercicio de sus facultades intelectivas. Es decir, cosa bien distinta de tener constancia cierta de determinados actos y sus efectos, por razón de la directa intervención en los mismos con algún grado de protagonismo. Tanto es así, que, en la práctica social, del que sabe por este preciso motivo nunca se diría que es «sabedor», es decir, conocedor desde afuera, sino, más precisamente, implicado o partícipe. Pues bien, de lo expuesto se sigue que para que alguien pueda acceder a la condición de posible autor del delito del art. 301.1 CP en relación con ciertos bienes, deberá darse la circunstancia de que, siendo ajeno a la acción que los constituyó en la situación de ilegales, opere con ellos de cierta manera a conciencia de ese estatus de ilegalidad. Tal es el criterio de base con que opera la jurisprudencia de la Sala Segunda, que tiene expresión, entre otras, en 198/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003] y las que en ella se citan (1071/2005, de 30 de septiembre [LA LEY 2070750/2005]).

La participación del recurrente en la trama organizada, consistió en dar salida, con apariencia legal, a las ingentes cantidades de dinero que pasaron a través de los circuitos financieros para destinarlos, en algunos casos, a la adquisición de inmuebles. Se le imputa haber prestado su colaboración para encubrir la verdadera titularidad de alguna de las sociedades y se destacan sus relaciones con un bufete de Abogados que se dedicaba a asesorar a personas implicadas en el tráfico de drogas, cuyo titular se encuentra preso por un presunto delito contra la salud pública. También se declara su participación en actividades de blanqueo, con el fin de ocultar la verdadera titularidad de sus clientes. Su actividad va mucho más allá del asesoramiento jurídico, participa y así está acreditado, como miembro y socio fundador de diversas sociedades pantalla que se emplearon para el blanqueo de dinero. Las páginas setenta y una y siguientes de la Sentencia, relatan, con claridad y precisión, los artificios mercantiles que se realizaron con la directa participación del recurrente (1504/2003, de 25 de febrero).

Conducta

Señalan 2410/2001, de 18 de diciembre [LA LEY 990/2002], 1501/2003, de 19 de diciembre [LA LEY 973/2004] 113/2004, de 9 de octubre, que el art. 301 describe una variedad de conductas integradoras del tipo objetivo del delito:

1. Adquirir, convertir o transmitir bienes sabiendo que provienen de la realización de un delito grave (ahora ya de cualquiera, aunque no sea grave, 587/2009, de 22 de mayo [LA LEY 119123/2009]).

Esta modalidad tipifica comportamientos genuinos de blanqueo que son, como destaca la doctrina, los encaminados a introducir los bienes de ilícita procedencia en el mercado legal. A través de la adquisición se incorporan bienes al patrimonio propio ya sea el título de adquisición oneroso o gratuito. Conversión equivale a transformación de bienes en otros distintos, mientras que la transmisión supone lo contrario de la adquisición, es decir, extraer bienes de su patrimonio para integrarlo en el de un tercero (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009], 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

2. Realizar actos que procuren ocultar o encubrir ese origen.

Se trata en realidad, de una conducta de favorecimiento real propia del encubrimiento (art. 451.2) con el que entraría en concurso de normas. La mención «cualquier otro acto» es poco respetuosa con el principio de seguridad jurídica y la certidumbre y taxatividad que demanda la legalidad penal en su cumplimiento de tipicidad. Los actos típicos son autónomos respecto a la modalidad precedente y han de ser idóneos al fin de que se trata. Pueden consistir en un hacer o en una omisión, si bien en este segundo caso el omitente habría de ser destinatario de un deber jurídico de actuar impuesto legal o reglamentariamente (arts. 2 y 3 Ley 19/1993, de 28-12, modificada por Ley 19/2003, de 4-7, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, y su Reglamento aprobado por RD 925/1995, de 9-6, modificado por RD 54/2005, de 25-1) (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009], 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

3. Ayudar a quien ha realizado la infracción o delito base a eludir las consecuencias de sus actos (núm. 1 del artículo citado).

De nuevo se tipifica una conducta de encubrimiento, ahora personal, por lo que entra en concurso de normas con el art. 451.3, a resolver conforme el criterio de la alternatividad (art. 8.4) (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009], 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

El denominado blanqueo equivale a encubrir o enmascarar el origen ilícito de los bienes y así el art. 301.1 describe y castiga aquellas conductas que tienen por objeto adquirir, convertir, transmitir o realizar cualquier acto semejante con bienes que se sabe que tienen su origen en un delito grave, con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito o ayudar a la persona que haya participado en la infracción a eludir las consecuencias legales de sus actos (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003], 688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009], A 790/2009, de 16 de abril [LA LEY 49873/2009]). Se deduce que la citada obraba dolosamente, ya que conocía con claridad la procedencia del dinero, que era la previa comisión de un delito de tráfico de drogas, y se dice expresamente que obraba con la finalidad de que pareciera fruto de actividades permitidas, es decir, que actuaba con la finalidad de blanquearlo. Y mediante tales actos adquiere otros bienes con el metálico procedente de tal actividad, al que se le da un destino que oculta su origen ilícito. Concurren, pues los elementos del delito de blanqueo conforme a su formulación legal (688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009]).

Pudiera pensarse, desde una óptica interpretativa estrictamente formalista, que sin condena por delito o en general, sin declaración judicial de la existencia de delito, no puede aplicarse el art. 301 CP Sin embargo, la doctrina de esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse (483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]). Sin embargo, ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación «se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan. La ausencia de semejante requisito en el tipo cuestionado es, por lo demás, rigurosamente lógica desde una perspectiva de política

criminal puesto que, tratándose de combatir eficazmente un tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar, en la persecución penal de estas conductas, a que se declarase la responsabilidad de quien en el tráfico hubiera participado» (1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001], 575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003], 141/2006, 27 enero [LA LEY 11075/2006], 202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006]; en este sentido, 1504/2003, de 25 de febrero). Así, no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se aprovechan u ocultan; de manera que el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario que exista una Sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior determinado. En definitiva, la Sala Segunda tiene establecido que no es preciso acreditar una condena anterior por el delito de que proceden los bienes o dinero, siendo bastante con establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del dinero, en función de los demás datos disponibles. Dicho de otra forma, que, dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo. Esta doctrina ha sido fijada, entre otras, en las citadas anteriormente (1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001], 575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003], 141/2006, 27 enero [LA LEY 11075/2006], 202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006]), y recientemente, en 155/2009, de 26 de febrero [LA LEY 6932/2009], 688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009], 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]. En definitiva, admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo y su prueba condición asimismo de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera procedido Sentencia condenatoria firme (483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

Desde la perspectiva probatoria, que en realidad es la más relevante y dificultosa en este tipo delictivo, señala la referida 1637/1999, de 10 de enero [LA LEY 5106/2000], que la prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de fabricación y distribución de drogas así como de «lavado» del dinero procedente de aquélla, por lo que la prueba indirecta será la más usual, y al respecto no estará de más recordar que ya el art. 3, apartado 3.º, de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 20 de diciembre de 1988 (*BOE* de 10 de noviembre de 1990) previene de la legalidad de la prueba indiciaria para obtener el juicio de certeza sobre el conocimiento, intención o finalidad requeridos como elemento de los delitos que se describen en el párrafo primero de dicho artículo, entre los que está el de blanqueo de dinero, art. 3, apartado primero, epígrafe b). Y debe recordarse, asimismo, que según reiterada y constante doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Constitucional como de esta Sala de Casación, el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, siempre que existan indicios plenamente acreditados, relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios y se haya explicitado el juicio de inferencia, de un modo razonable. A ello debe añadirse, como reflexión criminológica y siguiendo siempre a la referida 1637/1999, de 10 de enero [LA LEY 5106/2000], que en delitos como el de blanqueo, lo usual será contar sólo con pruebas indiciarias, por lo que el cuestionamiento de su aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia sólo produciría el efecto de lograr la impunidad respecto de las formas más graves de delincuencia entre las que debe citarse el narcotráfico y las enormes ganancias que de él se derivan, que se encuentran en íntima unión con él como se reconoce expresamente en la Convención de Viena de 1988, ya citada (266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005]).

A falta de prueba directa, la jurisprudencia acude a la prueba indirecta o indiciaria que el Tribunal Constitucional considera bastante para enervar la presunción de inocencia, a partir de determinados hechos concluyentes que han de estar acreditados; y entre ellos: a) la cantidad de capital que es lavado o blanqueado, como elemento de primera aproximación; b) vinculación o conexión con actividades ilícitas o personas o grupos relacionados con las mismas; c) aumento desproporcionado del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación, y d) inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento patrimonial (23-5-1997 y 15-4-1998, 960/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008], entre otras). Añade 545/2009, de 22 de mayo [LA LEY 112737/2009], tres criterios más: la naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico; la debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales; o la existencia de sociedades «pantalla» o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas (545/2009, de 22 de mayo [LA LEY 112737/2009].)

Ahora bien, que dicho mecanismo probatorio sea el más utilizado para tener por acreditada la procedencia del dinero objeto del blanqueo (que lo ha de ser de un delito grave, o de uno de narcotráfico, como es el caso sometido a nuestra consideración casacional), no quiere decir que tal prueba pueda consistir en cualquier conexión, más o menos evanescente, con el delito antecedente, sino que los bienes procedan indubitadamente de tal actividad, pues tales bienes —dice textualmente el precepto— han de tener su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 del Código Penal. Y ese origen no se puede presumir, sino que tiene que resultar acreditado, mediante cualquier tipo de prueba, y ordinariamente, como decimos, mediante el mecanismo de la prueba indirecta o circunstancial, a través de marcadores o indicadores que interrelacionados conduzcan a esa convicción. Es decir, la presunción de inocencia, como principio constitucional protector del acusado (art. 24.2 de nuestra Carta Magna), opera con la misma intensidad en este delito como en cualquier otro. En otras palabras, la dificultad probatoria generalmente concurrente en este tipo de ilícitos, no dulcifica las exigencias probatorias que se requieren para cualquier otro comportamiento delictivo. Y como ya dijimos, el control casacional no extiende más allá de la verificación de la racionalidad de la inferencia (618/2009, de 1 de junio [LA LEY 119126/2009]).

Por lo que se refiere al primer elemento precisado de acreditación, a saber, el ilícito origen de los bienes, lo determinante habrá de ser la constatación directa de aquellos datos indiciarios que permitan poner en relación esos elementos patrimoniales con un ámbito de generación, personal y circunstancial, vinculado a la actividad delictiva, pero, a la vez, que resulte igualmente excluida, con la necesaria suficiencia probatoria, la posibilidad de un origen lícito de los mismos, puesto que la simple ocultación de tales activos, aunque por supuesto pudiera resultar igualmente ilícita, no correspondería sin embargo al terreno de lo punible, alojándose en todo caso en el área de la mera infracción de carácter fiscal o administrativo. Y ésta es, precisamente, la carencia que se aprecia en la Sentencia recurrida, que ya parcialmente advierte el Ministerio Fiscal en su apoyo al motivo Cuarto del Recurso de Constanza, por causa de la cual se han de estimar ambos Recursos con la correspondiente consecuencia absolutoria (545/2009, de 22 de mayo [LA LEY 112737/2009]). Por no haberse desvirtuado la presunción de inocencia en cuanto a la acreditación la procedencia de los bienes, y su conexión a un hecho punible, el Tribunal Supremo dictó Sentencia absolutoria de 7-12-1996 (véase también la 1293/2001, de 28 de julio [LA LEY 8631/2001]). Ante la insuficiencia del relato y la expresión de la procedencia ilícita del dinero como una mera sospecha policial, no afirmada con contundencia, es necesario concluir que los hechos declarados

probados no integran, como tales, el delito de blanqueo objeto de acusación (2410/2001, de 18 de diciembre [LA LEY 990/2002]).

Aportando un ejemplo de lo expuesto (618/2009, de 1 de junio [LA LEY 119126/2009]) analiza el razonamiento del Tribunal de Instancia. Señala que, efectivamente, puede darse por probado el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades elevadas, que se apartan del modo normal del ejercicio de los negocios y de la actividad comercial comúnmente aceptada. Ciertamente, llevar 125 millones de las antiguas pesetas en el maletero de un vehículo, dentro de dos bolsas de viaje, no es el más común de los comportamientos. Incluso concurre, es cierto, la inexistencia de un negocio que justifique dicho actuar. Pero la ley requiere la constatación de algún vínculo o conexión con el delito de narcotráfico (que es en este caso el tipo por el que se acusa), o con otro delito grave, si fuera el caso (y debe señalarse cuál, no bastando la genérica mención de que el dinero procede de una inconcreta ilícita actividad; así lo declaró 1199/2005, de 24 de octubre [LA LEY 207108/2005]). Los Jueces *a quibus* razonan que en este caso no existe más vínculo con el narcotráfico que una acusación del Ministerio Fiscal portugués, que obra en las actuaciones, escrito incorporado por Comisión Rogatoria (folios 518 y siguientes), a la que ya hemos aludido anteriormente, sin mayor concreción ni resultado. Es evidente que no se requiere una previa condena penal por delito contra la salud pública. Tampoco se exige un exhaustivo conocimiento de los pormenores del delito antecedente (de los que los bienes proceden). Pero sí es necesario que la conexión se muestre ante el juzgador fuera de toda duda razonable, cualquiera que sea el método inductivo con el que opere aquél. La pregunta aquí, es la siguiente: del escrito de acusación portugués, que es el único dato que se dispone, ya que el Ministerio Fiscal «ha realizado lo necesario para tratar de conocer el resultado de la causa portuguesa, llegando a solicitar nueva comisión rogatoria para saber el estado de aquel procedimiento, pero la misma no fue contestada oportunamente por el órgano requerido» (citamos textualmente este párrafo del propio escrito de formalización de este recurso de casación por el Ministerio Fiscal), repetimos, de ese escrito de acusación, del que no constan más datos que los citados, fecha y cuantía de la operación de hachís, ¿podría afirmarse, fuera de toda duda razonable, que los 125 millones de pesetas procedían de tal delito? La respuesta de los juzgadores de instancia es negativa: un escrito de acusación —dicen— «no sirve, porque necesariamente se ve afectado por la presunción interina de inocencia, y porque, por definición, no es más que un acto forense de parte. En el plano probatorio sólo constituye una afirmación de unos hechos que no han sido juzgados y, en consecuencia, no se convierten en ciertos sólo por estar contenidos en un escrito de acusación». Y lo refuerzan con más datos: no se trata de varios procedimientos, sino de uno solo; no constan antecedentes delictivos de Simón en Portugal, y lo certifica un documento fechado en abril de 2008, cuando el escrito de acusación es de octubre de 2003. Y ya hemos visto que el Ministerio Fiscal recurrente interesó conocer el estado actual del procedimiento, y no se ha conseguido. Y a todo ello añadimos nosotros que podría tratarse de un acto de autoencubrimiento impune, aunque el Acuerdo Plenario del día 18 de julio de 2006, ya declaró, por el contrario, que «el art. 301 Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente». Cierto es que la conducta del acusado es sospechosa, pero no es posible adentrarse en la inferencia con más intensidad que la expuesta por los juzgadores de instancia, en función de los marcadores que éstos manejan. Y descartada esta conducta, como admite el Ministerio Fiscal en su recurso, no puede sostenerse tampoco la culpabilidad de Pedro Miguel, al carecer de cualquier vinculación ilícita con el dinero incautado, fuera de arrogarse en el procedimiento su propiedad, que no puede tenerse sin más como un comportamiento de encubrimiento personal (ayudar al culpable a eludir las consecuencias

legales de sus actos), pues —obvio es decirlo—, no se ha determinado quién es «el culpable», al proceder la absolución de Simón (618/2009, de 1 de junio [LA LEY 119126/2009]).

Elementos subjetivos

Tanto la acreditación de que unas determinadas cantidades de dinero en metálico o de otros concretos elementos patrimoniales sean ilícito producto lucrativo de la comisión de infracciones penales precedentes, que obviamente no pudieron ser objeto del correspondiente comiso con el enjuiciamiento de aquéllas, como el conocimiento de quién lleva a cabo las operaciones de blanqueo acerca de ese espurio origen de los bienes con los que opera, son extremos que por sus propias características, en la práctica totalidad de los supuestos, no se revelan a través de medios probatorios de naturaleza directa y requieren para la correspondiente probanza en Juicio acudir a datos indiciarios a partir de los cuales pueda inferirse, con la certeza siempre exigible en nuestro procedimiento penal, su concurrencia. Si bien, habrá que diferenciar entre ambos elementos puesto que mientras que los datos internos a la psiquis del sujeto, como el aludido conocimiento del ilícito origen del bien, es de una imposibilidad casi absoluta de prueba directa, por lo que se refiere a la procedencia ilícita del elemento patrimonial, la propia naturaleza objetiva del dato a acreditar, ha de suponer una mayor exigencia, si cabe, respecto de la constatada existencia de la actividad delictiva de procedencia, al menos desde la perspectiva de una cierta concreción, toda vez que no siempre el hecho constatado de una ocultación de bienes es incompatible con un origen lícito unido a finalidades ilegítimas como la evasión de impuestos, la apropiación indebida, etc, ajenas a la actividad de lavado de capitales procedentes de infracción delictiva (545/2009, de 22 de mayo [LA LEY 112737/2009]).

Dolo

1637/1999, 10 de enero [LA LEY 5106/2000], destaca que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave (2410/2001, 18 de diciembre [LA LEY 990/2002]), o del tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1, habiéndose admitido el dolo eventual (1070/2003, 22 de julio [LA LEY 2921/2003], 2545/2001, 4 de enero [LA LEY 2536/2002], 730/2006, 21 de junio [LA LEY 70394/2006], y 154/2008, 8 de abril [LA LEY 31968/2008]). Consecuentemente, puede afirmarse ese conocimiento cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita y actúa para ocultar o encubrir o ayudar a la persona que haya participado en la ilícita actividad, sin que deba exigirse una concreta calificación, siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho sobre cuyos efectos se actúa. En otras palabras, basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significado social (por todas, cfr. STS 1034/2005, 26 de febrero [LA LEY 1871/2005]), e igualmente para la acreditación de los elementos del tipo subjetivo hemos de acudir a las inferencias lógicas extraídas de hechos objetivos que permitan acreditar su conocimiento.

En cuanto al conocimiento del origen ilícito de los bienes tampoco es preciso, como ha señalado la jurisprudencia de esta Sala, que consista en conocer con todo detalle la infracción precedente, siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003], transcrita por 1450/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 349/2005]). En este sentido, concreta 688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009], que el conocimiento al que se refiere el tipo penal del blanqueo de dinero se trata no de un conocimiento como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno o de la implicación directa en el delito en sí; sino que se trata de un conocimiento

práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada (688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009]).

A la interpretación de este elemento del delito previsto en el art. 301 CP 1995 le es plenamente aplicable la doctrina tradicionalmente mantenida por esta Sala —SS 12-2-91, 15-4-91, 22-2-92, 21-9-92, 2-4-93 y 9-7-93, entre otras muchas—, sobre la índole del conocimiento del origen ilícito que el receptor debe tener en relación con los bienes que le son entregados. No es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado anímico de certeza, aunque el mismo no tiene que abarcar todos los detalles y pormenores de la infracción precedente, pues el conocimiento del autor no exige, y por ende no se precisa prueba al respecto, el completo y cumplido de las anteriores operaciones delictivas de tráfico de drogas generadoras de tal ganancia, ya que, ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución —STS de 10 de enero de 2000— (198/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003]), siendo suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general y, en su caso, de la procedencia del tráfico de drogas cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el art. 301.1 (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003]), sin que se exija una Sentencia firme previa, por delito grave de tráfico de drogas (575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003], 1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001]). Destaca 1637/2000, de 10 de enero [LA LEY 5106/2000], que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de la procedencia de los bienes de un delito grave. Y ello sucede, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas (688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009]).

La más reciente doctrina de la Sala Segunda —SS 356/1998 [LA LEY 5710/1998], 1637/1999 [LA LEY 5106/2000], 1842/1999, 1277/2001 [LA LEY 128884/2001], 1293/2001, de 28 de julio [LA LEY 8631/2001], 1061/2002, de 6 de junio [LA LEY 107817/2002], entre otras— enfrentada a la necesidad de interpretar el tipo delictivo de blanqueo, ha tenido ya la oportunidad de sugerir cuáles son los datos o indicios de los que es legítimo deducir, siempre que exista una pluralidad de los mismos, estén plenamente acreditados y guarden entre sí una significativa coherencia, el conocimiento del ilícito origen de los bienes por parte de quien blanquea.

Y así, se han indicado hechos como el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero en efectivo que, por su cantidad y dinámica de las transmisiones, pongan de relieve operaciones extrañas a la ordinaria práctica comercial (tales como manejo de grandes cantidades de efectivo, utilización de testafierros, aperturas de cuentas o depósitos en entidades bancarias ubicadas en país distinto del de residencia de su titular, etc., 1061/2002, de 6 de junio [LA LEY 107817/2002]), la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen, por su entidad e importancia, el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias (la escasa entidad de los ingresos acreditados y la procedencia de los restantes de diferentes «chapuzas» —«obra o labor de poca importancia», según el *Diccionario de la Real Academia*—, justifican sobradamente la concurrencia de este indicio (233/2005, de 24 de febrero [LA LEY 11808/2005]), y la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico o con las personas o grupos relacionados con las mismas (en este sentido, 202/2006, de 2 de marzo [LA LEY 20756/2006], 1426/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10454/2006], 1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005], 798/2005, de 29

de junio, 457/2005 de 14 de abril, 233/2005, de 24 de febrero [LA LEY 11808/2005], 1450/2004, de 2 de diciembre [LA LEY 349/2005], 113/2004, de 9 de octubre, 575/2003, de 14 de abril [LA LEY 1406653/2003], 198/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003], 1061/2002, de 6 de junio [LA LEY 107817/2002], 2410/2001, de 18 de diciembre [LA LEY 990/2002], 1584/2001, de 18 de septiembre [LA LEY 907999/2001], 774/2001, de 9 de mayo [LA LEY 6458/2001], 1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001], 1637/1999, de 10 de enero de 2000 [LA LEY 5106/2000], 356/1998, de 15 de abril [LA LEY 5710/1998], 755/1997, de 23 de mayo [LA LEY 7712/1997]), si bien no debe ser extremada la importancia que se atribuya a este último indicio para afirmar el dolo, a los meros efectos de imputar un delito de blanqueo, toda vez que aquel vínculo puede ser determinante para que la conducta del presunto autor de tal delito deba ser considerada, con mayor severidad, una forma de participación en el tráfico de drogas (198/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003]). Considera también indiciario 33/2005, de 19 de enero [LA LEY 790/2005], el tratarse de dos embarcaciones de las que pueden desarrollar alta velocidad, lo que las hace idóneas para transportar droga entre Ceuta y la Península. En tal sentido, la posesión de tales embarcaciones en la ciudad autónoma de Ceuta, como bien se razona en la S de la Audiencia Provincial de Cádiz 14/2003, de 8 de mayo, de instancia, resulta muy significativa de su más que probable destino para el narcotráfico, y no a otros fines como la pesca o el recreo que dijo el recurrente (33/2005, de 19 de enero [LA LEY 790/2005]). Puede considerarse que el dolo está en el hecho cuando la lógica, la ciencia y la experiencia común indican que nadie se presta a determinados negocios sin percibir una contraprestación y sin asumir, al menos eventualmente, la altísima probabilidad de que se trate de blanquear para otros las ganancias obtenidas con actuaciones delictivas (688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009]).

Señala 1504/2003, de 25 de febrero [LA LEY 845/2004], que se puede decir, emulando a los clásicos, que el ritmo de creación de sociedades y la cadencia contractual, convertía a las sociedades en entes generadores de transacciones y contratos que aparecían y desaparecían, como en una agitada trama teatral. No se trata de una licencia literaria, sino de una realidad que se refleja en el manejo continuo de importantísimas cantidades de dinero. Ninguno de los implicados ha conseguido acreditar que su origen era lícito y que procedía de transacciones mercantiles. Los implicados, ante la investigación realizada, no han podido justificar, aunque fuese someramente, su origen. La transparencia del sistema financiero, para el bien de la vida mercantil, exige que, ante una imputación administrativa o penal sobre la procedencia ilícita de los capitales, los investigados asuman la carga de facilitar los datos que, de forma clara, acrediten su verdadero origen. Ello no supone invertir los presupuestos de la prueba, ni obligar a nadie a realizar actividades imposibles, diabólicas o costosas, para demostrar un extremo, tan fácilmente demostrable, como es el de la procedencia del dinero. El derecho al silencio o la negativa a confesarse culpable, nada tienen que ver con la facilitación de datos que, sin entrar en la autoinculpación, permitan a la administración tributaria o a los Jueces y Tribunales comprobar, si los hechos que constituyen el objeto de la investigación, están acreditados o no. La valoración jurídica de esta actitud obstaculizadora está ligada al hecho de la negativa a facilitar un dato que está en condiciones de proporcionar el acusado de manera única e insustituible. La exculpación está en sus manos, acreditando que el dinero es limpio y transparente. La afloración del dinero ilícito introducido de forma subrepticia en el circuito financiero, presenta, como es lógico, serias dificultades. Son necesarios y profundos conocimientos de técnicas de contabilidad, apoyadas por un despliegue de medios de inspección que no siempre surten los efectos deseados. No sólo los llamados paraísos fiscales, sino también entidades situadas en países con transparencia bancaria, relajan los controles e incumplen, a veces, las tareas y obligaciones que tienen asumidas para la credibilidad del sistema financiero. Los

expertos han debatido largamente sobre este problema y se ha llegado a la conclusión de que es necesario levantar las pantallas protectoras, para descubrir todas aquellas operaciones que no respondan a un sustrato causal que explique, suficiente y satisfactoriamente, la procedencia del dinero. El Grupo de Acción Financiera (GAFI) ha señalado, en sus dictámenes y estudios, cuáles son los procedimientos irregulares más utilizados en el sistema financiero internacional, no solamente a través de las facilidades que proporciona Internet, sino también en operaciones convencionales. Entre las prácticas corruptas señala: la transferencia instantánea de grandes sumas, ingresadas segundos o minutos antes; los manejos conocidos como *smurfing*, que consisten en abrir numerosos depósitos de pequeñas cantidades situadas por debajo de la obligación de declarar, para después traspasarlas al extranjero; el uso de identidades falsas, testaferros y sociedades pantalla, utilizándolas como «puente» para dificultar la identificación del verdadero origen de la transferencia; introducción de personas de confianza en pequeñas entidades financieras o en sus delegaciones. En resumen, el entramado se monta para que, un dinero cuya procedencia lícita es imposible justificar adquiera la apariencia de moneda limpia, que normalmente se emplea para adquisiciones de bienes inmuebles o en la apertura de establecimientos dedicados, aparentemente, a realizar operaciones y actividades comerciales de apariencia lícita. No se trata de exigirles que desvelen datos ocultos que les podrían incriminar, sino de explicar anotaciones contables, descubiertas por los inspectores y sobre las que el inspeccionado tiene la obligación de aclarar su origen (1504/2003, de 25 de febrero [LA LEY 845/2004]).

Dolo eventual

Esta modalidad del tipo subjetivo debe ser hoy resueltamente acogida en la construcción dogmática del blanqueo de dinero puesto que, tanto en el art. 344 bis.h).3 CP 1973 como en el art. 301.3 CP vigente, se prevé su forma culposa (198/2003, de 10 de febrero [LA LEY 1505/2003], 1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001]).

Se admite el dolo eventual como forma de culpabilidad (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003]). En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero. Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas (1611/2005, de 26 de diciembre [LA LEY 10751/2006]).

Nuestra jurisprudencia referente al concepto de dolo eventual ha establecido, de todos modos, que en aquellos supuestos en los que se haya probado que el autor decide la realización de la acción, no obstante haber tenido consistentes y claras sospechas de que se dan en el hecho los elementos del tipo objetivo, manifestando indiferencia respecto de la concurrencia o no de éstos, no cabe alegar un error o ignorancia relevantes para la exclusión del dolo en el sentido del art. 14.1 CP. Esta situación, como se ha dicho, es de apreciar en aquellos casos en los que el autor incumple conscientemente obligaciones legales o reglamentarias de cerciorarse sobre los elementos del hecho, como en el delito de blanqueo de capitales, o en los delitos de tenencia y tráfico de drogas, cuando el autor tuvo razones evidentes para comprobar los hechos y no lo hizo porque le daba igual que concurrieran o no los elementos del tipo; es decir, cuando está acreditado que estaba decidido a actuar cualquiera

fuera la situación en la que lo hacía y que existían razones de peso para sospechar la realización del tipo. En todo caso, la prueba de estas circunstancias del caso estará a cargo de la acusación y sometida a las reglas generales que rigen sobre la prueba. En conclusión se trata de explicar la concurrencia del dolo en la situación de determinadas personas especialmente obligadas a conocer por específicas reglamentaciones, como operadores financieros respecto a movimientos de capitales sobre los que actúan, de manera que están jurídicamente obligados a realizar concretas comprobaciones sobre los actos financieros. En estos supuestos, puede explicarse racionalmente su indiferencia respecto a la procedencia ilícita del dinero en la medida en que deliberadamente actúa cegando las fuentes de conocimiento a las que está obligado. Es decir, como dijo la STS 741/2007, de 27 de julio, el sujeto que está en situación de conocer y obligado a conocer y consecuentemente omite el cumplimiento de su deber. Estos supuestos expresan una indiferencia respecto al origen ilícito que permite afirmar de forma racional su conocimiento típico respecto al delito de blanqueo de dinero. Se trata, por lo tanto, de explicar racionalmente la indiferencia respecto al elemento cognitivo del dolo y sólo puede ser aplicado a concretos delitos como por ejemplo el blanqueo de dinero (346/2009, de 2 de abril [LA LEY 84767/2009]).

Imprudencia grave

Ver *Blanqueo realizado por Imprudencia Grave* (301.3 CP).

Consumación y tentativa

Ver *Grados de ejecución* del art. 298 CP.

Autoría y participación

Ver *Autoría y participación* del art. 298 CP.

Concursos

Semejantes infracciones se perseguirán independientemente del delito origen del dinero, alcanzándose su sanción de manera autónoma, proclamándose la ausencia de accesoriadad entre ambos ilícitos (1061/2002, de 6 de junio [LA LEY 107817/2002]).

Concurso de normas

1. Encubrimiento: art. 451.

Al condenar por el delito de blanqueo del art. 301 CP, tácitamente se está excluyendo la aplicación del 451 del mismo código, pues entre estas normas, al menos por lo que se refiere a casos como el aquí examinado, hay un concurso de leyes a resolver conforme a la regla 1.ª del art. 8, ya que el encubrimiento constituye un género de delito respecto del cual estas concretas conductas del art. 301 son una de sus especies. Hay una relación de norma genérica a norma específica que obliga a la aplicación de esta última (155/2002, de 19 de febrero [LA LEY 38940/2002]).

2. Receptación: art. 298.

El delito de blanqueo de capitales constituye un delito especial respecto al general de la receptación, de ahí que el título del Código Penal se denomine «de la receptación y de otras conductas afines» (1501/2003, de 19 de diciembre [LA LEY 973/2004]).

3. Apartado segundo del art. 301 del blanqueo de capitales: art. 301.2.

Las infracciones penales previstas en estos dos apartados, al menos por lo que se refiere a hechos como los aquí examinados, tienen carácter homogéneo a los efectos del principio acusatorio al que nos estamos refiriendo, pues la acusación hecha por el apartado 1 contiene los mismos elementos que los que hubiera podido hacerse por el apartado 2, teniendo en cuenta que a efectos de determinación de las penas es irrelevante la cita conjunta de ambos apartados 1 y 2, del art. 301, pues las previstas en los dos son las mismas (155/2002, de 19 de febrero [LA LEY 38940/2002]).

Es cierto que pueden solaparse estas conductas con las previstas en el número segundo del citado precepto y es que la distinción entre ambos no está tanto en la clase de operación realizada como en la fase sucesiva en que se produce el blanqueo de bienes, pues de lo que se trata es de hacer posible la intervención del Derecho penal cualquiera que haya sido el destino ulterior de dichos bienes, de forma que en supuestos de sucesivas operaciones de blanqueo es aplicable el número segundo. Siendo ello así cabe una autoría independiente de este delito de la que corresponde a la primera operación si fuesen personas distintas las que interviniesen en las distintas fases (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003], 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]). Es de tener en cuenta, de todos modos, que entre las conductas descritas en el núm. 1 del art. 301 y las contenidas en el núm. 2 pueden tener lugar solapamientos. Por esta razón, es indudable que la conversión de dinero ilícitamente obtenido es también una acción de ocultamiento de su origen (668/2005, de 27 de mayo [LA LEY 2017500/2005]).

4. Tráfico de drogas.

La invocación del Convenio de Estrasburgo [art. 6, ap. 2, ep. b)] lo que trata de impedir es que si existe condena por un delito de tráfico de drogas y completa identidad entre el objeto económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico. Consecuentemente, no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el art. 368 CP ya contempla actos de tráfico, en los que van implícitas las ganancias, que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar (575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003]).

Concurso real de delitos

En un pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, celebrado el día 18 de julio de 2006, se abordó el tema del blanqueo de capitales cometido por el propio traficante y se alcanzó el acuerdo de que el art. 301 del Código Penal no excluye, en todo caso, el concurso real con el delito antecedente, criterio que ha sido mantenido en Sentencias como es exponente la número 1260/2006, de 1 de diciembre [LA LEY 181080/2006], en la que se remite a dicho acuerdo y declara que no hay ningún obstáculo para la punición del delito de blanqueo y que se está ante dos delitos —tráfico de drogas y blanqueo de capitales— en concurso real. Y en ese sentido ya se había pronunciado Sentencias anteriores a dicho acuerdo como sucedió con la Sentencia 1293/2001, de 28 de julio [LA LEY 8631/2001], en la que se declara que tampoco sería ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen ilícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la

disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción (...)». Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal (960/2006, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008]).

Art. 301.1 CP. Pfo. 2.º, Tipo agravado: La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el art. 374 de este Código.

El tipo de blanqueo de dinero procedente del tráfico de drogas no ha experimentado, en el decurso de sus modificaciones legales, más alteración que la significada por su transformación de tipo básico en tipo agravado (1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001]).

Por ello, el presente análisis ha de entenderse como complemento al ya realizado con respecto al tipo básico, del todo aplicable en este punto.

Bien jurídico

El delito de receptación del art. 546 bis.f), introducido por la LO de 24-03-1988, supone el aprovechamiento para sí o para un tercero de los efectos o ganancias obtenidos por la comisión de alguno de los delitos en los arts. 344 a 344 bis.b), y, según la Exposición de Motivos del texto citado, su finalidad es hacer posible la intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito penal de tráfico de drogas, estando constituido su objeto no sólo por los efectos del delito principal, sino los derivados, por lo que se trata de una recepción sustitutiva, sancionándose no sólo la receptación propia, sino también el auxilio para que un tercero se lucre (45/2003, de 28 de febrero [LA LEY 12412/2003]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

No es ningún imposible jurídico, dadas las características del tipo, que el propio narcotraficante se dedicara a realizar actos de blanqueo de su propia actividad, ya que el art. 301 del Código Penal tanto comprende la realización de actos de ocultamiento o encubrimiento del origen lícito de actividades propias, como de terceras personas que hayan participado en la infracción, para eludir las consecuencias legales de sus actos. En este sentido, el citado precepto emplea la disyuntiva «o» entre ambas conductas, unas propias, y otras de terceros, «o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción (...)». Téngase en cuenta, por otro lado, que la finalidad de la punición del blanqueo de capitales es conseguir una mayor eficacia en la persecución de este tipo de delitos, incidiendo en dos bienes jurídicos distintos, sin que se excluya de forma expresa al autor del delito, como ocurre con la receptación, dentro de nuestro sistema jurídico-penal (1293/2001, de 28 de julio [LA LEY 8631/2001]).

Debemos insistir en la innecesariedad de implicar a los condenados de manera directa y personal en el tráfico de drogas. Debemos concentrarnos en establecer los parámetros indiciarios

que permitan considerar probado que todos los bienes y productos, que de manera precisa se especifican en la Sentencia con todo género de detalles tienen origen ilícito, descartando, de forma contundente, razonada y lógica las justificaciones, absolutamente inverosímiles, de los acusados (1505/2005, de 23 de febrero [LA LEY 2174572/2005]).

Conducta

Los bienes a ocultar proceden de hechos susceptibles de ser calificados como un delito grave de tráfico de drogas (575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003]).

Para el anterior contenido del 301.1, segundo párrafo:

Tratándose de drogas que causan grave daño a la salud, cualquier conducta relacionada con actividades ilícitas sobre tales sustancias merecen el calificativo de graves. Si la droga es de las que no causa grave daño a la salud, habrá que ponderar un posible origen en los subtipos descritos en el art. 369 CP que hacen referencia al artículo precedente (575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003]).

Elementos subjetivos

Dolo

No existe diferencia apreciable entre la exigencia del art. 546 bis.f) CP 1973, de que el autor del delito actuase «con conocimiento de la comisión» de los delitos en que se hubiese originado la ganancia blanqueada y la exigencia, establecida en el art. 301 CP 1995, de que la conducta se realice «sabiendo» que los bienes adquiridos, convertidos o transmitidos tienen el mismo ilícito origen. Conocer vale tanto como saber (1704/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8397/2001]).

Sobre el conocimiento de que el dinero procede del narcotráfico, el referente legal lo constituye la expresión «sabiendo» que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a que atenerse respecto de alguien (254/2001, de 4 de enero [LA LEY 8638/2001], transcrita por 113/2004, de 9 de octubre, y por 1426/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10454/2006]).

Tal conocimiento debería alcanzara la gravedad de la infracción de manera general, y en su caso, y de la misma forma genérica, a la procedencia del tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado del art. 301.1.2, 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009].

El juicio sobre la prueba, practicado por el Tribunal a quo, vulnera, en primer lugar, las máximas de la experiencia cuando afirma que la operación de compra realizada por el acusado «no tiene otra justificación que el tráfico de hachís» y que «tal obviedad es conocida por cualquier persona en esta ciudad» y que, insistiendo en este mismo argumento, «el origen ilícito de las cantidades de dinero necesarias para la adquisición de estos bienes de lujo, no puede ser otro, en esta zona, que el tráfico de drogas». Las máximas de experiencia no son adecuadas para reemplazar la prueba del origen del dinero, cuando le Tribunal de la causa, como ocurre en este caso, no ha

podido señalar el menor indicio de que el mismo provenga de operaciones de ilícito comercio. Es preciso tener en cuenta que ni siquiera se han podido señalar relaciones personales del acusado con personas dedicadas al tráfico de drogas, ni existe ninguna vinculación, al menos mediata, del mismo con alguna operación sospechosa que pudiera sugerir las afirmaciones realizadas en la Sentencia recurrida. Asimismo el razonamiento del Tribunal de instancia es lógicamente incorrecto. En efecto, de lo que se consideran prácticas generalizadas en Ceuta, no es posible deducir que todos los casos como el presente son una manifestación de esas prácticas. En todo caso, es necesario que la premisa mayor del silogismo judicial sea suficientemente concreta como para permitir deducir de ella la consecuencia que se pretende. Pero, en el presente caso la premisa no sólo tiene una inaudita generalidad, sino, que además, como tal no está probada (1342/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2129476/2005]).

Imprudencia grave

Ver art. 301.3 CP y *Blanqueo realizado por Imprudencia Grave* (301.3 CP).

Consumación y tentativa

Consumación

La simple posesión del dinero, con finalidad de transformación, supone que el delito quedó consumado, grado de ejecución diferente a la del mismo agotamiento delictivo, que en efecto no se produjo, tanto por la actuación policial, como por la confesión reparadora del recurrente (1501/2003, de 19 de diciembre [LA LEY 973/2004]).

Concursos

Concurso de normas

Tráfico de drogas

La invocación del Convenio de Estrasburgo [art. 6, ap. 2, epígf. b)] lo que trata de impedir es que si existe condena por un delito de tráfico de drogas y completa identidad entre el objeto económico del mismo y el blanqueo producido, no debe sancionarse por dos veces al autor del tráfico. Consecuentemente, no es posible la penalización autónoma de la ocultación o transformación de los efectos del delito a quien a su vez ha sido castigado como autor del primer delito, pues el art. 368 CP ya contempla actos de tráfico, en los que van implícitas las ganancias, que en un afán de agotamiento del delito, el sujeto agente trata de aprovechar y ocultar (575/2003, de 14 de abril [LA LEY 71351/2003]).

Encubrimiento (art. 451)

El delito del art. 301.1, con la agravación específica del párrafo II por referirse a un delito de tráfico de drogas, sanciona unas conductas más específicas del encubrimiento y cuya aplicación es obligada por lo dispuesto en la regla 1.ª del art. 8 del CP, ya que el legislador ha querido penar como delito especial unas conductas que considera más graves que los encubrimientos ordinarios (155/2002, de 19 de febrero [LA LEY 38940/2002]).

Ver concursos del tipo básico.

Art. 301.2 CP. Mutación de los bienes: Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

Conducta

Con objeto de cerrar el círculo de conductas lo más posible y evitar actividades de ingeniería financiera o comercial, el apartado 2 del art. 301 del Código Penal, sanciona también los actos de ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos (924/2005, de 17 de junio [LA LEY 1729/2005]).

Ocultar o encubrir la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos a sabiendas de su procedencia ilícita (2410/2001, de 18 de diciembre [LA LEY 990/2002]).

Se tipifica ahora la denominada «receptación del blanqueo», por lo que la conducta no recae sobre los bienes procedentes del previo delito, sino sobre los que ya han sido objeto de alguno de los actos de blanqueo descritos con anterioridad, lo que exige que tales bienes hayan experimentado ya alguna transformación (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]).

Elementos subjetivos

Sobre el conocimiento de que el dinero procede del narcotráfico, el referente legal lo constituye la expresión «sabiendo» que en el lenguaje normal equivale a tener conciencia o estar informado. No implica, pues, saber (en sentido fuerte) como el que podría derivarse de la observación científica de un fenómeno, o de la implicación directa, en calidad de protagonista, en alguna realización; sino conocimiento práctico, del que se tiene por razón de experiencia y que permite representarse algo como lo más probable en la situación dada. Es el que, normalmente, en las relaciones de la vida diaria permite a un sujeto discriminar, establecer diferencias, orientar su comportamiento, saber a que atenerse respecto de alguien (254/2001, de 4 de enero [LA LEY 8638/2001], transcrita por 1426/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10454/2006]).

Autoría y participación

Cabe una autoría independiente de este delito de la que corresponde a la primera operación (en referencia a la comisión de la conducta descrita en el 301.1 CP) si fuesen personas distintas las que interviniesen en las distintas fases (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003]).

Concursos

Concurso real

Tipo básico de blanqueo de capitales (art. 301.1)

Es cierto que pueden solaparse estas conductas con las previstas en el número segundo del citado precepto y es que la distinción entre ambos no está tanto en la clase de operación realizada como en la fase sucesiva en que se produce el blanqueo de bienes, pues de lo que se trata es de

hacer posible la intervención del Derecho penal cualquiera que haya sido el destino ulterior de dichos bienes, de forma que en supuestos de sucesivas operaciones de blanqueo es aplicable el número segundo (1070/2003, de 22 de julio [LA LEY 2921/2003], transcrita por 212/2006, de 2 de marzo [LA LEY 2249900/2006]).

Art. 301.3 CP. Blanqueo realizado por Imprudencia Grave: Si los hechos se realicen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triple.

La modalidad imprudente establecida en el art. 301.3 del CP contrasta con la naturaleza dolosa del delito de blanqueo con cuya inclusión el Legislador desborda las previsiones contenidas tanto en la Convención de Viena (art. 3.1) como en la Directiva Comunitaria 308/1991 (art. 1.º) y en la reciente Directiva 60/2005 (art. 1.2), que se refieren siempre a comportamientos realizados intencionadamente; aunque el Convenio relativo al blanqueo seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, hecho en Estrasburgo el 8-11-90, dejó a criterio de cada Estado parte la tipificación de comportamientos imprudentes (art. 6.3). Con esta formulación el Derecho español se inscribe en la línea de países como Alemania (art. 261 CP), Bélgica (art. 505), Italia (Leyes 18-5-78 y 9-8-93) que establecían igual previsión (A 790/2009, de 16 de abril [LA LEY 49873/2009]).

Doctrinalmente, resulta cuestionable que los tipos penales que incorporan elementos subjetivos del injusto sean susceptibles de comisión imprudente (959/2007, de 23 de noviembre [LA LEY 193620/2007]), sobre todo cuando —como sucede en el presente caso— el legislador no crea un tipo distinto en el que se describen las correspondientes conductas basadas en la infracción del deber de diligencia, a lo que no equivale la alusión a «si los hechos se realicen por imprudencia grave» con lo que se hace una remisión al tipo doloso, aunque se hable de «hechos» y no de «conducta». Señala 1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005], que, ciertamente, el blanqueo por imprudencia no deja de presentar dificultades dogmáticas, por cuanto el blanqueo de capitales es delito esencialmente doloso que incorpora incluso el elemento subjetivo del injusto consistente en conocer la ilícita procedencia de los bienes y la intención de coadyuvar a su ocultación o transformación, y porque la distinción entre culpa grave, en este caso punible, y leve, no punible, participa de la crítica general a la distinción por su «ambigüedad e inespecificidad», y por contradecir el criterio de «taxatividad» de los tipos penales, reproducida por 960/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008].

A pesar de ello, recuerda la doctrina que el principio de legalidad, evidentemente, obliga a considerar la comisión imprudente del delito (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]). La imprudencia se exige que sea grave, es decir, temeraria. Así, en el tipo subjetivo se sustituye el elemento intelectual del conocimiento, por el subjetivo de la imprudencia grave, que por ello recae precisamente sobre aquel elemento intelectual. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos,

adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquéllos procedan (A 790/2009, de 16 de abril [LA LEY 49873/2009], 1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]). En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa con ignorancia deliberada (*willful blindness*), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]). Se incurre tanto si hay representación (considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen) como cuando no la hay (no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero) (A 790/2009, de 16 de abril [LA LEY 49873/2009]). Existe un deber de conocer que impide cerrar los ojos ante las circunstancias sospechosas (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]).

Asimismo, se discute acerca de cuál sea el origen del deber objetivo de cuidado exigible en el caso concreto y quiénes son los sujetos destinatarios de las reglas de prudencia. La norma no distingue en cuanto a los posibles sujetos activos, por lo que en principio puede serlo cualquier persona que contribuya al resultado del blanqueo de bienes, siempre que incurra en grave dejación del deber de diligencia exigible o meramente esperable de cualquier persona precavida. Problemático será en las actividades sociales en que no se han establecido normas de cuidado, o en las situaciones atípicas, determinar el cuidado objetivamente debido mediante el criterio de la conducta que observaría en esa situación concreta una persona inteligente y sensata de la misma profesión o círculo social, y si es en el ámbito de los negocios cuál sería la actitud con respeto a la realización de operaciones comerciales extrañas (pago con elevadas sumas en metálico, transferencias a o de paraísos fiscales, etc.). Supuesto, por tanto, que todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo la distinción entre imprudencia grave y leve, a pesar de su sutilidad y dificultad, radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado, caracterizándose la primera por la omisión de todas las precauciones o, al menos, una grave infracción de normas elementales de cuidado (A 790/2009, de 16 de abril [LA LEY 49873/2009]). Ya algún fallo de Tribunales de instancia, distinto del ahora recurrido vino a reputar la imprudencia de grave o inexcusable cuando cualquier persona mínimamente cuidadosa advierte el riesgo, y, advertido el riesgo, la actividad entraña un alto nivel de omisión de la diligencia debida (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]). La Sala Segunda tiene declarado que a pesar de las divergencias existentes al respecto en la doctrina, puede concluirse que el supuesto previsto en el art. 301.3 CP es un delito común, de manera que puede ser cometido por cualquier ciudadano, en la medida en que actúe con falta del cuidado socialmente exigible para evitar el daño al bien jurídico protegido, y, por tanto, todos los ciudadanos tienen un deber de diligencia que les obliga a actuar prudentemente para evitar realizar un delito de blanqueo. Y en 34/2007, de 1 de febrero [LA LEY 1534/2007], se dice que en la medida en la que el delito de blanqueo de dinero admite la forma de comisión imprudente, no cabe plantear en el caso el problema de si la cooperación debe ser dolosa; tampoco se plantea aquí la cuestión de si el acusado puede ser coautor; el art. 301.3 obvia la cuestión, puesto que toda participación infringiendo el cuidado debido es constitutiva de autoría (960/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008]).

La L 19/1993 (y su Reglamento de 1995) prevé el incumplimiento de obligaciones específicas exigibles a determinados profesionales. En estos casos, el blanqueo por imprudencia reviste el ca-

rácter de delito especial, que sólo pueden cometer los destinatarios de los deberes que impone la normativa administrativa (intermediarios financieros, mediadores en las transacciones inmobiliarias, profesionales del sector bancario, etc.). En estos casos, la normativa administrativa se refiere al blanqueo de bienes procedentes de cualquier delito castigado por pena de prisión superior a 3 años. El CP, en cambio, se extiende a los que procedan de cualquier delito, viniendo a decir el art. 301.3 que si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]). De conformidad con el Reglamento de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, las obligaciones, actuaciones y procedimientos dirigidos a prevenir e impedir la utilización del sistema financiero y de otros sectores de la actividad económica para el blanqueo de capitales procedentes de cualquier tipo de participación delictiva, en la comisión de un delito castigado con pena de prisión superior a tres años, delimita los posibles sujetos activos de una omisión negligente. Los sujetos obligados son los siguientes: a) las entidades de crédito; b) las entidades aseguradoras autorizadas para operar en el ramo de vida; c) las sociedades y agencias de valores; d) las sociedades de inversión; e) las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva y de fondos de pensiones; f) las sociedades gestoras de cartera; g) las sociedades emisoras de tarjetas de crédito; h) las personas física o jurídicas que ejerzan actividad de cambio de moneda o gestión de transferencias, sea o no como actividad principal, respecto a las operaciones realizadas con esa actividad. Asimismo quedan obligadas las personas físicas o jurídicas que ejerzan las siguientes actividades profesionales o empresariales: a) casinos de juego; b) las actividades de promoción inmobiliaria, agencia, comisión o intermediación en la compraventa de inmuebles; c) las personas físicas o jurídicas como Auditores, Contables externos o Asesores fiscales; y d) los Notarios, Abogados y Procuradores. Finalmente, establece el Reglamento que «como funcionarios especialmente obligados a este deber de colaboración se considerará a los registradores de la propiedad y mercantiles». Toda esta amplia gama de personas puede comportarse de forma negligente en el cumplimiento de su deber de especial cuidado que les obliga a comunicar operaciones sospechosas. El particular que colabora no puede refugiarse en la ignorancia de la procedencia del dinero. Nadie puede justificar seriamente que se presta a transportar cantidades de dinero, sin más detalles ni datos del que les entrega la cantidad y de la persona o grupo a la que van destinados (924/2005, de 17 de junio [LA LEY 1729/2005]).

En cuanto a la alegación del recurrente sobre que las únicas modalidades de blanqueo que admiten comisión culposa son las contenidas en el art. 301.2 CP, ya que la exigencia de un conocimiento de la procedencia de los capitales como ganancias del narcotráfico, impide la comisión culposa, también ha de ser rechazado, porque —como apunta el Ministerio Fiscal— el argumento está mal planteado y es erróneo. Basta apreciar que el tenor literal del art. 301.3 CP se refiere a todos los hechos descritos en los apartados 1 y 2 del mismo, sin hacer distinción alguna, para tipificar su posible comisión culposa (1034/2005, de 14 de septiembre [LA LEY 2044325/2005]).

Y en referencia concreta a los Abogados, no cabe duda la tipicidad penal de las conductas de los Abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente busca asesoramiento para tales fines. Asimismo, debe considerarse que está justificado que se aplique el delito de blanqueo si, para un potencial infractor, la posibilidad de contar con la conducta del Letrado *ex post* puede valorarse como un incentivo para realizar el delito previo que disminuya la capacidad disuasoria de la pena prevista para dicho delito, esto es existirá el delito de blanqueo cuando la prestación de servicios del Abogado genere objetivamente un efecto de ocultación y, por tanto, la consolidación de las ganancias

del delito. Todo ello revela su conocimiento de la labor de asesoramiento en la ocultación de ingresos irregulares de Ismael bajo la ficticia apariencia de la identidad de su madre, que excede de la mera llevanza de los negocios familiares, y que puede subsumirse en el art. 301.3 CP, pues si el dolo, a juicio de la Sala, no ha sido demostrado, es evidente que el recurrente no ha tomado ninguna medida de precaución para que su participación no favoreciera la comisión del delito o no aumentara el riesgo de la misma. Por tales razones —dice la STS 34/2007, de 1-2— la acción que se le imputa no es simplemente neutral y su imprudencia no puede ser cuestionada (16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]).

Otras cuestiones

En un único motivo de contenido casacional, formalizado al amparo de lo autorizado en el art. 849-1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este recurrente impugna la no devolución del dinero, que poseía en el momento de su detención, y su ordenado ingreso en el Tesoro Público, que el Tribunal de instancia deduce de una interpretación conjunta del RD 467/2006 y del RD 2783/1976, relativos ambos a los depósitos judiciales, operación que lleva a cabo analógicamente al señalar que no es aplicable el art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El motivo será estimado. La Sala sentenciadora de instancia, tras declarar que no se ha acreditado que el dinero incautado tenga una procedencia criminal o estuviera destinado a fines criminales, concluye que, en consecuencia, «es evidente que no es procedente el comiso», pero llega al resultado que debe ser ingresado en el Tesoro, que es lo mismo, al fin y al cabo, que decomisarlo. El art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula las tercerías que se ejerciten con respecto a la propiedad de las piezas de convicción, ofreciendo a los terceros interesados un plazo para acudir a los Tribunales del Orden Civil. Transcurrido el plazo, si nadie interesare la retención mediante la correspondiente tercería civil, se entregarán a sus dueños. Y aquí se consigna una ficción legal: se reputará dueño el que estuviere poseyendo la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de Instrucción. El recurrente tenía tal posesión en el momento de la incautación judicial del dinero que transportaba. Éste, como dicen los Jueces *a quibus*, no tiene acreditadamente una procedencia criminal, luego debe aplicarse tal precepto en la Sentencia recurrida, como ordena el art. 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que cita expresamente el art. 635 para las Sentencias absolutorias, aunque referido a las piezas de convicción que entrañen peligro por su naturaleza. Así lo ha dispuesto la Sala Segunda en 436/1999, de 11 marzo [LA LEY 4552/1999]: el Tribunal actúa de oficio, tratándose del cese de la intervención de efectos o de medidas cautelares, en hipótesis de Sentencia absolutoria, conforme al art. 635 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sea preciso reclamación o petición previa. O en la más antigua STS de 27 de junio de 1981, en donde se razona que «respecto al destino que procedía dar a la cantidad de 10.400 ptas. que le fueron encontradas al procesado a la hora de su detención e ingresadas por el Juzgado Instructor en la Caja General de Depósitos, a resultas de la causa, cuyo destino había de consistir en su devolución a su legítimo dueño, en este caso el procesado, ya que si inicialmente procedía su retención, como indiciaria y en calidad de pieza de convicción, hasta determinar si la misma procedía de la venta ilegal de estupefacientes, al no determinarse en la Sentencia la procedencia ilegal de ella, debió acordarse en el fallo de la misma su devolución a su dueño» (618/2009, de 1 de junio [LA LEY 119126/2009]).

Con respecto a la proporcionalidad de las escuchas telefónicas en investigaciones por posible comisión de blanqueo, señala 960/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226064/2008], que el delito de blanqueo de capitales es en principio un delito menos grave, aunque en alguna de sus modalidades puede convertirse en grave. La lucha contra el blanqueo de capitales es hoy una de

las preocupaciones preferentes de política criminal a nivel no sólo europeo sino también mundial, y la dificultad de investigación por otros medios, especialmente en operaciones internacionales, con organizaciones coordinadas lo que supone altos niveles de opacidad, son criterios que deben tomarse en consideración para decidir la proporcionalidad de la medida, a lo que hay que añadir que, en este caso, dicho delito de blanqueo de capitales aparecía relacionado, en su origen, con presumibles conductas de tráfico de drogas, cuya gravedad, cuando se trata de sustancias que causan grave daño a la salud, nadie puede cuestionar. No puede hablarse, pues, de falta de proporcionalidad de la medida.

Artículo 302.

1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezca a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo, y podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

a) La aplicación de cualquiera de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

b) La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

CONCORDANCIAS

CP: art. 301.

Art. 302, modificado por la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción originaria la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y podrán decretar, asimismo, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o clausura definitiva de sus locales o establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización, o clausura de sus locales o establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.

c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años».

Concepto de organización

La organización da lugar a un concepto abierto, en el sentido admitido en la doctrina moderna de la autoría y la participación, que permite definirla como la coordinación de la complejidad de la empresa delictiva planificada. Es preciso tener en cuenta en la interpretación del concepto de organización que ya el tipo básico del delito ha unificado todas las formas de cooperación bajo el concepto unitario de autor, que extiende a toda participación la calidad de autoría. La organización, por lo tanto, es, en realidad, una agravante de segundo grado, que requiere una actividad de coordinación semejante a la de una empresa, aunque sea puntual y de pequeña entidad, pero cualitativamente diferenciable de la simple concurrencia de personas en el delito (688/2009, de 18 de junio [LA LEY 112739/2009]). Señala 1179/2006, de 5 de diciembre [LA LEY 175850/2006]: «En efecto, es claro que el concepto de organización comporta una modificación cualitativa de la participación de varias personas en el delito, capaz de aumentar su capacidad ofensiva. Los elementos que permiten determinar estas circunstancias son tan variadas como pueden serlo las formas que adopte cada organización (...) La organización exige la coordinación de diversas actividades individuales de una cierta complejidad en la realización del plan delictivo. De acuerdo con 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007], que transcribe a 864/1996, de 18 de noviembre [LA LEY 1183/1997], la organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, mas no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación directa o indirecta, en los actos delictivos. Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional “consorcialidad para el delito”. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización» (1419/2003, de 31 de octubre [LA LEY 473/2004], 57/2003, de 23 de enero [LA LEY 11568/2003]). Precisa de cierta permanencia aunque puede valer la constituida para una operación específica, siempre que exista un centro de decisiones, diversos niveles jerárquicos y posibilidad de sustitución de unos por otros (1095/2001 de 16 de julio). El concepto de organización supone la concertación de esfuerzos para conseguir un fin delictivo que, por su propia naturaleza, necesita de un tejido estructural que haga imprescindible una colaboración ordenada y preestablecida entre varias personas (1504/2003, de 25 de febrero [LA LEY 845/2004]). La STS 19-9-2002 precisó que en nuestro Código no se dice qué ha de entenderse por organización o asociación a los efectos de la concurrencia de esta agravación. Según doctrina de esta Sala, basta al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, en éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad, así

las cosas todos los partícipes en el delito integrados en tal estructura «pertenezcan» incurrir en este subtipo agravado. En definitiva, el concepto de organización es relativamente indeterminado y su apreciación requiere, según la jurisprudencia, las siguientes notas: a) existencia de una pluralidad de personas; b) distribución de cometidos entre ellas; c) estructura jerarquizada; d) plan predeterminado en cuyo desarrollo se actúa; e) dotación de medios asignados al fin delictivo; y f) estabilidad o vocación de constituidad (SSTS 31-10-2003, 25-2-2004, 19-1-2005, 2-2-2005). A tener en cuenta que, según dispone el art. 282 bis.4 LECrim., «A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes» [entre los que se encuentran los relativos al blanqueo de bienes del art. 301, según el apartado c) del art. 282 bis.4]. Por exigirlo así el tipo cualificado, la organización debe dedicarse efectivamente al blanqueo (137/2005, de 2 de febrero, 798/2005, de 29 de junio, 110/2006, de 8 de febrero), aunque no sea ésta su única finalidad (28-11-2001, 483/2007, de 4 de junio [LA LEY 51960/2007]).

El concepto de organización diseñado para la agravante 369.6 CP del tráfico de drogas es tratado por diversas Sentencias. Dentro de las dificultades que siempre implican las referencias conceptuales normativas de los tipos penales —en el presente caso, a una organización (subtipo agravado del delito de tráfico de drogas contemplado en el núm. 2.º del art. 369 del CP, que en el texto anteriormente vigente se recogía en el núm. 6.º del mismo artículo, que es el citado, sin duda por error, por la parte recurrente)— la jurisprudencia ha ido perfilando los caracteres esenciales que lo definen: intervención de una pluralidad de personas, con una cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase la simple y ocasional «conSORCIABILIDAD» para el delito, existencia de un plan o propósito para desarrollar la idea criminal, concurrencia de una cierta estructura jerárquica con distribución de cometidos, con empleo de medios idóneos (210/1995, de 14 de febrero, 867/1996, de 12 de noviembre [LA LEY 1711/1997], 479/1998, de 6 de abril, 1419/2003, de 31 de octubre [LA LEY 473/2004], 322/2004, de 12 de marzo [LA LEY 12331/2004]), 1368/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 10710/2005]). Señala 57/2003, de 23 de enero [LA LEY 11568/2003], que para evitar una desnaturalización de lo que ha de ser entendido como organización —dado el carácter ocasional y transitorio que se requiere para la agravación— esta Sala ha procurado buscar criterios que integren su contenido evitando que la misma pueda ser de aplicación tanto al famoso cártel que opera internacionalmente como grupo que opera en un barrio y se dedica al tráfico, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuridicidad. Por ello debe ser interpretada restrictivamente para guardar la debida proporcionalidad ante los hechos a los que se aplica (57/2003, de 23 de enero [LA LEY 11568/2003]). Ha de partirse de la acepción que proporciona el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Organización significa «establecer o reformar una cosa, sujetado a reglas el número, orden, armonía y dependencia de las partes que lo componen o han de componerlo». La jurisprudencia en interpretación de esta agravación, ha distinguido entre participación plural de personas, encuadrable en el ámbito de la coautoría, y aquella otra que se integra en la modalidad agravada. En su virtud ha afirmado que la mera presencia de varias personas con decisión común en la ejecución de unos hechos típicos del delito contra la salud pública indica una pluralidad de personas que son autores o partícipes en el hecho delictivo pero no tiene por qué suponer la aplicación de la agravación específica derivada de la organización. Así la STS de 12 de julio de 1991 [LA LEY 14150-R/1991] (siguiendo el criterio de otras precedentes) nos dice que: «Como ha dicho reiteradamente esta Sala (SS 16-2-1988, 20-10-1988, 6-7-1990 y otras), no basta que haya una codelincuencia, es decir, varias personas responsables de este delito por su acción conjunta, para que tenga que aplicarse esta agravación. Es necesario que esta plura-

lidad de personas previamente puestas de acuerdo para difundir la drogas se encuentren coordinadas entre sí, normalmente con una estructura jerárquica que determina la existencia de unos jefes, administradores o encargados cuya mayor responsabilidad penal está prevista en la legislación ahora vigente (LO 1/1988, de 24-3, en el nuevo art. 344 bis) con distintas tareas encomendadas a cada uno de los partícipes que no tienen por qué ser siempre las mismas para cada persona, todo ello con una cierta duración o permanencia en el tiempo, pues no bastan una o muy pocas actuaciones esporádicas, requisito este último atenuado en la norma penal actual que trata de ampliar el ámbito de aplicación de esta agravación específica al haber añadido las expresiones «incluso de carácter transitorio» y «aun de modo ocasional». Debe añadirse que aunque por desgracia sea frecuente y ello constituya la forma más grave en esta modalidad de delito, no es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico, a veces con conexiones a nivel internacional o mundial, ni tampoco que tenga un organigrama complejo tipo «mafia», ni menos aún que se adopte una determinada forma jurídica que sirva de fachada para tapar estas actividades que necesitan de la clandestinidad para poder ser más eficaces y burlar así mejor la vigilancia de los distintos Estados, así como que tampoco se excluye esta especial figura delictiva por el hecho de que la misma organización se dedique, además, a otras actividades lícitas. Pero precisamente por la clandestinidad con que normalmente se actúa en estos casos, el problema fundamental no radica en la fijación de unos criterios, más o menos amplios y flexibles, necesarios para precisar este concepto, por su propia naturaleza indeterminado, sino en lo concerniente a su prueba, para cuya solución obviamente habrá de estarse a las particularidades de cada caso, si bien teniendo en cuenta que, desde luego, no puede exigirse que quede acreditada la forma concreta en que aparece cada uno de los elementos que, conforme antes se ha dicho, delimitan este concepto.

Ha de considerarse bastante con que quede de manifiesto por los medios de prueba utilizados la realidad de cada uno de tales elementos definidores (pluralidad de personas, coordinación entre ellas y una cierta duración o permanencia), aunque su concreción en el supuesto específico de que se trate no sea posible precisamente por el cuidado de todos los partícipes en no dejar huellas de su actividad delictiva. En este repaso a los pronunciamientos jurisprudenciales destaca la Sentencia 864/1996, de 18 de noviembre [LA LEY 1183/1997], al señalar: «La organización implica todos aquellos supuestos en los que dos o más personas programan un proyecto, un plan o un propósito para desarrollar la idea criminal, mas no precisa la existencia de una organización más o menos perfecta, más o menos permanente, incluso ha de añadirse que no es de apreciar tal agravante por la sola circunstancia de que exista una simple coordinación entre varios partícipes para la ejecución del hecho, tampoco, obviamente, puede confundirse con la autoría o con la participación. El amplio concepto con que se configura el supuesto supone que en el mismo se acoja a cuantos intervienen en ella, cualquiera que fuera el momento en el que se insertan en la organización o la forma de participación, directa o indirecta, en los actos delictivos. Lo único exigible para la supervivencia del subtipo es que el acuerdo o plan se encuentre dotado de una cierta continuidad temporal, o durabilidad, más allá de la simple u ocasional “consorciabilidad para el delito”. Entonces la organización lleva consigo, por su propia naturaleza, una distribución de cometidos y de tareas a desarrollar, incluso una cierta jerarquización». Finalmente, 867/1996, de 12 de noviembre [LA LEY 1711/1997], entiende «que el concepto de organización implica un programa de actuación, con cierta permanencia y estructura jerárquica, que a su vez permita la distribución de las tareas a realizar, mediante el reparto de papeles a desempeñar, con lo que se prevén cambios o sustituciones entre todos los componentes del grupo, mas en cambio no depende esa figura delictiva del mayor o menor número de personas que las integren, de reglas o estatutos preestablecidos, de siglas, o normaciones expresas, ni de cualquier otro formalismo constituyente» (57/2003, de 23 de enero [LA LEY 11568/2003]).

Pertenencia a la organización

Como recuerda 190/2005, de 16 de febrero [LA LEY 12328/2005], «una cosa es dicha conexión o relación, y otra distinta concluir que en base a ella pertenezca o forme parte de una organización dedicada a los fines señalados en los supuestos del artículo anterior, es decir, no la organización al tráfico de drogas, sino la constituida para el blanqueo del dinero procedente de aquel tráfico. El argumento de la Audiencia no es suficiente teniendo en cuenta que en el *factum* sólo se afirma su condición de mero testaférro, que no implica por sí solo esa pertenencia al no ser lo mismo que ponerse de acuerdo con los integrantes de un grupo organizado, como expresa la Audiencia. La prueba en relación con este ingrediente de hecho del tipo penal aplicado tampoco es suficiente, por cuanto la inferencia resulta excesivamente abierta, pues cabe también la hipótesis de la colaboración sin pertenencia». En caso esencialmente idéntico al que nos ocupa (266/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11876/2005]), tras recordar las Sentencias antes citadas, argumenta que la actuación del acusado fue concreta y simple, limitándose a adquirir la embarcación, utilizando el dinero que para ello se pondría a su disposición, añadiendo que el acusado «bien pudo recibir el dinero de una persona individualmente considerada, aunque dedicada al ilícito tráfico». La argumentación de la Sala de instancia contenida en el último párrafo de su fundamento de derecho primero no desvela las incógnitas que se plantean. La «concentración de acciones del mismo tipo que la de autos, en un lugar tan cerrado y al mismo tiempo tan reducido como la ciudad de Ceuta, que ha generado cientos de procedimientos por los mismos hechos», no proporciona datos suficientemente inequívocos y detallados como para concluir que el acusado pertenecía a la organización de referencia (1611/2005, de 26 de diciembre [LA LEY 10751/2006]).

798/2005, de 29 de junio [LA LEY 145402/2005], establece que resulta una inferencia excesivamente abierta y con una inocultable debilidad probatoria, si no ausencia de pruebas, el señalar que: «la realidad de tal organización viene dada por la necesidad de que las operaciones antes descritas (tráfico de drogas) cuya finalidad era la de blanquear capitales de origen ilícito, hayan sido realizadas por un grupo de personas, de forma coordinada, con distribución de tareas y vocación de continuidad y permanencia (...)». Se puede presumir que existe otra persona que ha facilitado el capital al acusado, pero nada más. Deducir de ahí que exista una organización destinada al blanqueo de capitales hay una gran distancia que las reglas de la lógica y la experiencia no cubren (798/2005, de 29 de junio).

La actuación del acusado fue concreta y simple, limitándose a adquirir la embarcación, utilizando un dinero que para ello se pondría a su disposición. No se ve la imprescindibilidad de la actuación de todo un grupo, dotado de un programa de actuación, cierta permanencia y estructura (1260/1997, de 13 de octubre). Bien pudo recibir el dinero de una persona individualmente considerada, aunque dedicada al ilícito tráfico. La admisibilidad de la posibilidad alternativa distinta de la aceptada por la Sala de instancia, lleva al rechazo de la razonabilidad de su argumentación y de su conclusión, que no puede compartirse (137/2005, de 2 de febrero [LA LEY 11534/2005]).

Artículo 303.

Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

CONCORDANCIAS

CP: art. 24.

Las profesiones especialmente previstas por la ley para poder sufrir una inhabilitación son las mencionadas en el tipo, esto es, empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, y cuando se trata de facultativos, la norma lo interpreta de forma auténtica, señalando en su párrafo segundo, que «a tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes». Lo primero que debemos indicar es que no parece un elenco de profesiones que puedan estar ordinariamente dedicadas a cometer un delito de blanqueo de capitales, dentro del ejercicio de su profesión u oficio, como reclama expresamente el precepto analizado. Y, en segundo lugar, que el principio de taxatividad que requiere la interpretación de la norma penal, proscribiendo toda interpretación extensiva *in malam parte*, impide subsumir la profesión de Abogado en tal enumeración, pues los hechos se produjeron en una especie de intermediación mediante comisión; al no estar incluida la profesión de Abogado en el listado de posibles inhabilitaciones, y no haberse cometido los hechos como Abogado en ejercicio (defensa de derechos e intereses ajenos), se ha producido la infracción legal demandada (1501/2003, de 19 de diciembre [LA LEY 973/2004]).

Artículo 304.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 301 a 303 se castigarán, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

CONCORDANCIAS

CP: arts 17 y 18.

TÍTULO XIV

DE LOS DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA Y CONTRA LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 305.

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las

devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de 120.000 euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado tributario.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o puede afectar a una pluralidad de obligados tributarios.

Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

3. Las mismas penas se impondrán cuando las conductas descritas en el apartado 1 de este artículo se cometan contra la Hacienda de la Comunidad Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 50.000 euros.

4. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 31, 41 y 129.

CP: arts. 24, 306, 309, 627, 628 y DF 5.^a

LGT.

L 44/2002, de 22 de noviembre, de Ordenación Económica.

L 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y sus modificaciones.

RD 214/1999, de 5 de febrero, de Reglamento del Impuesto sobre la renta de las personas físicas y sus modificaciones.

L 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la renta de no residentes y sus modificaciones.

RD 326/1999, de 26 de febrero, que aprueba el reglamento del Impuesto sobre la renta de no residentes.

L 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades y sus modificaciones.

RD 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sociedades.

L 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales y sus modificaciones.

RD 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y sus modificaciones.

RD 1624/1992, de 29 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y sus modificaciones.

L 49/2002, de 23 de diciembre, de Régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo.

RD 2063/2004, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general del régimen sancionador tributario.

Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal.

Apartados 1 y 3, modificados por la LO 15/2003, sustituyendo en el apartado primero la antigua referencia «15 millones de pesetas» por «120.000 euros» (por lo que las referencias jurisprudenciales a los quince millones deben entenderse realizadas desde el 1 de octubre de 2004, a 120.000 euros) y en el tercero «cincuenta mil ecus» por «50.000 euros» y «comunidades» por «Comunidad Europea».

Art. 305.1 CP. Tipo básico del delito fiscal

Bien jurídico

El bien jurídico protegido es el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria (1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY 1921/2001], 1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]). La defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador (2052/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]). Es indudable, pues, que el bien jurídico protegido no es exclusivamente el patrimonio estatal, afectado indirectamente, sino la perturbación ocasionada a la actividad recaudatoria del mismo, como presupuesto básico para cubrir patrimonialmente imperiosas necesidades públicas, 952/2006, de 6 de octubre [LA LEY 103037/2006].

Erróneamente ha considerado la jurisprudencia que forzosamente ha de entenderse comprendida en la responsabilidad civil aneja al delito (arts. 109, 110 y 116 CP) la indemnización correspondiente o *quantum* del perjuicio causado a la Hacienda Pública, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el art. 305, ya señalado (1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY 1921/2001], 1337/2002, de 26 de octubre [LA LEY 10214/2003], 2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]), pues tal responsabilidad nace de la ley tributaria infringida y no del delito, realidad jurídica aún más evidente tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional 10.^a de la LGT.

Se contempla como bien jurídico, en consonancia con la jurisprudencia y la teoría dominante, la recaudación completa de los impuestos particulares, sin que sea aceptable que el bien jurídico protegido sea la recaudación fiscal total producida como consecuencia de la infracción de un deber genérico de contribución fiscal que permitiría que toda infracción de un deber fiscal cualquiera configurara ya una única infracción genérica que abarcaría en unidad de acción todas las infracciones particulares de las distintas leyes fiscales, con los derivados efectos (1629/2001, de 10 de octubre [LA LEY 7728/2001]).

La sanción penal trae su justificación de la necesidad de conferir un plus de protección a los importantes valores constitucionales en juego en la materia, cuya proyección no se agota sino que trasciende la significación estrictamente dineraria del tributo. En efecto, lo que da fundamento a la imposición de las obligaciones fiscales es el principio de solidaridad en la contribución al sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE) —estrechamente conectado a los de igualdad y justicia (SSTC 27/1981 [LA LEY 216/1981], 19/1987 [LA LEY 748-TC/1987] y 46/2000 [LA LEY 40021/2000])—, de cuya efectividad depende la dimensión «social» del Estado que proclama la Constitución (art. 1); es decir, todo el conjunto de prestaciones, necesarias para hacer frente a apremiantes necesidades sociales. De ahí que la materialización de esa relevante dimensión estatal resulte gravemente obstaculizada por conductas tan lesivas para los intereses comunes y de tan profunda significación antisocial (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

El delito contra la Hacienda Pública del art. 349 CP anterior, que se corresponde con el 305 CP actual, es un delito que únicamente puede cometer la persona obligada al pago del tributo correspondiente (1027/2003, de 14 de julio [LA LEY 122697/2003]), tratándose de un tipo especial propio (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003], 1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]), o un delito «de primera mano» (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997]).

Cuando el obligado al pago del tributo es una persona jurídica, como a la persona jurídica en nuestro Derecho no cabe exigir responsabilidad penal, el antiguo art. 15 bis y el actual 31 nos dicen que en tales casos de delitos especiales en que esa condición particular del sujeto activo se encuentra en una persona jurídica, la responsabilidad penal habrá de recaer en el que hubiera actuado como directivo u órgano de tal persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma (1027/2003, de 14 de julio [LA LEY 122697/2003], 1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY 1921/2001], 2021/2000, de 28 de diciembre [LA LEY 1912/2001]). El art. 15 bis del CP extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial propio a los sujetos no cualificados, siempre que hayan obrado en representación de una persona jurídica

que poseyera dicha cualificación. El directivo u órgano de la persona jurídica se ve obligado a responder del delito especial propio, respecto del cual la cualificación personal se halla del lado de la entidad a quien representa. Pero semejante transposición o desplazamiento de la responsabilidad penal no opera mecánicamente, sino sobre la base de que la acción del no cualificado sea adecuada, en sí misma, para infringir la norma, de cuya violación se parte para la configuración del tipo delictual especial propio. La cláusula de las actuaciones en lugar de otro, trayendo al primer plano de la responsabilidad penal al agente directivo o representante de la persona jurídica, halla su razón en la finalidad de facilitar una valoración jurídico-penal ajustada a la realidad de la propia conducta del agente. Los inconvenientes que podrían derivarse de las concepciones venidas del Derecho mercantil se salvan en el art. 15 bis, pero sin caer en fórmulas de ficción ni dejar de atender a los factores objetivos y subjetivos que integran la conducta del declarado responsable (10 de noviembre de 1993 [LA LEY 13550/1993]).

Objeto material: la cuota defraudada. Determinación temporal y cuantitativa

Los delitos contra la Hacienda Pública y concretamente las defraudaciones en el impuesto sobre la renta de las personas físicas son aplicables a todos los contribuyentes con independencia de que la recaudación del impuesto compete a la Hacienda Pública Estatal, Autonómica o Local. La introducción del término «foral» en la reforma de 1995 constituyó una precisión terminológica, conveniente sobre todo en relación con las provincias vascas donde no coinciden el ámbito fiscal foral con el autonómico, pero que no implica modificación sustancial del ámbito de aplicación del tipo delictivo (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]).

a) Delimitación temporal

Art. 305.2 CP.

A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural. En los demás supuestos, la cuantía se entenderá referida a cada uno de los distintos conceptos por los que un hecho imponible sea susceptible de liquidación.

En los tributos periódicos ha de estimarse que existe una sola acción típica que engloba los actos realizados a lo largo del año natural como progresión delictiva dirigida a alcanzar la total cantidad defraudada (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003]).

Ver también, en este sentido y en el comentario a este artículo, Aspectos procesales, B2) *Aplicación retroactiva de las modificaciones legislativas fiscales. Ley penal en blanco.*

b) Determinación cuantitativa

Es aplicable el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable a los delitos contra la Hacienda Pública, en relación con la elevación de la cuantía defraudada, Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 25 de octubre de 2005 [LA LEY 2057768/2005].

La conducta típica, por acción u omisión, exige eludir el pago de tributos, entre otros supuestos, como es el caso, siempre que la cuantía de la cuota defraudada «exceda de 15.000.000 de pesetas» (a partir del 1 de octubre de 2004, 120.000 euros), de forma que dicho resultado se erige

en elemento objetivo del tipo que como tal habrá de ser fijado por la Jurisdicción Penal en el juicio correspondiente, es decir, como señala 3 de diciembre de 1991, «la deuda tributaria resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal», sino que es precisamente la Sentencia penal la que determina su cuantía pasando por ello en autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión administrativa ulterior habida cuenta el principio de preferencia de la Jurisdicción Penal (1337/2002, de 26 de octubre [LA LEY 10214/2003]).

Así, la fijación de la cuota defraudada como elemento del tipo delictivo del art. 305 Código Penal (antes art. 349 Código Penal 1973), constituye una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que, conforme a la regla del art. 10.1 LOPJ debe resolver el propio órgano jurisdiccional penal (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002], 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002], 1807/2001, de 30 de octubre [LA LEY 8360/2001], 274/1998, de 25 de febrero [LA LEY 4221/1998], 374/1993, de 24 de febrero [LA LEY 2917-5/1993], 363/2006, de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006], 670/2006, de 21 de junio [LA LEY 112243/2006]) —si bien nada impide que para ello pueda contar el órgano jurisdiccional con el informe o dictamen técnico de la Inspección Tributaria, que no fija ni determina la cuota tributaria, sino que únicamente constituye un elemento probatorio más a valorar racionalmente por el Tribunal sentenciador (1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000])—, esto es, atemperándose, en lo sustantivo, a las reglas del derecho administrativo-fiscal (arts. 3 y 7 de la LECrim. y 10.1 de la LOPJ), pero con estricta sujeción en los aspectos fácticos o probatorios a los principios constitucionales del proceso penal (274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996]). No puede afirmarse que exista una prejudicialidad tributaria como pretende el recurrente, sino que, por el contrario, hay preferencia de la jurisdicción penal sobre la actuación administrativa (por todas, STC 2/2003, de 16 de enero, FJ 3), de modo que las conclusiones a las que llegó la inspección sobre la deuda tributaria cuando levantó Acta de comprobado y conforme del ejercicio 1991 no prejuzgaron la inexistencia del delito fiscal más aún si, como se expresa en las resoluciones recurridas, el inspector actuario no examinó el contenido de los contratos realizados ni tuvo datos suficientes sobre la verdadera operación fraudulenta que se estaba llevando a cabo por el recurrente (ATC 98/2009, de 23 de marzo).

Hay que separar nítidamente esos dos aspectos sustantivo y procesal (872/2002, de 16 de mayo [LA LEY 6235/2002]):

En el primero, el Juez Penal ha de ajustarse a la normativa fiscal, esto es, para la resolución de la cuestión prejudicial, en lo que se refiere a las cuestiones de derecho, el Tribunal Penal se atenderá a las reglas del Derecho administrativo, y específicamente fiscal, como previene expresamente el art. 7 de la LECrim. (274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996], 2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]).

Por el contrario, las cuestiones de hecho, o probatorias, el Tribunal Penal debe atenerse al sistema probatorio propio del proceso penal, pues el principio constitucional de presunción de inocencia determina condicionamientos específicos que, por su rango constitucional, no pueden ser derogados por el legislador ordinario. En el proceso penal la prueba de la culpabilidad del acusado incumbe en todo caso a la acusación, incluyendo en la culpabilidad los elementos objetivos y subjetivos integradores del delito, no siendo admisibles presunciones legales contra reo ni tampoco la inversión de la carga de la prueba. Sí es admisible, sin embargo, la prueba de indicios, pero en todo caso cumpliendo las condiciones de fiabilidad necesarias para estimar que

la culpabilidad ha sido acreditada «fuera de toda duda razonable». En caso de duda, el principio *in dubio pro reo* impone la absolución (274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996], 2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]; en este sentido, 872/2002, de 16 de mayo [LA LEY 6235/2002]).

Pues bien, el órgano judicial considera de forma razonada y razonable que el criterio de cuantificación directa de bases imponible es pertinente al contar la Administración tributaria, a efectos del IVA, con los datos suficientes (contratos, facturas y medios de pago) derivados de la base consolidada de proveedores y clientes de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (ex modelos 347) para proceder a un cálculo directo de las operaciones realizadas. Por lo demás, la aplicación o no de este régimen al otro impuesto comprobado —el IRPF— podrá tener una eventual trascendencia en este otro impuesto, pero en modo alguno desnaturaliza las razonadas y razonables conclusiones de los órganos judiciales en el impuesto objeto de la condena penal. Es patente, pues, que los órganos judiciales han manifestado cuáles son las razones que les lleva a entender aplicable con carácter preferente uno u otro régimen, por lo que no cabe sino rechazar la queja del actor en este extremo, en la medida que las resoluciones judiciales cumplen, en este punto, con las exigencias constitucionales en la materia (STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009]).

b1) Estimación indirecta de los elementos de la base imponible de la deuda tributaria en el proceso penal

Hemos de recordar también que «el objeto de la prueba han de ser los hechos y no normas o elementos de derecho» (STC 51/1985, de 10 de abril, FJ 9), de manera que la presunción de inocencia «es una presunción que versa sobre los hechos, pues sólo los hechos pueden ser objeto de prueba» [STC 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 2.b), y 120/1998, de 15 de junio, FJ 6] y no sobre su calificación jurídica (STC 273/1993, de 27 de septiembre, FJ 3). No obstante, en la medida en que la actividad probatoria que requiere el art. 24.2 CE ha de ponerse en relación con el delito objeto de condena, resulta necesario que la prueba de cargo se refiera al sustrato fáctico de todos los «elementos objetivos del delito y a los elementos subjetivos del tipo en cuanto sean determinantes de la culpabilidad» (SSTC 127/1990, de 5 de julio, FJ 4, y 93/1994, de 21 de marzo, FJ 2).

De acuerdo con el art. 50 LGT (actual 53 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en vigor desde el 1 de julio de 2004, DF Undécima) la estimación indirecta está autorizada a los efectos de determinar la base imponible «cuando la falta de presentación de declaraciones o las presentadas por los sujetos pasivos no permitan a la Administración el conocimiento de los datos necesarios para la estimación completa de las bases imponibles o de los rendimientos, o cuando los mismos ofrezcan resistencia, excusa o negativa a la actuación inspectora o incumplan sustancialmente sus obligaciones contables, las bases o rendimientos se determinarán en régimen de estimación indirecta, utilizando para ello cualquiera de los siguientes medios: a) Aplicando los datos y antecedentes disponibles que sean relevantes al efecto. b) Utilizando aquellos elementos que indirectamente acrediten la existencia de los bienes y de las rentas, así como de los ingresos, ventas, costes y rendimientos que sean normales en el respectivo sector económico, atendidas las dimensiones de las unidades productivas o familiares que deban compararse en términos tributarios. c) Valorando los signos, índices o módulos que se den en los respectivos contribuyentes, según los datos o antecedentes que se posean en supuestos similares o equivalentes».

Frente a la pretensión de probar el delito fiscal mediante estimaciones indirectas, las precauciones que se deben observar en el proceso penal son extremas, dado que el derecho a la presunción de inocencia, que rige estrictamente en materia penal, requiere que toda condena **penal se base en una prueba real de los hechos que son el fundamento de la culpabilidad jurídico-penal**. Esta culpabilidad no es equivalente a la existencia de una deuda tributaria, que, como tal, puede ser establecida mediante criterios de presunciones previstas en el derecho fiscal, pero que no son automáticamente trasladables al Derecho penal, donde el principio *in dubio pro reo* rige sin limitaciones y con frecuencia no puede ser satisfecho por medios de prueba puramente estadísticos. Culpabilidad jurídico-penal y deuda tributaria son conceptos diversos y esta diversidad repercute de una manera notoria en el ámbito de la prueba de los hechos. Se debe, además, tener en cuenta que el derecho de contradicción conlleva la posibilidad real de demostrar lo contrario de la prueba o de las tesis sostenidas de contrario. Este derecho es un componente esencial del principio de igualdad de armas (138/2003, de 21 de febrero [LA LEY 1771/2003]). Por otra parte, la eventual infracción de los preceptos que establecen los métodos a seguir para la determinación de la base imponible de cada tributo o de los que regulan la forma de realizarse la actuación inspectora de la Administración tributaria podría dar lugar, en su caso, a una impugnación de las conclusiones a que hubiese llegado la Administración en la fijación de aquellas bases y de las cuotas tributarias que se considerasen devengadas y no pagadas. Esto quiere decir que la infracción de tales preceptos, si se hubiese producido, podría servir de base a una impugnación de los hechos declarados probados pero no para combatir la calificación jurídica de los mismos (2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003], 2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]).

No puede acogerse la tesis de ausencia de una condición objetiva de perseguibilidad por no haberse practicado la liquidación provisional del impuesto por parte de la Administración Tributaria en el plazo de cuatro años. Y ello porque la norma penal reguladora del delito fiscal no contiene en la actualidad presupuesto de procedibilidad o condición de perseguibilidad alguna de carácter administrativo-tributario, como sucedía con anterioridad a la reforma de 1985, por lo que no procede rehabilitar esta «prejudicialidad» administrativa por vía jurisprudencial, cuando ha sido suprimida por el legislador, 1590/2003, de 22 de abril.

b2) Determinación de la cuota sobre la base de la existencia de incrementos patrimoniales no justificados, IRPF

La configuración constitucional del derecho a la presunción de inocencia y a tal efecto tener en cuenta que, ciertamente, de este derecho deriva la interdicción de las presunciones *iuris tantum* e *iuris et de iure* respecto de los hechos. Es doctrina del TC que, con independencia del tipo de delito de que se trate, «en ningún caso el derecho a la presunción de inocencia tolera que alguno de los elementos constitutivos del delito se presuma en contra del acusado, sea con una presunción *iuris tantum* sea con una presunción *iuris et de iure*. La primera modalidad de presunción *iuris tantum* no es admisible constitucionalmente, ya que, como declaró la STC 105/1988 [LA LEY 3676-JF/0000], produce una traslación o inversión de la carga de la prueba, de suerte que la destrucción o desvirtuación de tal presunción corresponde al acusado a través del descargo, lo que no resulta conciliable con el art. 24.2 CE. Y la segunda modalidad, la presunción *iuris et de iure*, tampoco es lícita en el ámbito penal desde la perspectiva constitucional, puesto que prohíbe la prueba en contrario de lo presumido, con los efectos, por un lado, de descargar de la prueba a quien acusa y, por otro, de impedir probar la tesis opuesta a quien se defiende, si es que opta por la posibilidad de probar su inocencia, efectos ambos que vulneran el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Ahora bien, como es lógico lo anterior no obsta a la legitimidad constitucional de la prueba de indicios,

puesto que ésta versa sobre los hechos y no directamente sobre los elementos constitutivos del delito, y siempre que reúna los requisitos y condiciones que hemos exigido reiteradas veces (como más reciente, STC 220/1998 [LA LEY 10641/1998])» (STC 111/1999, de 14 de junio, FJ 3 [LA LEY 9267/1999]). Los incrementos patrimoniales no justificados constituyen renta sujeta a tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. De otra parte, hemos de advertir también que el objeto de prueba en este caso no es si y en qué medida los incrementos patrimoniales son constitutivos de renta y están, por tanto, sujetos a contribución por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, pues éste es un dato normativo, un elemento del Derecho aplicable que, en virtud del principio *iura novit curia*, no requiere prueba y es ajeno al ámbito constitucionalmente protegido por el derecho a la presunción de inocencia. El objeto de la prueba se proyecta sobre dos elementos: la existencia misma de incrementos patrimoniales, esto es, una diferencia de valor entre el patrimonio declarado en las declaraciones correspondientes a los ejercicios analizados, 1988 y 1989, y el momento posterior en el que aflora o se descubren los elementos patrimoniales; y su carácter fiscalmente no justificado, es decir, no haber contribuido ya previamente por ellos o no estar sujetos a contribución. Por tanto, tan sólo tenemos que verificar si el Tribunal dio por probada la existencia de los incrementos patrimoniales conforme a algún tipo de presunción legal, o si sobre ellos o su carácter no justificado se operó invirtiendo la carga de la prueba y obligando a la defensa a la prueba de su inocencia. Afirmar que los incrementos patrimoniales no justificados sólo constituyen renta si se aplica una presunción legal es irrelevante para el examen de la presunción de inocencia, pues esta cuestión suscita, en todo caso, una opción interpretativa de la normativa tributaria que afecta a la calificación jurídica, a los elementos de derecho, pero no a la apreciación de los hechos. Pues bien, los incrementos patrimoniales no justificados no se consideraron acreditados a través de ninguna presunción legal. En el ya citado fundamento jurídico décimo se declara que «ninguna presunción legal sobre un elemento constitutivo del delito exime de la carga de la prueba a quien acusa, de igual manera hablar de presunción legal de rentas referidas a los incrementos no justificados de patrimonio resulta equívoco porque no necesariamente lo son, y si se estima lo fueran, esto es, presunción de renta en cuanto no conocido o justificado tras investigación del origen, la bondad de la prueba indiciaria para acreditarlo resulta inquestionable». Pero no se trata sólo de una declaración de principios sobre el método probatorio que no se corresponda con la realidad del enjuiciamiento y determinación de los hechos, sino que, de la lectura de los extensos, profundos y precisos fundamentos jurídicos decimocuarto a vigésimo octavo, que ocupan treinta y dos páginas, deriva que el órgano judicial no presumió la concurrencia de ningún dato fáctico necesario para la determinación de la existencia de los incrementos patrimoniales, como tampoco efectuó presunción alguna sobre la ausencia de justificación tributaria de los mismos. Los incrementos patrimoniales se consideraron acreditados por el órgano judicial a partir de los informes periciales, las declaraciones de los peritos vertidas en el juicio oral, las declaraciones de los acusados y testigos, declaraciones de renta y patrimonio de los acusados de distintos ejercicios y una extensa documental sobre cuentas bancarias y operaciones patrimoniales de los acusados y de la entidad El Corral de la Parra, S.A. El Juez de lo Penal realizó una valoración exhaustiva de estas pruebas, con mención individualizada de cada una de las partidas, disposiciones patrimoniales o cantidades económicas afloradas en las cuentas bancarias de los recurrentes, con explicación pormenorizada de las razones que fundamentan su decisión de considerar fiscalmente justificada o no cada una de ellas a partir de las pruebas de cargo aportadas por la acusación y sin eludir la valoración de las pruebas de descargo aportadas por las defensas intentando conseguir el convencimiento del Tribunal de que los incrementos patrimoniales estaban fiscalmente justificados. Todo ello evidencia suficientemente que el Tribunal no consideró acreditada la realización del hecho imponible, la existencia de rentas sujetas al deber de contribución, a través de ninguna presunción. Finalmente tampoco se operó con ninguna inversión de la

carga de la prueba. Como afirma con razón la Sentencia del Juzgado de lo Penal en el mencionado fundamento jurídico décimo, la carga de la prueba que compete a la acusación se proyecta sobre los elementos típicos de la infracción penal, pero no se requiere que las partes acusadoras aporten prueba en cada caso de la no concurrencia de causas de atipicidad, justificación, exculpación o de la prescripción. En el caso, la sujeción al deber de contribuir de los incrementos patrimoniales no justificados deriva de la concurrencia de la acreditación de los incrementos patrimoniales, y de la acreditación de su carácter fiscalmente no justificado. Los recurrentes sostienen que la inversión de la carga de la prueba se produce en la medida en que se ven obligados a probar un hecho negativo. Sin embargo, la estructura de la prueba en estos casos es idéntica a la de cualquier hecho penal que se pretende justificado o cometido en concurrencia de una causa de exculpación. Si en estos casos resulta suficiente, a los efectos de considerar que la acusación ha aportado prueba, que ésta se proyecte sobre el hecho típico y no es necesario que el acusador pruebe negativamente que no concurre la causa de justificación alegada, igualmente basta con aportar prueba sobre el hecho positivo, el incremento patrimonial, sin que tenga que aportar prueba sobre la no justificación fiscal del incremento patrimonial. Ahora bien, dicho esto, ni siquiera resulta indubitado que las pruebas aportadas por la acusación y valoradas judicialmente no incidieran o fueran ajenas al hecho relativo al carácter fiscalmente no justificado de los incrementos patrimoniales. El examen técnico efectuado por los peritos pretende esclarecer las conexiones entre las actividades económicas y los elementos patrimoniales aflorados, y, en último término, determinar si de la renta y patrimonio declarados a la Hacienda Pública en los ejercicios analizados podría derivarse un volumen patrimonial como el detectado años después. De modo que los informes periciales y las declaraciones de los peritos vertidas en el juicio oral, la documental sobre las disposiciones y elementos patrimoniales, y las declaraciones de renta y patrimonio, que son pruebas aportadas por la acusación y valoradas judicialmente, constituyen prueba de la que puede inferirse el carácter fiscalmente no justificado de los incrementos patrimoniales (STC 87/2001, de 2 de abril [LA LEY 3741/2001]).

Se impone diferenciar en qué medida la regla referida a la determinación de la cuota sobre la base de los incrementos no justificados de patrimonio incluye aspectos sustantivos o materiales, y otros que constituyen normas puramente probatorias, partiendo de la base de que lo relevante es que la prueba de los datos fácticos que permiten determinar la cuota defraudada, aplicando sobre ellos las reglas jurídicas del impuesto, respete los criterios propios de la prueba en el proceso penal, siendo admisible la inferencia legal como prueba indiciaria siempre que se cumplan «los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala viene exigiendo para que la prueba de indicios tenga virtualidad, como prueba de cargo, para enervar el derecho constitucional de presunción de inocencia y pueda, por consiguiente, sustentar una condena» —1335/1999, de 17 de noviembre [LA LEY 164035/1999]—, que, en el supuesto que resuelve, considera que no existe prueba indiciaria con los requisitos exigidos por la jurisprudencia para admitirse como de cargo (2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]). Así pues:

1.º La determinación de la cuota defraudada tomando en consideración los incrementos no justificados de patrimonio conforme a lo prevenido en el art. 49 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, hoy derogada, o en el actual art. 37 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, actualmente vigente, «se apoya en una inducción que se ajusta plenamente a las exigencias de la prueba del proceso penal, toda vez que no contradice las reglas de la lógica, ni las máximas de la experiencia» —274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996]— (2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]).

2.º Este indicio único, pero de una singular potencia acreditativa, se ratifica cuando concurra con una ausencia total de explicación por parte del contribuyente respecto de los bienes o ingresos detectados o bien cuando se produzca la destrucción, por la prueba realizada a instancia de la acusación, de las explicaciones o alegaciones ofrecidas por el acusado para justificar el origen de tales bienes o ingresos (1335/1999, de 17 de noviembre [LA LEY 164035/1999]). En estos casos se cumplen los requisitos propios de la prueba indiciaria y la condena penal está justificada (2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]). No existe vulneración del principio de presunción de inocencia por inversión de la carga probatoria, tal y como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia Murray contra el Reino Unido, de 8 de febrero de 1996, cuando existen pruebas de cargo suficientemente serias de la realización de un acto delictivo, la ausencia de una explicación alternativa por parte del acusado, explicación «reclamada» por la prueba de cargo y que solamente éste se encuentra en condiciones de proporcionar, puede permitir obtener la conclusión, por un simple razonamiento de sentido común, de que no existe explicación alternativa alguna (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]; en este sentido, 918/1999, de 9 de junio [LA LEY 8745/1999], 1755/2000, de 17 de noviembre [LA LEY 1465/2001], entre otras).

Por el contrario, cuando exista una explicación alternativa, razonable y plausible, acerca de la procedencia de los bienes o ingresos detectados, aun cuando no esté plenamente justificada, la prueba de cargo resultará insuficiente para fundamentar la condena penal. En consecuencia, en el ámbito penal, a diferencia del fiscal o tributario, el contribuyente no necesita acreditar para obtener su absolución, «que dichos bienes o derechos proceden de otros rendimientos del sujeto pasivo o de la reinversión de otros activos patrimoniales del mismo», sino simplemente aportar una explicación alternativa mínimamente razonable o plausible, no desvirtuada por la acusación, pues en tal caso la duda razonable ha de resolverse a favor del acusado. Es decir, si el propio hecho base no está plenamente acreditado, pues no cabe descartar razonablemente otra conclusión alternativa posible y plausible, nos encontramos ante una prueba de cargo manifiestamente insuficiente para desvirtuar la presunción constitucional de inocencia que impera en el proceso penal (2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]).

3.º La imputación de los incrementos o ganancias patrimoniales no justificadas, cuando se acrediten cumpliendo los requisitos para constituir prueba válida en el proceso penal, a un ejercicio determinado, no constituye una cuestión probatoria, sino de derecho sustantivo o material, pues el legislador lo ha establecido así en el uso de sus facultades de determinación del hecho imponible (2486/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 3679/2002]).

La procedencia ilícita de los ingresos no excluye por sí misma la obligación de declarar fiscalmente los incrementos patrimoniales de ellos derivados y las dificultades que pueda tener el contribuyente para aflorar fiscalmente sus ingresos reales sin desvelar sus actividades ilícitas únicamente son imputables al mismo, sin que puedan determinar una posición de privilegio que le exima de la obligación genérica de declarar a Hacienda o le haga inmune frente a la responsabilidad penal por delito fiscal (20/2001, de 28 de noviembre [LA LEY 3306/2001]). Ver, en este sentido, Concurso de normas de este artículo.

b3) Pruebas de la deuda

No se puede olvidar que dadas las características del delito examinado (elusión de impuestos a través de sociedades) la prueba sobre la que hay que concentrar toda la evaluación demostrativa

del hecho es eminentemente documental y, en su caso, pericial (643/2005, de 19 de mayo [LA LEY 1363/2005]).

El expediente de la Agencia Tributaria, en cuanto conjunto de actuaciones administrativas documentadas, no tiene otro carácter que el correspondiente a una denuncia. Ello no impide que las declaraciones prestadas en el juicio oral por quienes han intervenido en el mismo y en las actuaciones que en él aparecen reflejadas pueda ser valorado por el Tribunal como una prueba testifical que complementa, y al mismo tiempo introduce válidamente en el juicio oral, los datos que consten en el expediente (2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]). El delito fiscal debe ser determinado por los Jueces y no por funcionarios de la Agencia Tributaria. En todo caso es necesario, consecuentemente, que se haga constar también de qué manera se estableció la deuda tributaria, pues al respecto, en el proceso penal rigen las reglas de prueba que le son propias y no las reglas que reconoce para su ámbito específico el Derecho tributario. En el fundamento jurídico cuarto, sin embargo, la Audiencia sólo ha hecho referencia a la deuda tributaria, sin dejar constancia de los requisitos que respecto de la fundamentación de la prueba expuestos más arriba, se derivan del art. 120.3 CE (38/2005, de 28 de enero [LA LEY 795/2005]). La deuda tributaria resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal, sino que es precisamente la Sentencia penal la que determina su cuantía pasando por ello en autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión administrativa ulterior habida cuenta el principio de preferencia de la Jurisdicción Penal (art. 44 LOPJ) (827/2006, de 10 de julio [LA LEY 114902/2006]).

Conforme al criterio jurisprudencial ya reiterado en 643/1999, de 30 de abril [LA LEY 6535/1999], y 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], la cualidad de funcionario público de los Inspectores de Finanzas que actúan como Peritos en un delito fiscal no constituye causa de recusación ni determina pérdida de imparcialidad (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]). En otros términos, señala 192/2006, de 1 de febrero [LA LEY 13359/2006], transcrita por 611/2009, de 29 de mayo [LA LEY 99208/2009], que a vinculación laboral de estos Inspectores, que tienen la condición de funcionarios públicos, con el Estado, titular del *ius puniendi*, no genera ni interés personal que les inhabilite, por lo que ni constituye causa de recusación ni determina pérdidas de imparcialidad, con cita de 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 643/1999, 20/2001 de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001], 472/2003 de 28 de marzo [LA LEY 60215/2003], 3 de enero de 2003 [LA LEY 11566/2003], y 2069/2002, de 5 de diciembre de 2002 [LA LEY 12902/2003]. Según esta última Sentencia, «(...) la admisión como Perito de un Inspector de Finanzas del Estado en un delito Fiscal, no vulnera los derechos fundamentales del acusado, atendiendo, precisamente a que el funcionario público debe servir con objetividad a los intereses generales, sin perjuicio, obviamente, del derecho a la parte a proponer una prueba pericial alternativa a la ofrecida por el Ministerio Fiscal (...)), (2069/2002, de 5 de diciembre de 2002 [LA LEY 12902/2003]). Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de que el dictamen se someta al procedente debate contradictorio y a la debida valoración judicial conforme a las reglas de la sana crítica, pudiendo en todo caso la parte acusada proponer los dictámenes alternativos que estime procedentes, los cuales, asimismo, habrán de ser valorados por el Tribunal (2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]).

La Audiencia se ha referido constantemente a dos elementos: en primer lugar la prueba que llama pericial y que no es sino una declaración testifical de funcionarios de la Agencia Tributaria, que habrían constatado «extraordinarias deficiencias» que no se especifican; en segundo lugar se refiere la Sentencia al «incumplimiento de elementales normas de contabilidad», que no concreta,

y cuya infracción no explicó. Sobre todo esta precisión es de especial trascendencia para delimitar los hechos relevantes a los efectos del delito del art. 349 CP/1973 de los que lo son para el tipo penal del art. 350 bis del mismo Código. Al respecto debemos señalar que, en principio, carece de relevancia la llamada prueba pericial que, en realidad, no es sino la opinión de los funcionarios de la Agencia Tributaria que han asumido impropriamente el carácter de Peritos y que, al parecer, se han manifestado sobre los resultados de su propia actuación como funcionarios. Se trataría, en el mejor de los casos, de una prueba testifical. Las afirmaciones de los funcionarios de la Agencia Tributaria relacionados con hechos constitutivos del tipo del delito fiscal deben ser probadas en la causa de la misma manera que cualquier otra circunstancia relevante para el caso. Es necesario, en este sentido, que conste en la Sentencia qué suma debió ser declarada por el responsable de la declaración del contribuyente, como se prueba su incorporación al patrimonio, y cuál es la suma que realmente se declaró en cada ejercicio para permitir comprobar si se estableció correctamente la suma que se le exigía, si había sido correctamente calculada y si alcanzaba la cantidad mínima constitutiva de la condición objetiva de punibilidad que caracteriza al delito fiscal. En el caso en que se trate de omisiones en las declaraciones es preciso establecer cuál es la cantidad omitida en cada caso y cómo se prueba que esa cantidad había ingresado al patrimonio del obligado tributario en el ejercicio correspondiente (38/2005, de 28 de enero [LA LEY 795/2005]).

El Derecho penal no actúa sobre ficciones sino sobre hechos acreditados y reales. En otras palabras, si la conducta tipificada es la de dejar de pagar los impuestos a los que se viene obligado por actividades económicas realmente existentes y no ficticias, la condición de fiduciario del acusado contra cuya absolución se formaliza el recurso de casación supone que la titularidad de las acciones era ficticia, que no pagó la compra ni cobró la venta, era titular de las acciones sin las consecuencias económicas derivadas de esa titularidad. Consecuentemente, no obtuvo ingresos económicos derivados de la tenencia ni participó en las ventas de inmuebles realizadas por la empresa de la que ficticiamente era accionista. Si la Sentencia declara probado esa titularidad ficticia de las acciones, consiguientemente, sin consecuencias económicas asociadas a la tenencia, no surge el hecho del que nace la obligación tributaria que el tipo penal sanciona. La fiducia establecida en la titularidad de las acciones no supone, desde la redacción del hecho probado, la realización de un acto de fraude de Ley tributaria, sino de una transmisión temporal de unas acciones para un titular definitivo, sin consecuencias económicas generadoras de una obligación tributaria susceptible de integrar el tipo penal del delito fiscal, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial para con la Hacienda pública (685/2004, de 26 de mayo [LA LEY 1953666/2005]).

Al parecer, el Tribunal *a quo* ha partido de un error de concepto respecto del sistema penal del delito fiscal. En efecto, lo ha entendido de forma análoga al antiguo sistema de las insolvencias punibles, según el cual el Juez Penal sólo debía individualizar la pena aplicable al quebrado declarado culpable o fraudulento por el Juez de la quiebra. Dicho sistema no requería más que la constancia de la calificación de la quiebra. Su compatibilidad con los principios del Derecho penal moderno era altamente dudosa y por ello ha sido abandonado por el legislador. En el caso del delito fiscal el sistema es manifiestamente diferente. La aplicación del tipo penal en blanco exige que el Tribunal complete el tipo con el deber fiscal previsto en la ley fiscal, pondere las circunstancias que permiten subsumir las operaciones bajo el concepto de hecho imponible de la misma, y establezca las demás condiciones, objetivas y subjetivas del tipo, así como la condición objetiva de punibilidad. En la medida en la que no han sido observadas en la determinación de los hechos las exigencias de los principios de legalidad y de la presunción de inocencia, la Sentencia debe ser casada por haber infringido el art. 349 CP 1973. En la Sentencia recurrida ha sido

establecida la deuda fiscal y la cantidad que debió ser ingresada por el contribuyente. Pero, no han sido expuestos los hechos que de acuerdo con el art. 4 de la Ley 37/1992 han determinado la deuda tributaria. En los Fundamentos de Derecho, la Audiencia se remite al informe remitido por la Agencia Tributaria obrante a los folios 7 a 46 y se señala que en él «se describen las maniobras fraudulentas llevadas a cabo por la empresa a través del acusado» sin describir a qué maniobras se refiere la Sentencia. Se afirma, asimismo, que los Inspectores de Hacienda «manifestaron que en la sociedad declaraba[n] menos que las operaciones que habían realizado, habían vendido más de lo que decían que habían vendido y habían puesto IVA en las facturas». Qué acciones han sido consideradas «maniobras fraudulentas», qué operaciones no fueron declaradas y por qué tales operaciones hubieran podido ser subsumidas bajo el concepto de hecho punible del art. 4 de la Ley 37/1992, no ha sido ni explicado ni considerado por el Tribunal a quo. En suma, el Tribunal de instancia debió describir todos los hechos que eran necesarios para establecer, aplicando el derecho fiscal, la deuda tributaria eludida. Por el contrario, no es posible comprobar si las liquidaciones presentadas por la Agencia Tributarias son correctas o no.

La Audiencia dice —predeterminando, en verdad, el fallo por la introducción en los hechos probados conceptos jurídicos que adelantan la subsunción de hechos no descritos como tales— que «en las citadas declaraciones se ocultaron de forma consciente, bases imponibles derivadas de determinadas operaciones de prestación de servicios». Es evidente que de esta descripción de la conducta imputada, en la que se ignora cuáles son las «operaciones determinadas», no es posible deducir si se trata de hechos imponibles según el art. 4 de la Ley del IVA y si la base imponible es la que se consigna en la Sentencia, ni tampoco si la suma no ingresada alcanza a la que señala la Audiencia. Dicho de otra manera: con los datos ofrecidos por el Tribunal de Instancia es imposible determinar si la base imponible ha sido jurídicamente determinada de manera correcta. Ello sería ya razón suficiente para casar la Sentencia recurrida (160/2009, de 12 de febrero [LA LEY 8770/2009]).

Conducta típica

Debe recordarse la naturaleza de tipo de omisión que tiene el delito fiscal que consiste sencillamente en el incumplimiento del deber de pagar los tributos a los que se está obligado (1244/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10330/2004]), bien de forma directa (no declarar el tributo, que es tanto como sostener —y es en lo que consiste el engaño— que no había nada que declarar —1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]—), bien cuando se omiten u ocultan deliberadamente en la declaración datos relevantes, determinando con ello una cuota inferior en más de quince millones anuales a la que procedería con los datos correctos (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003]), teniendo en cuenta que el que simplemente no paga, pero ha reconocido la deuda, comete únicamente una infracción administrativa del art. 79.a) de la Ley General Tributaria, como tampoco incurre en tal infracción el que, en supuesto más extraño, paga omitiendo declarar (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997]). Lo que penalmente se sanciona no es la omisión de la declaración por sí misma, formalmente considerada, aislada de cualquier valoración. Ni tampoco el impago, entendido como omisión del ingreso material del dinero, si ha mediado una declaración veraz. Pues el tipo exige una conducta defraudatoria y no el mero incumplimiento de deberes tributarios. De esta forma, la omisión de la declaración sólo será típica si supone una ocultación de la realidad tributariamente relevante. Desde esta perspectiva, lo trascendente no sería en realidad el impago, sino la ocultación del deber de pagar. De esta forma, la ausencia de declaración es relevante sólo en cuanto oculta ese dato (1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]). Aunque la

conducta de los acusados formalmente consista en la omisión de una declaración debida y en el consiguiente impago en tiempo, y aunque en el ámbito tributario pudiera discutirse la pertinencia de las correspondientes sanciones o recargos, no puede valorarse como una ocultación del hecho imponible o de sus características si fueron requeridos antes de que finalizara el plazo para aportar la documentación relativa a dicho hecho imponible en unas actuaciones de investigación sobre el mismo, y además comparecieron aportándola en el curso de la tramitación administrativa (1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]).

El delito fiscal en cuanto que concreta en una elusión del pago de impuestos, se integra por dos elementos: a) un quebrantamiento de un deber jurídicamente exigible, cual es el deber de declarar los ingresos, se trata de un deber fiscal que tiene su reflejo constitucional en el art. 31 CE, y b) que esa omisión del deber lo sea con intención de ocultar a la Administración Fiscal sus ingresos, y por tanto, como delito intencional, doloso, requiere el deseo de no tributar. A ello todavía se puede añadir un tercer elemento relativo a que como tipo penal en blanco que es el art. 305, requiere su complemento con la correspondiente Ley fiscal —539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003], 1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005], o 13/2006, de 20 de enero [LA LEY 10923/2006], entre otras— (192/2006, de 1 de febrero [LA LEY 13359/2006]). Este entendimiento del tipo objetivo encaja mejor con el texto del art. 305 actual, en el que se sanciona al que por acción u omisión «defraude» a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, de donde no basta simplemente con omitir el pago debido, sino que es preciso defraudar, lo cual implica una infracción del deber mediante una conducta de ocultación de la realidad en la que aquél se basa o se origina (1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]).

Integran el tipo de delito contra la Hacienda Pública desde un punto de vista objetivo: la elusión del pago de un impuesto cuya cuota ascendía, en cada uno de los acusados, a más de quince millones de pesetas y la utilización de una mecánica claramente fraudulenta en **cuanto que, por su meditada y sofisticada complejidad, era idónea para engañar a la Administración** (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]), debiendo distinguirse si el concreto modus operandi constituye:

A) La llamada economía de opción, que sólo puede concurrir en aquellos casos en los que el orden jurídico abre al sujeto distintas posibilidades de actuación, a las que podría acomodar la suya propia en función de sus particulares intereses y expectativas. Se trata, así, de un supuesto, en el que resulta indiferente, desde la perspectiva del ordenamiento que el particular se decante por una u otra de las alternativas posibles, todas igualmente legítimas (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002], transcrita por 751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]). Algo distinto ocurre en los casos de la simulación y del fraude de ley, figuras en todo caso connotadas de ilicitud y caracterizadas —más allá de sus diferencias— porque quien recurre a ellas busca desfigurar en alguna medida ciertas particularidades de su comportamiento a los ojos del orden jurídico. En definitiva, tiene algo que ocultar (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

B) La simulación (relativa) es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de la ley. De este modo, lo que distingue a la simulación es la voluntad compartida por quienes contratan de encubrir una determinada realidad (anti)jurídica. Por eso, frente a la simulación, la reacción del ordenamiento sólo puede consistir en traer a primer plano la realidad jurídica ciertamente operativa en el tráfico, para que produzca los efectos legales correspondientes a su perfil real y que los contratantes trataron de eludir (1336/2002, de 15 de julio

[LA LEY 7240/2002]). En consecuencia, no cabe estimar vulneración alguna del art. 305 del CP 95, pues en estos supuestos de negocios manifiestamente simulados es cuando de modo más claro se aprecia la concurrencia de los elementos integradores del tipo prevenido en el citado precepto, pues se ha defraudado a la Hacienda Pública eludiendo el pago de tributos, enmascarándose esta elusión mediante un disfraz de la realidad que emplea para ello una sucesión simulada de negocios ficticios (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]). En los supuestos de simulación relativa, por expresión de una causa contractual falsa, es claro que no cabe atender a la realidad externa de las operaciones realizadas, pues esta apariencia externa tiende precisamente a ocultar frente a terceros la falsedad de la causa y, en definitiva, el carácter simulado del contrato. Al analizar la naturaleza simulada de un contrato, o conjunto de contratos, estamos resolviendo una cuestión prejudicial civil no devolutiva, por lo que a los efectos de la prueba de la simulación debemos acudir a la doctrina civil sobre la materia. Como señala la jurisprudencia civil, para conocer la concurrencia de una causa real oculta tras la causa aparente, debemos acudir a la prueba de indicios, por constituir ordinariamente la falsedad de la causa un elemento interno de las relaciones humanas, que se mantiene deliberadamente secreto o disimulado frente a los terceros. Por ello, este elemento interno sólo puede acreditarse a través de una serie de actos o signos que lo exteriorizan, es decir, datos o indicios que si bien no pueden proporcionar directamente la evidencia de una intención deliberadamente oculta, sí permiten conocerla mediante un juego lógico o racional, ya que cada uno de ellos por sí solo o bien varios de dichos indicios conjuntamente, fortaleciéndose entre sí, llevan al Juez, mediante inferencia racional, a una absoluta convicción de la falsedad de la causa expresada y a la realidad de la verdadera que se trata de ocultar (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]).

C) El fraude de ley es una forma de «ilícito atípico» (llamado «conflicto en la aplicación de la norma tributaria» en la nueva LGT, art. 15) en la que asimismo se busca crear una apariencia, que aquí es la de conformidad del acto con una norma («de cobertura»), para hacer que pueda pasar desapercibida la colisión del mismo con otra u otras normas defraudadas que, por su carácter imperativo, tendrían que haber sido observadas. El negocio o negocios realizados son reales. No se trata de ocultar un acto bajo la apariencia de otro, sino, simplemente, de buscar amparo para un acto en una norma que no es la que propiamente le corresponde. Lo que integra el fraude es una conducta que en apariencia es conforme a una norma («norma de cobertura»), pero que produce un resultado contrario a otra u otras o al orden jurídico en su conjunto («norma defraudada») (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

Conviene indicar que el concepto de fraude de ley tributaria no difiere del concepto de fraude de ley ofrecido por el art. 6.4 del Código Civil, a cuyo tenor «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir». Como ya dijimos en la STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 8 [LA LEY 781-TC/1987], «el fraude de ley, en cuanto institución jurídica que asegura la eficacia de las normas frente a los actos que persiguen fines prohibidos por el ordenamiento o contrarios al mismo, es una categoría jurídica que despliega idénticos efectos invalidantes en todos los sectores del ordenamiento jurídico», y no exclusivamente en el ámbito civil. El concepto de fraude de ley es, pues, siempre el mismo, variando únicamente, en función de cuál sea la rama jurídica en la que se produce, las llamadas, respectivamente, «norma de cobertura» y «norma defraudada» o eludida, así como la naturaleza de la actuación por la que se provoca artificialmente la aplicación de la primera de dichas normas no obstante ser aplicable la segunda. Sentado lo anterior, procede asi-

mismo señalar que el concepto de fraude de ley (tributaria o de otra naturaleza) nada tiene que ver con los conceptos de fraude o de defraudación propios del Derecho penal ni, en consecuencia, con los de simulación o engaño que les son característicos. La utilización del término «fraude» como acompañante a la expresión «de Ley» acaso pueda inducir al error de confundirlos, pero en pureza de términos se trata de nociones esencialmente diversas. En el fraude de ley (tributaria o no) no hay ocultación fáctica sino aprovechamiento de la existencia de un medio jurídico más favorable (norma de cobertura) previsto para el logro de un fin diverso, al efecto de evitar la aplicación de otro menos favorable (norma principal). Por lo que se refiere en concreto al fraude de ley tributaria, semejante «rodeo» o «contorneo» legal se traduce en la realización de un comportamiento que persigue alcanzar el objetivo de disminuir la carga fiscal del contribuyente aprovechando las vías ofrecidas por las propias normas tributarias, si bien utilizadas de una forma que no se corresponde con su espíritu. De manera que no existe simulación o falseamiento alguno de la base imponible, sino que, muy al contrario, la actuación llevada a cabo es transparente, por más que pueda calificarse de estratagema tendente a la reducción de la carga fiscal; y tampoco puede hablarse de una actuación que suponga una violación directa del ordenamiento jurídico que, por ello mismo, hubiera que calificar per se de infracción tributaria o de delito fiscal. Por ello mismo, la consecuencia que el art. 6.4 del Código Civil contempla para el supuesto de actos realizados en fraude de ley es, simplemente, la aplicación a los mismos de la norma indebidamente relegada por medio de la creación artificiosa de una situación que encaja en la llamada «norma de cobertura»; o, dicho de otra manera, la vuelta a la normalidad jurídica, sin las ulteriores consecuencias sancionadoras que generalmente habrían de derivarse de una actuación ilegal. Las anteriores consideraciones conducen a que, para resolver si en el presente caso se ha producido o no una vulneración del derecho del actor a la legalidad penal por motivo de la utilización por la Audiencia Provincial del concepto de fraude de ley tributaria, necesariamente debamos plantearnos con carácter previo la cuestión de si dicha noción resulta o no compatible con el mencionado derecho. Pues bien: a esta cuestión ya se dio respuesta negativa en la STC 75/1984, de 27 de junio, FF 5 y 6, al afirmar que, siendo el indicado derecho una «garantía de la libertad de los ciudadanos (...) no tolera (...) la aplicación analógica *in peius* de las normas penales o, dicho en otros términos, exige su aplicación rigurosa, de manera que sólo se puede anudar la sanción prevista a conductas que reúnen todos los elementos del tipo descrito y sean objetivamente perseguibles. Esta exigencia se vería soslayada, no obstante, si, a través de la figura del fraude de ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo o fijan condiciones objetivas para la perseguibilidad de las conductas, pues esta extensión es, pura y simplemente, una aplicación analógica (...) pues es evidente que si en el ámbito penal no cabe apreciar el fraude de ley, la extensión de la norma para declarar punible una conducta no descrita en ella implica una aplicación analógica incompatible con el derecho a la legalidad penal». Dicho de otra manera: la utilización de la figura del fraude de ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE. Los términos generales en que nos expresamos en dicha resolución no ofrecen lugar a dudas, pese a la muy diferente naturaleza del supuesto de hecho allí examinado, respecto de la improcedencia constitucional de contornear los límites estrictos de cualquier tipo penal que pudiese entrar en consideración con ayuda del recurso a la noción de fraude de ley. Sin que, en consecuencia, pueda compartirse el criterio expresado por el Abogado del Estado en el sentido de que la calificación de «fraude de ley tributaria» dada por la Sentencia recurrida al comportamiento del recurrente resulta constitucionalmente irrelevante. Por el contrario, importa, y mucho, la alteración operada por el órgano judicial ad quem al modificar la calificación de los hechos realizada por las

acusaciones a título de «negocio simulado» por la de «fraude de ley tributaria», toda vez que, mientras que la simulación negocial entraña como elemento característico la presencia de un engaño u ocultación maliciosa de datos fiscalmente relevantes, en el fraude de ley tributaria no existe tal ocultamiento, puesto que el artificio utilizado salta a la vista. En este mismo sentido, aunque en un contexto diferente, ya declaramos en la STC 48/1993, de 8 de febrero, FJ 3, que «si la Sentencia admite que no hubo simulación en el contrato, ello hace dialécticamente difícil una apreciación de fraude». Por lo demás, la distinción entre negocio simulado y fraude de ley tributaria en los términos indicados, no sólo es una constante en la doctrina y en la jurisprudencia, sino que la propia normativa tributaria la ha asumido al ocuparse de una y otra figura en disposiciones diferentes (arts. 24 y 25, respectivamente, en su versión modificada por la Ley 25/1995; arts. 15 y 16 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria) y al reservar la posibilidad de imposición de sanciones exclusivamente para los casos de simulación. La existencia, en este caso, de un negocio simulado fue expresamente rechazada en el segundo de los fundamentos de Derecho de la Sentencia absolutoria dictada en instancia. Dicho pronunciamiento fue impugnado por el Abogado del Estado y por el Ministerio Fiscal mediante la interposición de sendos recursos de apelación, en los que se alegaba error en la valoración de las pruebas por parte del juzgador de instancia, insistiéndose en que el demandante de amparo había participado, junto con los otros acusados, en un negocio simulado utilizado como medio para defraudar a la Administración tributaria. Tales eran los términos del debate cuando, sin celebración de vista oral de los recursos, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona dictaminó, en el primero de los fundamentos de Derecho de la Sentencia recurrida en amparo, que en el presente caso «no podemos afirmar que la suscripción de ampliación de capital sea un contrato simulado, ya que no cabe duda de que D. Carlos FJ B., en representación de la mercantil Pinyer, S.A., suscribió la ampliación de capital de nueve millones de pesetas (9.000.000 de ptas.) de la sociedad Cajun, S.A., (...) Pero es que además también consta en autos que la sociedad Pinyer, S.A., desembolsó íntegramente el capital objeto de la ampliación (...) Así pues, no podemos afirmar que la entrada de la sociedad Pinyer en la masa accionarial de la sociedad Cajun sea un negocio jurídico ficticio total o parcial, ya que sus intervinientes realmente lo querían realizar tal y como lo expresaron, ya que consumaron los efectos económicos de dicho negocio jurídico». Ni en una ni en otra Sentencia se consideró, por consiguiente, acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados. La evidente merma de los ingresos a la hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios y coencausados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la Sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el art. 349 del Código Penal de 1973. Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompasan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito, lo que parece reconocerse en la propia Sentencia recurrida al tener que acompañar a dicho fundamento de la afirmación, desmentida por la Sentencia de instancia y contradictoria con la confirmación por la Sentencia de apelación de la inexistencia de simulación u ocultación alguna, de que el recurrente había procedido a una «ocultación maliciosa de la auténtica base imponible». La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la Hacienda Pública ha de considerarse en consecuencia —como ya afirmamos en la precitada STC 75/1984,

de 27 de junio— una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código Penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE. A mayor abundamiento cabe señalar que la configuración del fraude de ley tributaria como conducta punible a título de delito fiscal sería también lesiva del indicado derecho por aplicación del canon de examen utilizado por este Tribunal cuando se aducen vulneraciones del mismo por razón de las operaciones judiciales de subsunción de los hechos en las normas penales preexistentes. Recuérdese que el mencionado modelo de análisis nos ha conducido, en constante jurisprudencia, a apreciar lesionado el derecho a la legalidad penal cuando tales operaciones obedezcan a una aplicación de la norma punitiva tan carente de razonabilidad «que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas (SSTC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7 [LA LEY 9285/1997]; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4 [LA LEY 10209/1997]; 225/1997, de 15 de diciembre, FJ 4 [LA LEY 377/1998]; 232/1997, de 16 de diciembre, FJ 2 [LA LEY 384/1998]; 236/1997, de 22 de diciembre, FJ 4 [LA LEY 387/1998]; 56/1998, de 16 de marzo, FJ 8 [LA LEY 4936/1998]; 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 7 [LA LEY 9333/1998]; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 3 [LA LEY 2500/1999]; 42/1999, de 22 de marzo, FJ 4 [LA LEY 3487/1999]; 142/1999, de 22 de julio, FJ 4 [LA LEY 11090/1999]; 174/2000, de 26 de junio, FJ 2 [LA LEY 9001/2000]; 185/2000, de 10 de julio, FJ 4 [LA LEY 10181/2000]; 195/2000, de 24 de julio, FJ 4 [LA LEY 11289/2000]; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 11 [LA LEY 11786/2000])» (STC 123/2001, de 4 de junio, FJ 11 [LA LEY 5013/2001]). Pues bien: a la vista de lo anteriormente expuesto respecto de la improcedencia de acudir a la figura del fraude de ley para proceder a una extensión de los tipos penales a supuestos no específicamente previstos en ellos, así como de que, si bien la atipicidad administrativa del fraude de ley tributaria no conduce necesariamente a su atipicidad penal, sí constituye, en cambio, un factor indicativo de esta última, ya que lo contrario representaría un hecho excepcional en la pauta general de relaciones de progresión cuantitativa entre la infracción tributaria y el delito fiscal, y habida cuenta también de la muy extendida opinión doctrinal acerca de la atipicidad penal de dicho comportamiento, cabe concluir que la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de ley tributaria (STC 120/2005, de 10 de mayo).

Señala STC 129/2008, de 27 de octubre [LA LEY 158310/2008], que la STC 120/2005, de 10 de mayo [LA LEY 1350/2005], afirmaba, con cita de la STC 75/1984, de 27 de junio [LA LEY 8941-JF/0000], que la figura del fraude de Ley no puede utilizarse legítimamente para afirmar la tipicidad de una conducta que formalmente se situaba fuera de las fronteras del tipo aplicado. Es así constitucionalmente reprochable que se sancione con la pena propia de una conducta típica lesiva de un bien jurídico la lesión del mismo bien jurídico a través de una conducta atípica. Como afirmaba ya la STC 75/1984 [LA LEY 8941-JF/0000], la exigencia de tipicidad «se vería soslayada (...) si, a través de la figura del fraude de Ley, se extendiese a supuestos no explícitamente contenidos en ellas la aplicación de normas que determinan el tipo» (F 5). Y en frase conclusiva de la STC 120/2005 [LA LEY 1350/2005], también para la utilización de la figura del fraude de Ley respecto de las normas no penales que se integran en la norma penal, «la utilización de la figura del fraude de Ley —tributaria o de otra naturaleza— para encajar directamente en un tipo penal un comportamiento que no reúne per se los requisitos típicos indispensables para ello constituye analogía *in malam partem* prohibida por el art. 25.1 CE» (F 4). No es cierto, sin

embargo, que en esta última Sentencia se llegara «a la conclusión de que en el caso enjuiciado en ella no podía hablarse de simulación», como afirma el demandante en su escrito de alegaciones. En la STC 120/2005 [LA LEY 1350/2005], el Tribunal Constitucional, que no califica penalmente los hechos objeto de acusación, se limitó a constatar que «[n]i en una ni en otra Sentencia se consideró (...) acreditada la existencia, pretendida en todo momento por las acusaciones, de negocio simulado alguno, ni, por lo tanto, de engaño u ocultación maliciosa de cualquier género por parte de los acusados» (F 5), y que, además, el Tribunal de apelación consideró que se había producido un fraude de Ley tributaria, y que «la utilización de un fraude de Ley tributario, como mecanismo para eludir el pago de un tributo, integra la acción definida por el tipo de defraudar» (F 5). A partir de esta constatación, la STC 120/2005 se limitó a afirmar que la argumentación judicial en la interpretación de la norma aplicada y en la subsunción de los hechos probados en la misma no tenía la razonabilidad suficiente como para salvaguardar el valor de la seguridad jurídica que informa el derecho a la legalidad penal, pues «la exigencia de previsibilidad de una condena a título de delito fiscal no queda satisfecha en aquellos supuestos en que dicha condena venga fundamentada exclusivamente en un comportamiento calificable como fraude de Ley tributaria» (F 6). En concreto, la Sentencia de apelación carecía de análisis alguno acerca de «en qué manera podían considerarse realizados por la conducta del demandante de amparo los elementos subjetivos y objetivos necesarios para poder proceder a la aplicación del mencionado tipo penal»; y así, «junto al resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello» (F 5). Resulta a todas luces diferente el objeto de la presente Sentencia, que no es, debe recordarse de nuevo, el enjuiciamiento penal de unos hechos, sino la argumentación de unas resoluciones judiciales a las que se les reprocha la, por irrazonable, sorpresiva catalogación penal de una conducta como típica del delito de defraudación fiscal. Y claro es que la conclusión penal final de las mismas de que se ha producido una conducta defraudatoria en el sentido del art. 349 del Código Penal anterior no se sustenta ya, como en el objeto de la STC 120/2005, en la simple consideración de que se ha realizado un negocio jurídico en fraude de Ley, consideración que ahora expresamente se niega, sino en la apreciación de que la conducta de su promotor reúna todos los caracteres típicos del delito de defraudación tributaria. Dicho en forma conclusiva: el objeto de esta Sentencia y de la STC 120/2005 son diferentes porque diferente es el razonamiento interpretativo y subsuntivo de las resoluciones impugnadas; no puede atenderse a la petición de que se aplique la doctrina constitucional en la presente Sentencia del mismo modo estimatorio que en la STC 120/2005, porque su objeto es diferente hasta el punto de que las Sentencias ahora recurridas niegan el punto de partida argumentativo de las Sentencias que fueron objeto de reproche constitucional en la STC 120/2005, STC 129/2008 [LA LEY 158310/2008]. En los mismos términos, 48/2006, de 13 de febrero [LA LEY 16947/2006].

Al no haber podido ser debatida contradictoriamente por el recurrente la utilización por el órgano judicial de apelación de la figura del fraude de ley como fundamento de la acusación a título de delito fiscal, ya que ni había sido alternativamente propuesta por las acusaciones en sus respectivos recursos de apelación ni tampoco fue objeto de debate en el procedimiento seguido en instancia, ha de considerarse asimismo infringido el principio acusatorio y con ello el derecho del actor a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Sin que para la estimación de este motivo constituya óbice alguno la no interposición por el actor de un incidente de nulidad de actuaciones frente a la Sentencia de apelación —incidente que el Abogado del Estado consideraba procedente

en este supuesto, basándose para ello en la STC 174/2003, de 29 de septiembre—, ya que lo que de dicha resolución se desprende es que el mencionado incidente únicamente resulta preceptivo en los casos en que se haya denunciado algún tipo de indefensión y de incongruencia constitucionalmente relevante, lo que no sería aquí el caso (STC 120/2005, de 10 de mayo [LA LEY 1350/2005]).

Sin embargo, y en cualquier caso, no puede compartirse el criterio del recurrente en el sentido de que el fraude de ley exime de delito fiscal. Desde la perspectiva penal lo que debe constatarse es la concurrencia de los elementos integrantes del tipo, por lo que si consta que se ha defraudado a la Hacienda Pública mediante la voluntaria y consciente elusión del pago de tributos por importe superior a la cuota legal, ha de sancionarse, en principio, la conducta como delito fiscal. Y no cabe apreciar un menor disvalor en la conducta de quien de modo deliberado y consciente encubre la elusión típica mediante un fraude de ley respecto de quien simplemente omite realizar el pago con un mayor riesgo de ser descubierto. El art. 24.2 de la LGT dispone que los hechos, actos o negocios jurídicos ejecutados en fraude de ley tributaria no impedirán la aplicación de la norma tributaria eludida ni darán lugar al nacimiento de las ventajas fiscales que se pretendía obtener mediante ellos. En consecuencia, si la aplicación de la norma tributaria eludida permite constatar una elusión fraudulenta superior a la cuota típica, concurren ordinariamente los requisitos legales que determinan la aplicación del art. 305 del Código Penal. A la aplicación de esta norma penal no se opone que el citado art. 24 disponga en su apartado tercero que en las liquidaciones que se realicen como resultado del expediente especial de fraude de ley se aplicará la norma tributaria eludida y se liquidarán los intereses de demora que correspondan, sin que a estos solos efectos proceda la imposición de sanciones, pues el art. 305 del Código Penal no sanciona en estos casos la utilización del procedimiento encubridor de la elusión impositiva, sino la elusión en sí misma. Y como ya se ha expresado carece de sentido punitivo que la mera omisión de declarar implique elusión típica, y no lo suponga la elusión deliberadamente encubierta mediante un comportamiento fraudulento. Cuestión diferente es que pueda alegarse error de prohibición, en aquellos casos en que concurren los presupuestos de esta figura, pero desde luego el fraude de ley no impide la aplicación de las normas eludidas, incluidas las que sancionan penalmente la elusión fiscal en determinados supuestos. En definitiva, en el ámbito penal, la ingeniería fiscal fraudulenta debe ser objeto de sanción, cuando la conducta efectivamente realizada revista por sí misma caracteres delictivos, con independencia de la cobertura formal con la que se haya revestido (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]).

Resultado

El tipo previsto en el art. 305 CP es de naturaleza patrimonial y además de resultado (1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY 1921/2001]). También se refieren a su consideración como delito de resultado: 1337/2002, de 26 de octubre [LA LEY 10214/2003], 797/1999, de 20 de mayo [LA LEY 6421/1999], 181/1993, de 9 de marzo [LA LEY 13126/1993], 3 de diciembre de 1991 [LA LEY 2440-JF/0000], 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 42617-JF/0000] [LA LEY 42584-JF/0000] y 2 de marzo de 1988 [LA LEY 59331-JF/0000], haciendo referencia todas ellas a la necesidad de que el perjuicio causado supere determinadas cifras, variables en función de la legislación vigente en la fecha en que ocurren los hechos (2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]).

Con independencia de los pactos a que hubiera podido llegar con quien figuraba como comprador a los efectos de la extinción de la deuda entre ambos, la operación generaba un IVA, que

se reflejó en la escritura, que el acusado recurrente estaba obligado legalmente a ingresar en la Hacienda Pública (2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003]).

En los tributos periódicos ha de estimarse que existe una sola acción típica que engloba los actos realizados a lo largo del año natural como progresión delictiva dirigida a alcanzar la total cantidad defraudada (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003]).

Si la única descripción de la conducta del acusado estuviera constituida por el empleo de la expresión «el acusado defraudó a la Hacienda Pública (...)», concurriría la predeterminación del fallo que se contempla y proscribire en el art. 851.1.º de la LECrim., pues se habría sustituido indebidamente la necesaria narración fáctica de lo sucedido por su descripción jurídica típica (472/2003, de 28 de marzo [LA LEY 60215/2003]).

La opción por el régimen de transparencia fiscal en determinadas sociedades exige, como contraprestación, una absoluta lealtad en los contribuyentes que se acogen a esta modalidad tributaria. Conocen, en el momento de adoptar su decisión, que el impuesto de sociedades es menor que les correspondería pagar como persona física pero, a su vez, ofrece las ventajas propias de la mejor manejabilidad de la sociedad y de sus beneficios. Cualquier artificio destinado a sustituir, sin causa o justificación alguna, la obligación asumida por otra más beneficiosa y, a su vez, más onerosa para el erario público, debe estar sólidamente justificada por situaciones de estado de necesidad en los que la antijuridicidad de la conducta pueda ser justificada. Fuera de este supuesto excepcional, cuya realidad o aparición en este caso descartamos tajantemente, cualquier operación que evite el pago por parte del contribuyente de la carga tributaria que ha asumido voluntariamente, es una operación típica de elusión de impuestos, sancionada penalmente si supera las barreras cuantitativas señaladas en los diversos tipos penales que se han sucedido en el tiempo (643/2005, de 19 de mayo [LA LEY 1363/2005]).

Se configura como un delito especial propio, de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria (1940/2000, de 18 de diciembre [LA LEY 1921/2001]). También se refieren a su consideración como delito de resultado: 797/1999, de 20 de mayo [LA LEY 6421/1999] 181/1993, de 9 de marzo [LA LEY 13126/1993], de 3 de diciembre de 1991 [LA LEY 2440-JF/0000], de 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 42584-JF/0000] y de 2 de marzo de 1988 [LA LEY 59331-JF/0000], haciendo referencia todas ellas a la necesidad de que el perjuicio causado supere determinadas cifras, variables en función de la legislación vigente en la fecha en que ocurren los hechos. Si, como venimos declarando, la acción penal no prescribe al mismo tiempo que la acción administrativa, la responsabilidad civil por el delito puede exigirse coetáneamente con la responsabilidad penal, con lo que no se plantearía problema alguno en el sentido sugerido por el recurrente. Además, un amplio sector doctrinal y jurisprudencial, como antes ya hemos puesto de relieve, considera el delito fiscal como un delito de resultado. Desde esa perspectiva, la acción civil no nace de la deuda preexistente al delito, como sostiene el recurrente, sino del delito mismo, por lo que se ha afirmado que forzosamente ha de entenderse comprendida en la responsabilidad civil aneja al delito (arts. 109, 110 y 116 CP) la indemnización correspondiente o *quantum* del perjuicio causado a la Hacienda Pública, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el art. 305 ya señalado, constituyendo la Sentencia que declara la misma el título de ejecución único para hacer efectiva la deuda tributaria (1940/2000, de 18 de diciembre; 774/2005, de 2 de junio [LA LEY 519/2006]).

Comisión por omisión

Es muy discutible que el tipo de delito fiscal que consiste en eludir el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie, sea susceptible de comisión por omisión puesto que tiene una naturaleza esencialmente omisiva, pese a que el comienzo del art. 305 CP parezca sugerir que todos los tipos de delitos contra la Hacienda Pública pueden ser cometidos por acción o por omisión. Pero sea cual sea la estructura del tipo a que nos referimos —la de un delito en que la misma omisión constituya la situación típica o la de un delito de acción que admita la forma omisiva como equivalente en la producción del resultado típico— una cosa es indudable y es ella que, para la existencia de una omisión delictiva, se hace imprescindible que el autor haya tenido capacidad de realización de la conducta omitida. No es suficiente para la integración del delito de omisión que el autor haya tenido formalmente la obligación de actuar si de hecho no ha podido hacerlo (2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003]).

Elementos subjetivos*Dolo*

La doctrina científica es constante al caracterizar este delito como específicamente doloso, exponiendo que el dolo consiste en el conocimiento de las obligaciones fiscales, es decir, de las circunstancias que generan la obligación de tributar, y que la jurisprudencia ha concretado en la exigencia de que la concurrencia del elemento subjetivo requiere que el autor haya obrado con «ánimo defraudatorio», esto es, en la conciencia clara y precisa del deber de pagar y la voluntad de infringir ese deber. Para que se produzca la conducta típica del art. 305 CP no basta el mero impago de las cuotas, porque el delito de defraudación tributaria requiere, además, un elemento de mendacidad, ya que el simple impago no acompañado de una maniobra mendaz podrá constituir una infracción tributaria, pero no un delito. La responsabilidad penal surge no tanto del impago como de la ocultación de las bases tributarias (801/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 193672/2008]).

El delito contra la Hacienda Pública que se comete eludiendo el pago de tributos tiene una estructura evidentemente dolosa porque su autor tiene que abarcar en su conciencia y querer con voluntad libre los elementos objetivos del tipo. Es en esto en lo que consiste la intención de defraudar a que frecuentemente se ha referido la jurisprudencia. Pero no hay base alguna en la descripción legal del delito para sostener la exigencia de un especial ánimo de perjudicar a la Hacienda Pública —lo que algún sector de la doctrina ha denominado «dolo reduplicado»— que normalmente sería ilusorio pues cuesta mucho imaginar un delito fiscal, por elevada que sea la cantidad defraudada, que pueda causar un perjuicio real y sensible a la Hacienda Pública. El dolo preciso para que el delito fiscal quede integrado no es distinto del que cabe predicar de cualquier otro de la misma estructura: es el que existe cuando el sujeto sabe lo que hace y hace lo que quiere (2115/2002, de 3 de enero de 2003 [LA LEY 11566/2003]), sin que se requiera una determinada *mise en scene* o comportamiento engañoso para provocar un desplazamiento patrimonial inducido por error, sino un delito de infracción de deber que se comete por la elusión dolosa del tributo (desvalor de la acción) en su cuantía típica (desvalor del resultado), consistiendo el dolo o ánimo defraudatorio en el conocimiento de las circunstancias que generan el deber de declarar y en la voluntariedad de la conducta elusiva, generalmente omisiva (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]).

Como se dice en la Sentencia de 9 de marzo de 1993 [LA LEY 13126/1993], recogiendo la doctrina establecida en las de 2 de marzo de 1988 [LA LEY 59331-JF/0000], 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 42617-JF/0000] [LA LEY 42584-JF/0000], 3 de diciembre de 1991 [LA LEY 2440-JF/0000] y 31 de octubre de 1992 [LA LEY 12827/1992] [LA LEY 3154-JF/0000], entre otras, el delito contra la Hacienda Pública tiene como elemento subjetivo el ánimo de defraudar pero éste, que es evidente en quien no declara mal o torticeramente los datos que han de servir para la liquidación del impuesto, puede darse también en quien declara porque, siendo consciente del deber de hacerlo, omite una actuación esperada por la Administración tributaria y la omisión es susceptible de ser tomada como expresión inveraz de que no existe el hecho imponible (1244/2003, de 3 de octubre [LA LEY 10330/2004]).

Si sólo a la luz de una ilícita finalidad cobran todo su sentido las operaciones a través de las cuales se evade el tributo, las mismas serán delictivas (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]), es decir, realizando el análisis desde la perspectiva del objeto negocial —*business purpose test*— (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]).

La evidente merma de los ingresos a la hacienda pública que determinó la actuación conjuntamente emprendida por el recurrente y por sus socios y coencausados no era, sin embargo, como parece latir en el fondo de la Sentencia recurrida, requisito suficiente para considerar cometido el delito descrito en el art. 349 del Código Penal de 1973. Junto a ese resultado perjudicial para los legítimos intereses recaudatorios del Estado había de darse el elemento subjetivo característico de toda defraudación, esto es, un ánimo específico de ocasionar el perjuicio típico mediante una acción u omisión dolosa directamente encaminada a ello, elementos ambos que, si bien encajan perfectamente con la presencia de un negocio simulado dirigido a ocultar el hecho imponible, no se acompañan sin embargo con la figura del fraude de ley tributaria como medio comisivo del referido delito, lo que parece reconocerse en la propia Sentencia recurrida al tener que acompañar a dicho fundamento de la afirmación, desmentida por la Sentencia de instancia y contradictoria con la confirmación por la Sentencia de apelación de la inexistencia de simulación u ocultación alguna, de que el recurrente había procedido a una «ocultación maliciosa de la auténtica base imponible». La utilización de dicha figura para fundamentar la condena del demandante de amparo como autor responsable de un delito contra la hacienda pública ha de considerarse en consecuencia —como ya afirmamos en la precitada STC 75/1984, de 27 de junio— una aplicación analógica del tipo penal contemplado en el art. 349 del Código Penal de 1973 que, como tal, resulta lesiva del derecho a la legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE (STC 120/2005, de 10 de mayo [LA LEY 1350/2005]).

El elemento subjetivo se entiende acreditado mediante prueba indiciaria, infringiendo el propósito de defraudar de una serie de hechos que se consideran probados en la Sentencia de instancia: que el recurrente no solicitara acogerse al régimen de declaración consolidada para el grupo de sociedades y omitiera la presentación de declaración de cada una de las sociedades en cada ejercicio, excepto en un caso en que presentó una declaración negativa (en el ejercicio de 1990, respecto de la sociedad Fortuny 5, S.A.), a lo que se añade la inexistencia de documentación contable que justifique los supuestos préstamos recíprocos entre las sociedades y la imposibilidad de comprobar las afirmaciones de descargo debido a una sustracción de la documentación contable cuya verosimilitud considera la Sentencia de apelación no suficientemente acreditada (futilidad del relato alternativo que no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, pero sí servir como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad: SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6 [LA LEY 10641/1998]; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3 [LA

LEY 12609/2003]). Por lo demás, la inferencia se explicita en la resolución judicial a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano, que no cabe calificar de irrazonable ni desde el punto de vista de su lógica o coherencia (pues los indicios constatados no excluyen el ánimo defraudatorio, sino que parecen conducir naturalmente a él), ni desde el de su suficiencia o carácter concluyente, sin que a este Tribunal le competa realizar ningún otro juicio (SSTC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 3 [LA LEY 9333/1998]; 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 4 [LA LEY 10641/1998]; 120/1999, de 28 de junio, FJ 2 [LA LEY 10495/1999]; 44/2000, de 14 de febrero, FJ 2 [LA LEY 5202/2000]; 155/2002, de 22 de julio, FJ 14 [LA LEY 6428/2002]; 135/2003, de 30 de junio, FJ 2 [LA LEY 12609/2003]), STC 143/2005, de 6 de junio [LA LEY 13264/2005].

Error de prohibición

Cabría, en su caso, apreciar la concurrencia de error de prohibición en una conducta jurídicamente calificable como constitutiva de fraude de ley (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]).

Consumación y tentativa

Consumación

El momento de la consumación en los supuestos de tributos con autoliquidación, tanto si se formula declaración como si no, se produce en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago (1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]). La devolución posterior de la cantidad recibida en nada afecta a la consumación (no puede ser desistimiento en la tentativa, pues ya se había producido la consumación) ni tampoco a la culpabilidad, pues no ha sido un *actus contrarius*, ya que no se trató de un ingreso a la Hacienda Pública, sino a la empresa que le había entregado dichas cantidades (1590/2003, de 22 de abril).

Actos preparatorios e inicio de la ejecución

La actuación fraudulenta realizada con ocasión de la venta de las acciones, desviando una parte sustancial de los beneficios percibidos mediante la utilización de una persona interpuesta y una ficticia doble-venta, no constituyen, actos preparatorios, sino actos de ejecución, que dan principio a la realización del delito directamente, mediante hechos exteriores. El delito se perfecciona en el momento de la presentación de la declaración eludiendo los impuestos correspondientes a los beneficios desviados, pero su ejecución se inicia ya cuando se realiza la acción fraudulenta, de forma tal que predetermina el resultado al ocultar determinados ingresos que no aparecerán en los libros de la empresa y en consecuencia tampoco habrán de figurar en la declaración que se formule en su momento. Como dispone el art. 16.2.º quien da principio a la ejecución de un delito quedará exento de responsabilidad penal cuando evite voluntariamente su consumación, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada bien impidiendo la producción del resultado, lo que no hizo el acusado, sino que, por el contrario, provocó, con su acción fraudulenta y, al menos, inactividad posterior, la producción del resultado ya predeterminado por su maquinación previa, con independencia de que presentase él personalmente, o no, la declaración impositiva en el momento consecuente. En consecuencia, la responsabilidad del recurrente por delito consumado no se deriva de que se anticipe el momento de la consumación delictiva al momento de realización de la maquinación fraudulenta, sino del hecho de que dicha acción constituía ya un principio de

ejecución que predeterminaba el resultado, salvo desistimiento o arrepentimiento activo del acusado, que no se produjo (643/1999, de 30 de abril [LA LEY 6535/1999]).

Autoría y participación

El delito contra la Hacienda Pública de la art. 349 CP anterior, que se corresponde con el 305 CP actual, es un delito que únicamente puede cometer la persona obligada al pago del tributo correspondiente, sin perjuicio de que otros sujetos diferentes pudieran responder en calidad de inductores, cooperadores necesarios o cómplices (1027/2003, de 14 de julio [LA LEY 122697/2003]).

Autoría

El delito contra la Hacienda Pública está legalmente configurado como un tipo especial propio en tanto su autor tiene que tener forzosamente la cualidad de sujeto del impuesto cuyo pago se elude (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]).

Como el IRPF es un impuesto que grava la renta de cada persona física, el acusado únicamente puede cometer el delito concretado en la elusión fraudulenta de la cuota tributaria que pesa sobre él. No pudo ser autor, ni directa ni mediatamente, de los delitos que pudieron haber cometido los otros acusados omitiendo el pago de las cuotas tributarias que a cada uno de ellos correspondía (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]).

La deuda tributaria nace con el hecho imponible, y en ese momento el recurrente era administrador único de la sociedad, concurriendo en él las cualidades precisas para la autoría, iniciándose por el mismo los actos ejecutivos determinantes de la producción del delito, cuyo resultado viene predeterminado por éstos. El hecho de que en el momento del perfeccionamiento delictivo, fuese su hijo quien presentase la declaración tributaria de acuerdo con su reciente nombramiento como administrador de la sociedad, no afecta a la responsabilidad del acusado en concepto de autor, pues caso de ser su hijo conocedor y cooperador del fraude nos encontraríamos ante un delito realizado conjuntamente del que el recurrente es coautor, y caso de no serlo —opción que debemos acoger, conforme al principio de presunción de inocencia, al no haber sido el hijo del recurrente objeto de acusación alguna en esta causa— constituiría un simple instrumento, correspondiendo la responsabilidad en concepto de autor al acusado recurrente (643/1999, de 30 de abril [LA LEY 6535/1999]).

Sobre la autoría en los supuestos en que el obligado tributario es una persona jurídica ver Sujeto activo del comentario a este mismo artículo.

Inducción

Cabe la posibilidad de que, en un delito especial propio como el delito contra la Hacienda Pública, el *extraneus*, esto es, el sujeto en que no concurre la cualificación necesaria para realizar la acción típica, sea inductor o cooperador necesario del *intraneus* (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003], 1312/1994, de 24 de junio, 237/1996, de 20 de mayo [LA LEY 71732-JF/0000], 390/1997, de 25 de marzo [LA LEY 4760/1997], 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]). El partícipe no infringe la norma que respalda el tipo penal de la parte especial, sino la prohibición contenida en las reglas de la participación que amplían el tipo penal. Todas las explicaciones del fundamento de la participación conducen sin ninguna fricción a esta solu-

ción. Si este fundamento se ve en la participación en la ilicitud evidente que la ilicitud del hecho del autor, es el resultado de la conducta del partícipe que en forma mediata ataca el mismo bien jurídico; si el fundamento de la punibilidad del partícipe se viera en la causación del ilícito, la situación no sería en modo alguno diferente, pues el partícipe contribuye a la producción del acto ilícito (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

Cooperación necesaria

Partiendo de que no existe ninguna duda acerca de la punibilidad en concepto de cooperador necesario del *extraneus* que participa de manera decisiva en la realización del hecho típico, en delitos como los de que aquí se trata (entre otras, 274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996]), tiene razón el recurrente al reclamar una discriminación favorable en el plano de la penalidad, puesto que, en efecto, se da una apreciable diferencia en la intensidad de la afectación del deber según que el sujeto infractor se encuentre o no directamente concernido por él; y, por coherencia, hay que distinguir entre los diversos coeficientes de ilicitud observables en la conducta de uno y otro. Así lo ha entendido esta sala al decantarse por la aplicación de una atenuante analógica, del art. 9.10.ª Código Penal 1973 —por todas, 274/1996, de 20 de mayo [LA LEY 6870/1996]— (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

Ahora bien, esto resuelto, queda abierto el problema relativo al alcance que deba darse a la atenuación. Esto es, si lo que procede es situar la pena en el grado mínimo o hacerla descender a la inferior en grado. Al respecto es de señalar la existencia de un criterio jurisprudencial que se orienta en la primera dirección (870/1997, de 10 de enero [LA LEY 2783/1997] y 164/1997, de 12 de febrero [LA LEY 3828/1997]), y que tiene apoyo en la disposición del art. 60.1.º Código Penal 1973, puesto que lo que concurre es una sola circunstancia atenuante y no se dan méritos para que sea valorada como muy calificada; ya que, más allá del dato formal de la no concurrencia del deber específico en el extrañío, compensado como se ha dicho, lo cierto es que su conducta en este caso, por el grado de elaboración y de conciencia de la antijuridicidad que denota, se hace acreedora de un intenso reproche (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

Concursos

Concurso de normas

Estafa

La Sentencia impugnada motiva la imposibilidad de la subsunción del hecho en el delito fiscal dado que al tiempo de la comisión de los hechos no figuraba como supuesto típico la obtención indebida de devoluciones, y no obstante lo cual entiende que la subsunción de la conducta lo es en el delito de estafa al concurrir en el hecho acusado una defraudación dirigida al enriquecimiento. Sin embargo, como señala 29 de mayo de 2002 [LA LEY 480/2002], «la tipicidad de la estafa no se conforma sólo con el engaño que es un requisito común de toda defraudación. Hay que delimitar si la administración actuó en la disposición económica que realizó a causa del engaño que le fue realizado, y su consiguiente error, o si lo hizo en virtud de una normativa específica que le obliga a satisfacer determinadas prestaciones a quien reúna los requisitos que, previstos en la Ley, sean presentados por quien los requiere de acuerdo a los procedimientos legalmente previstos para la percepción del subsidio. La administración, a través de sus funcionarios, comprueba formalmente la petición y realiza la orden de abono, sin que realice, ni pueda realizar, un estudio sobre la veracidad de los datos sino que la meramente comprueba su concurrencia».

La estafa no es sólo engaño, sino que además de ese engaño y de su consideración de bastante, se requiere que el engaño sea causal al error en el sujeto pasivo y que este error sea determinante del desplazamiento económico que realiza la administración. Es necesario que la disposición típica de la estafa obedezca, tenga por causa, a una situación de error producida por el engaño del sujeto activo. Y nada de lo anterior resulta acreditado pues tan sólo se declara la existencia de un engaño.

En las defraudaciones contra la administración ésta actúa con independencia del engaño pues se limita a constatar la concurrencia de los requisitos establecidos en la Ley. En el supuesto objeto de la casación que conocemos, el sujeto pasivo que recibe el engaño actúa con independencia del mismo, es decir, realiza la disposición económica tras una comprobación formal de los requisitos sin que el funcionario que atiende la reclamación de la devolución del IVA pueda negar la reclamación, a salvo del estudio de los presupuestos de la devolución. Por ello, el sujeto pasivo, la administración, se reserva el derecho de realizar comprobaciones posteriores a la disposición, a través de los mecanismos de inspección con que cuenta lo que posibilitará, en su caso, la recuperación de la disposición realizada y la subsunción, si concurren los demás requisitos de la tipicidad en la infracción administrativa o en el tipo penal en función de la cuantía.

La subsunción clara de los hechos en el delito contra la Hacienda Pública no ha podido ser aplicada pues la Ley que modificó el Código Penal, en este tipo, fue posterior al hecho delictivo y se promulgó, precisamente, para contener los supuestos de defraudación a través de las devoluciones indebidas del Principio de Valor Añadido (325/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1076/2004]).

Apropiación indebida

El delito se configura no sólo en cuanto al impago de tributos sino también respecto de la elusión de «cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta de retribuciones en especie», modificación realmente importante ya que es discutible que el no ingreso de las cantidades retenidas a cuenta del IRPF deja de ser apropiación indebida, tal y como venía siendo considerado por alguna jurisprudencia. En este sentido la Consulta número 2/1996 de la Fiscalía General del Estado advertía sobre el carácter atípico que tendría entonces la retención de cantidades inferiores a los quince millones de pesetas (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997]).

Delito contable

Las figuras de delito del art. 310 del actual Código Penal, conocidas bajo el nombre de delito contable tipifican conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado en el título XIV del libro II del Código Penal, y sin su existencia en el mismo, constituirían actos meramente preparatorios o tentativas de delito fiscal, por lo que, cuando éste se comete con posterioridad a algunas de las conductas agrupadas en el art. 310 del Código Penal, se produce consunción de las mismas bajo el más grave delito cometido, de que las otras conductas son actos preparatorios tipificados penalmente, pero que desaparecen al ser la relación entre unas y otro un caso de concurso de normas, no de delitos, tesis mayoritaria en la doctrina, y que también se ha acogido en la jurisprudencia (26 de noviembre de 1990 [LA LEY 41180-JF/0000] y 27 de diciembre de 1990 [LA LEY 42617-JF/0000] [LA LEY 42584-JF/0000] y 31 de octubre de 1992 [LA LEY 12827/1992] [LA LEY 3154-JF/0000], 827/2006, de 10 de julio [LA LEY 114902/2006]) de tal modo que esas figuras del art. 310 del Código Penal sólo serán punibles en los casos en que no sea además aplicable el

art. 305 del mismo Código (1211/2002, de 29 de junio [LA LEY 10168/2003], 2021/2000, de 28 de diciembre [LA LEY 1912/2001]).

Incrementos patrimoniales no declarados procedentes de un hecho delictivo

Para la aplicación del concurso de normas (art. 8 Código Penal 1995) en el que la sanción penal por el delito fuente directa de los ingresos absorbe el delito fiscal que se considera consumido en aquél, es necesario que concurran tres requisitos: 1.º) Que los ingresos que generen el delito fiscal procedan de modo directo e inmediato del delito anterior. Cuando no suceda así y nos encontremos ante ingresos de una pluralidad de fuentes o que sólo de manera indirecta tengan un origen delictivo porque los beneficios del delito han sido reinvertidos y han dado lugar a nuevas ganancias, no cabe apreciar el concurso normativo (1493/1999 de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]). 2.º) Que el delito inicial sea efectivamente objeto de condena. Cuando no suceda así, por prescripción, insuficiencia probatoria u otras causas, debe mantenerse la sanción por delito fiscal, dado que el desvalor de la conducta no ha sido sancionado en el supuesto delito fuente (649/1996, de 7 de diciembre [LA LEY 425/1997], caso «Nécora», fundamento jurídico octogésimo cuarto, en la que se mantiene la condena por delito fiscal respecto de ingresos supuestamente derivados de receptación, precisamente porque «por estimación de otros motivos de estos mismos recursos, hemos acordado absolver del delito de receptación»). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador. 3.º) Que la condena penal del delito fuente incluya el comiso de las ganancias obtenidas en el mismo o la condena a su devolución como responsabilidad civil (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001], 1113/2005, de 15 de septiembre [LA LEY 14117/2005], 769/2008, de 30 de octubre [LA LEY 189431/2008]).

En base especialmente a la concurrencia de la reinversión de los productos obtenidos con las actividades ilícitas la Sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000] se separa en cierto modo de la doctrina anteriormente expuesta, determinando como relevante para aplicar en este caso las reglas del concurso de normas su propio fundamento. El art. 8 del Código Penal de 1995 contiene una cláusula definitoria de los principios que deben ser utilizados para resolver los supuestos de conflicto de leyes o concurso aparente que hasta ahora se encontraban regulados de una forma muy deficiente en nuestro ordenamiento penal. El artículo octavo renuncia a definir de modo positivo el concurso aparente al concretar la aplicación de los principios que en él se contienen a aquellos supuestos en los que los hechos contemplados sean susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos del Código pero no estén comprendidos en los arts. 73 a 77 del mismo texto legal. Con ello adopta una conceptualización negativa que implica que la aplicación de estos principios queda excluida en los supuestos de concurso de delitos prevenidos en el art. 73 o en los de delito continuado prevenidos en el art. 77, y obliga a diferenciar claramente el concurso de normas y el concurso de delitos, en el que también concurren varios preceptos que sin embargo no se excluyen entre sí. La diferencia esencial radica en que en el concurso de normas el hecho es único, en su doble vertiente natural (de la realidad) y jurídica (de la valoración), pues se entiende que el hecho lesiona del mismo modo el bien jurídico que es tutelado por las normas concurrentes, por lo que el contenido de injusto y de reproche de este hecho queda totalmente cubierto con la aplicación de sólo una de dichas normas penales, haciendo innecesaria

la aplicación de las demás. Sin embargo en el concurso de delitos el hecho lesiona más de un bien jurídico, cada uno de los cuales es tutelado por un precepto penal diferente, de modo que para responder al diverso contenido de injusto del hecho deben ser aplicadas las diversas normas que tutelan los diversos bienes jurídicos frente a acciones que también son diversas. Dicho esto, los hechos que han sido calificados como delitos de cohecho, malversación y estafa se integran por una serie de acciones complejas realizadas a la largo de un prolongado período temporal que no coinciden con la actividad realizada en el momento de efectuar las sucesivas declaraciones fiscales por parte del agente, declaraciones defraudatorias que no solamente ocultan la mayor parte de los ingresos lícitos o ilícitos del acusado sino que contienen manipulaciones que le llevan incluso a obtener devoluciones, a través de la dedicación, por ejemplo, de parte de los fondos, a la adquisición y sostenimiento de explotaciones agrícolas deficitarias que permiten el aparente resultado de una cuota tributaria negativa. Desde el punto de vista jurídico, igualmente, ha de estimarse que el bien jurídico tutelado por los delitos de estafa, cohecho y malversación no coincide con el protegido por los delitos contra la Hacienda Pública. No cabe estimar, en consecuencia que las normas penales sancionadoras de los referidos delitos, incluyan de forma plena en su sanción el desvalor y reproche que el ordenamiento jurídico atribuye al fraude fiscal, especialmente en el caso actual en el que el producto de los referidos delitos se reinvertía en bienes mobiliarios e inmobiliarios generadores de nuevas ganancias mantenidas siempre al margen de las obligaciones fiscales (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

Delito continuado

Aunque el delito fiscal —y concretamente, el de elusión del pago de tributos— tiene cierta semejanza con muchos delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico a los que es aplicable indiscutiblemente la figura del delito continuado en caso de concurso real, la definición legal del tipo que nos ocupa, así como la diversidad de los deberes fiscales que son vulnerados mediante su comisión, condicionados cada uno de ellos por hechos imponderables diferentes, ejercicios temporalmente distintos e incluso por plazos de declaración y calendarios diversos, le dan al delito fiscal una estructura específica **difícilmente compatible con la continuidad delictiva**, nunca apreciada por la Sala Segunda (2155/2002, de 3 de enero de 2003), que, en Sentencias como las 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000], y 20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001], ha castigado por separado los múltiples delitos fiscales cometidos en cada caso sin plantearse siquiera la posibilidad de unificarlos en un delito continuado. Como se dice en 1629/2001, de 10 de octubre [LA LEY 7728/2001], en que ya ha sido planteado expresamente el problema, «cuando el texto del art. 305 CP describe la acción como la elusión del «pago de tributos» se refiere a infracciones particulares que sólo pueden ser infracciones de deberes específicos propios de cada tributo», de suerte que si se presentan varias declaraciones fiscales fraudulentas referidas a distintas especies de tributos, se cometerán por regla varios hechos independientes, incluso cuando las declaraciones estén referidas al mismo ejercicio fiscal. Y si la singularidad de cada impuesto es un obstáculo para que la elusión de su pago se amalgame con la del pago de otro de distinta naturaleza, la redacción del apartado 2 del art. 305 CP lo es también, como se dijo en 505/1993, de 9 de marzo [LA LEY 13126/1993] (así como 325/2004, de 11 de marzo [LA LEY 1076/2004]), para que el impago del impuesto correspondiente a un período impositivo o declaración pierda su condición de delito independiente y se funda, en un delito continuado, con el impago del mismo impuesto correspondiente a otro período. Se establece en el mencionado apartado 2 del art. 305 CP que, a los efectos de determinar la cuantía de quince millones de pesetas, a partir de la cual la defraudación a la Hacienda Pública se convierte en delito, «se estará

a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración» si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones periódicas o de declaración periódica. Resulta lógico deducir de esta norma que si las defraudaciones cometidas en distintos períodos y referidas al mismo impuesto no pueden sumarse para que la cuantía total de las mismas convierta en delito lo que de otra forma sería una pluralidad de infracciones administrativas, no puedan sumarse tampoco las cantidades defraudadas en delitos cometidos en distintos períodos para que **la pluralidad de delitos sea castigada como uno solo continuado. Esta característica individualidad que cabe predicar de cada delito fiscal se opone a que el conjunto de todos los descritos en la declaración de hechos probados de la Sentencia recurrida sean penados como uno continuado** (1476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003], 2115/2002, de 3 de enero de 2003 [LA LEY 11566/2003], 611/2009, de 29 de mayo [LA LEY 99208/2009]). En los términos de la 737/2006, de 20 de junio, se trataría del principio de estanqueidad impositiva.

La Sentencia 952/2006, de 6 de octubre [LA LEY 103037/2006], concluye lo siguiente:

a) La posibilidad de continuidad delictiva hemos de referirla al núm. 2 del art. 74 CP, en atención al principio acusatorio, por ser tal modalidad la alegada y combatida por las partes.

b) El delito fiscal no es un delito patrimonial en sentido estricto, según expresa el art. 74-2.º CP («infracciones patrimoniales»).

c) Aunque lo reputáramos tal, existe un obstáculo insalvable para estimar la continuidad, cual es, la previsión legal del art. 305 CP (antes 349), en que la delimitación del injusto típico debe atenerse imperativamente a la defraudación de cada impuesto, de tal suerte que resulta excluida toda posibilidad de aglutinar defraudaciones inferiores a 120.000 euros con otras superiores a esta cifra.

Ello supone un apartamiento del criterio o fundamento jurídico que impone la continuidad delictiva en delitos patrimoniales, previsto en el art. 74.2.º CP. Según tal precepto, cualquier quebranto al patrimonio ajeno (sea de un euro o de un millón) debe adicionarse y conceptuarse como un sólo ataque. Tal idea no se ajusta a la filosofía del delito fiscal, en el que no es posible aglutinar una defraudación de 19.000 euros con otra de 21.000, lo que repugna al principio sustentador de la contemplación unitaria de las diversas infracciones patrimoniales a efectos de configurar el delito continuado. En definitiva, si partimos de que el delito fiscal, como precepto en blanco, debe integrarse con preceptos administrativos, harto cambiantes, es lógico que el legislador excluya de forma indirecta la consideración conjunta de los diversos delitos fiscales si cada ejercicio tributario puede estar sometido en su reglamentación a condicionamientos en alguna medida dispares, lo que le privaría de la homogeneidad del dolo, que prácticamente se renovarían en cada año fiscal.

Responsabilidad civil derivada del delito

Recoge 827/2006, de 10 de julio, que la Sala Segunda ha señalado (cfr. 1940/2000, de 18 de diciembre y 1337/2002, de 26 de octubre) que «el tipo previsto en el art. 305 CP es de naturaleza patrimonial y además de resultado, siendo el bien jurídico protegido el patrimonio de la Hacienda Pública en su manifestación relativa a la recaudación tributaria. La conducta típica, por acción u omisión, exige eludir el pago de tributos, entre otros supuestos, como es el caso, siempre que la cuantía de la cuota defraudada “exceda de 15.000.000 de pesetas”, de forma que dicho resultado se erige en elemento objetivo del tipo que como tal habrá de ser fijado por la Jurisdicción penal en el juicio correspondiente, es decir, como se señala en 3 de diciembre de 1991, “la deuda tributaria

resultante del expediente administrativo no pasa al debate judicial como un dato predeterminado, intangible e invariable, inmune a la contradicción procesal”, sino que es precisamente la Sentencia penal la que determina su cuantía pasando por ello en autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de revisión administrativa ulterior habida cuenta el principio de preferencia de la Jurisdicción Penal (art. 44 LOPJ). Pues bien, siendo ello así, forzosamente ha de entenderse comprendida en la responsabilidad civil aneja al delito (arts. 109, 110 y 116 CP) la indemnización correspondiente o *quantum* del perjuicio causado a la Hacienda Pública, cuya integridad constituye el bien jurídico tutelado por el art. 305 ya señalado, constituyendo la Sentencia que declara la misma el título de ejecución único para hacer efectiva la deuda tributaria». Y, aunque la cuantía de la deuda tributaria, la fijación de la cuota defraudada, como elemento objetivo del delito, deba ser fijada dentro del proceso penal, no correspondiendo efectuarlo a la Administración Tributaria, ello no significa que deban excluirse de las responsabilidades civiles los intereses devengados desde la fecha en que debió ser efectuado el pago del tributo. Y, en la doctrina se ha destacado que esta responsabilidad civil comprenderá ahora por mandato legal los intereses de demora, aunque tal mandato legal resultara innecesario, habida cuenta de que tales intereses podían hallar perfecto cobijo jurídico en el concepto resarcitorio contenido —como perjuicios materiales— en el apartado 3 del art. 110 del CP (art. 101.3.º CP/1973). Ahora bien, la Sala Segunda, en 2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003], señaló que si, de acuerdo con el art. 36 de la LGP, «las cantidades adeudadas a la Hacienda Pública devengarán interés de demora desde el día siguiente al de su vencimiento» y este interés tiene que ser el «legal del dinero vigente el día en que venza el plazo señalado», es indiscutible que dicho interés, devengado y no pagado, debe estimarse comprendido entre los perjuicios materiales derivados del delito y, en consecuencia, ser objeto de indemnización por parte de la persona que, como el acusado, sea condenada como criminalmente responsable de un delito que consiste precisamente en eludir el pago de tributos adeudados a la Hacienda Pública (2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003], reproducida por 827/2006, de 10 de julio [LA LEY 114902/2006]). Ello estaría de acuerdo con un sector doctrinal, que considera anómala la transposición del concepto *non bis in idem* a un instituto de naturaleza jurídico privada como es la responsabilidad civil sobre la que también se pronuncia el Juez Penal, y partiendo de la falta de reconocimiento de carácter sancionador a los intereses de demora, entiende que la responsabilidad civil comprenderá tales intereses, tanto porque resulta del mandato legal contenido en la nueva LGT, como por su comprensibilidad dentro del concepto resarcitorio de los perjuicios materiales del art. 110.3 CP. Y ello no obstante, esta Sala también, en 539/2003, de 30 de marzo [LA LEY 2040/2003], estimó que: «El tipo delictivo descrito en el art. 305.1 CP y en 349.1 CP 1973 consiste, en lo que ahora interesa, en eludir el pago de tributos, siendo un elemento objetivo del tipo que la cuantía de la cuota defraudada, es decir, del impuesto fraudulentamente eludido, exceda de quince millones de pesetas». Por su parte, la responsabilidad civil *ex delicto* abarca —art. 109.1 CP vigente— los daños y perjuicios causados por la ejecución del delito. De los referidos preceptos es razonable deducir, que el interés a cuyo pago debe ser condenado el acusado es el legal del dinero no ingresado desde el día que concluyó el plazo de declaración del IRPF, pues éste es el perjuicio adicional causado a la Administración por la ejecución del delito. Y en la 774/2005, de 2 de junio [LA LEY 519/2006], recordábamos que «Así debe considerarse toda vez que el interés legal de la suma a que ascendió la cuota tributaria no ingresada fue el rendimiento de dicha suma que perdió la Administración a causa del delito cometido. El “plus” que representa el interés de demora con respecto al interés legal del dinero tiene, como razona el Tribunal de instancia, un carácter sancionatorio, siendo claro que, por exigencia del principio de rango constitucional *non bis in idem*, una sanción administrativa no puede superponerse, por el mismo hecho, a la sanción penal impuesta por el orden jurisdiccional competente, lo que resulta

aún más evidente en el castigo de delito fiscal puesto que la sanción con que se le conmina en la Ley penal incluye una pena pecuniaria proporcional a la cuantía de la cuota defraudada». Pues bien, dado que en nuestro caso, la procedencia del pago de intereses es manifiesta con arreglo a lo expuesto, y que los intereses señalados en la Sentencia son los correspondientes al interés legal del dinero, a la mora y al incumplimiento culpable, conforme se explica en el párrafo tercero del f. 37 de la Sentencia de instancia, el motivo ha de ser desestimado (827/2006, de 10 de julio [LA LEY 114902/2006]).

Como señala el Ministerio Fiscal, se puede hablar de cuotas impagadas pero no de cuotas defraudadas y deben ajustarse las cuantías defraudadas en esas cifras, lo que en ninguno de los ejercicios (como viene a admitir el recurrente al hilo del motivo décimo cuarto) supone que la cuota defraudada descienda por debajo de los 120.000 euros (20 millones de pesetas). Subsisten, pues, los tres delitos contra la Hacienda Pública, pero han de reducirse las multas que se fijan proporcionalmente en atención a la cuantía defraudada y no a la cuantía impagada y la responsabilidad civil nacida del delito, pues sólo es delictiva la elusión del pago de tributos alcanzada a través de medios engañosos. Queda subsistente la facultad de la Administración Tributaria de fijar y, en su caso, proceder a ejecutar la deuda tributaria que pueda ser procedente en virtud de esas deducciones de gastos que, no siendo delictivas, puedan ser improcedentes y no ajustadas a la legislación tributaria (737/2006, de 20 de junio [LA LEY 70380/2006]).

La responsabilidad del delito fiscal hay que atribuirle en primer lugar a las personas que como socios o administradores de las empresas ostentaban poder de decisión dentro de las mismas porque tenían o tienen conocimiento de las defraudaciones que se van a realizar (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997]).

Prescripción

A) Prescripción de la deuda

El art. 66 de la LGT (66 de la anterior) dispone que «Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos:

- a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
- b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas.
- c) El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.
- d) El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías».

B) Prescripción del delito

El plazo legalmente previsto para la prescripción de esta clase de delito contra la Hacienda Pública es indudablemente el de cinco años (1231/1999, de 26 de julio [LA LEY 11662/1999], 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 1807/2001, de 30 de octubre [LA LEY 8360/2001], 1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002], 2069/2002, de 5 de diciembre

[LA LEY 12902/2003], 44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003] y 751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]), siendo el *dies a quo* el momento de la consumación que en los supuestos de tributos con autoliquidación, tanto si se formula declaración como si no, se produce en el momento en que expira el plazo legal voluntario para realizar el pago (520/2008, de 15 de julio [LA LEY 116099/2008], 146/2008, de 8 de abril [LA LEY 31948/2008]). Antes no cabe hablar de consumación pues el sujeto aún podría desistir voluntariamente verificando el pago a través de una declaración complementaria (254/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 8638/2001], 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], 1231/1999, de 26 de julio [LA LEY 11662/1999], 404/2003, de 21 de marzo [LA LEY 12579/2003], 751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004], 1590/2003, de 22 de abril). Y por lo que se refiere al *dies ad quem*, las posiciones doctrinales son muy discrepantes pues existe desde un sector doctrinal que estima que se interrumpe la prescripción desde que la Inspección de Tributos pasa el tanto de culpa al Ministerio Fiscal, hasta otro que considera que la interrupción no se produce mientras no se reciba declaración al inculpado. Por razones de seguridad jurídica lo procedente es mantener en esta materia la doctrina mayoritaria de la Sala Segunda, ya muy consolidada (Sentencias, entre otras, de 25 de enero de 1994 [LA LEY 41190-JF/0000] [LA LEY 15921-R/1994], 104/1995, de 3 de febrero [LA LEY 2027/1995], 279/1995 de 1 de marzo [LA LEY 14376/1995], 437/1997 de 14 de abril [LA LEY 6146/1997], 794/1997 de 30 de septiembre [LA LEY 10251/1997], 1181/1997 de 3 de octubre [LA LEY 10248/1997], 1364/1997 de 11 de noviembre [LA LEY 11041/1997], 1620/1997, de 30 de diciembre [LA LEY 17260/1997], 801/1998, de 25 de enero de 1999 [LA LEY 1733/1999], 1225/1999 de 9 de julio [LA LEY 9667/1999] [LA LEY 9304/1999], 855/1999 de 16 de julio [LA LEY 10780/1999] y 1231/1999 de 26 de julio [LA LEY 11662/1999], 254/2001, de 28 de septiembre [LA LEY 8638/2001], 1807/2001, de 30 de octubre [LA LEY 8360/2001], 147/2003, de 5 de febrero [LA LEY 12390/2003], 162/2003, de 4 de febrero [LA LEY 24511/2003], 751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004], entre otras), que estima que para la interrupción de la prescripción basta con que en la querrela, denuncia o investigación aparezcan nominadas unas determinadas personas como supuestos responsables del delito de que se trate. En consecuencia, el *dies ad quem* es aquel en que se formuló la querrela por el Ministerio Fiscal en el Juzgado de Guardia, por unos hechos claramente perfilados y dirigiendo el procedimiento penal contra la persona plenamente identificada y determinada (1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000]) debiendo estarse a la fecha que figure en la correspondiente diligencia de presentación, de la misma forma que se computa cualquier otro plazo cuando dependa de la presentación de un escrito —Sentencias, entre otras, de 3 de febrero de 1984, 21 de enero de 1993 [LA LEY 3956-JF/0000] y 26 de febrero de 1993 [LA LEY 2948-5/1993], 25 de enero de 1994 [LA LEY 41190-JF/0000] [LA LEY 15921-R/1994], 104/1995 de 3 de febrero [LA LEY 2027/1995], 279/1995 de 1 de marzo [LA LEY 14376/1995], 437/1997 de 14 de abril [LA LEY 6146/1997], 794/1997 de 30 de septiembre [LA LEY 10251/1997], 1181/1997 de 3 de octubre [LA LEY 10248/1997], 1364/1997 de 11 de noviembre [LA LEY 11041/1997], 30 de diciembre de 1997 [LA LEY 17260/1997], 25 de enero de 1999 [LA LEY 1733/1999], 9 de julio de 1999 [LA LEY 9304/1999] [LA LEY 9667/1999], 16 de julio de 1999 [LA LEY 10780/1999] y 26 de julio de 1999 [LA LEY 11662/1999], 1688/2000, de 6 de noviembre de 2000 [LA LEY 11011/2000], 1807/2001, de 30 de octubre de 2001 [LA LEY 8360/2001], caso Urbanor, de 14 de marzo de 2003 [LA LEY 1243/2003]— (751/2003, de 28 de noviembre [LA LEY 11511/2004]). La resolución judicial que acuerda incoar Diligencias Previas interrumpe la prescripción, siendo indiferente que, la *notitia criminis*, es decir, el conocimiento de hechos delictivos que se atribuyen a personas o grupos perfectamente identificados, revista la forma de denuncia o de querrela, ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en

cuanto tiene antecedentes de hecho, Fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el Recurso de Reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado. No se puede hacer de peor condición al querellante que asume una costosa carga para poner en marcha el proceso, que al denunciante que limita su actuación a una manifestación oral o escrita. No creemos que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación formal en el momento de la calificación de los hechos, 643/2005, de 19 de mayo [LA LEY 1363/2005].

Establece en sentido diametralmente opuesto STC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], que el carácter ilusorio del plazo de prescripción legalmente establecido resultaría evidente en este caso de admitirse la interpretación seguida por el Tribunal *ad quem*, toda vez que, conforme a la misma, no habiéndose discutido en ningún momento que la querella presentada por la Agencia Tributaria hubiese sido formulada en tiempo todavía hábil para ello, dicha presentación tendría la virtualidad de abrir un nuevo plazo de prescripción por tiempo de otros cinco años, dentro del cual el órgano judicial podría resolver acerca de su admisión o inadmisión a trámite. La misma insatisfacción que provoca semejante conclusión pone de manifiesto no sólo su carácter de interpretación restrictiva *contra reo*, sino, esencialmente, su condición de interpretación incompatible con el fundamento y fines del instituto de la prescripción penal. Para poder entender dirigido el procedimiento penal contra una persona, no basta con la simple interposición de una denuncia o querrela sino que se hace necesario que concurra un acto de intermediación judicial, STC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005]. Ahondando en esta línea, señala la STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009], que sin necesidad de entrar en las consideraciones que las Sentencias impugnadas realizan con respecto a la oposición existente entre el criterio de este Tribunal Constitucional y una de las líneas interpretativas de la prescripción de las infracciones penales que ha seguido el Tribunal Supremo, oposición que, en todo caso, queda resuelta en aplicación de la previsión del art. 5.1 de la LOPJ, lo cierto es que para resolver la cuestión planteada basta con acudir a doctrina sentada por este Tribunal en las SSTC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], y 29/2008, de 20 de febrero [LA LEY 1123/2008], relativas al cómputo de la prescripción penal y, más concretamente, a la eficacia interruptiva de las denuncias o querellas, para apreciar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo (art. 24.1 CE). En efecto, el art. 132.2 del CP dispone que la prescripción «se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido cuando el procedimiento se dirija contra el culpable» y es doctrina de este Tribunal que la querrela o denuncia de un tercero «es una “solicitud de iniciación” del procedimiento» (SSTC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], y 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10 [LA LEY 1123/2008]), «no un procedimiento ya iniciado» (precisa la STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 10 [LA LEY 1123/2008]), razón por la cual, no tiene por sí sola eficacia interruptiva del cómputo del plazo de prescripción, para lo cual es necesario un «acto de interposición judicial» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c) [LA LEY 1123/2008]] o de «dirección procesal del procedimiento contra el culpable» (STC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], FJ 5). Como más extensamente concluimos en esta última resolución, si «la prescripción penal supone “una renuncia o autolimitación del Estado al *ius puniendi*” motivada por el mero transcurso de un período de tiempo más o menos dilatado, lógicamente sólo los órganos que en nombre del Estado ejercen la función de interpretar y aplicar las normas penales pueden hacerlo en los indicados plazos o, por el contrario, dejar que transcurran sin haber emprendido actuación alguna, con la consiguiente imposibilidad de subsanar las consecuencias derivadas de tal omisión. Pero también constituye una derivación inmediata de la propia esencia del instituto

de la prescripción penal como límite temporal externo al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, ya que dicha esencia determina que el plazo de prescripción del delito sea indisponible para las partes actuantes en un procedimiento penal, toda vez que lo que prescribe no es la acción penal para perseguir el delito sino el delito mismo, lo que sólo puede suceder por intermedio de la persecución estatal, esto es, mediante la omisión, en el plazo que en cada caso venga legalmente establecido, del imprescindible acto de interposición judicial que supone trámite imprescindible para el ejercicio del *ius puniendi*. De manera que será únicamente el Juez quien puede llevar a cabo esa actuación de dirección procesal del procedimiento contra el culpable que requiere el art. 132.2 del Código Penal para considerar interrumpido el plazo de prescripción del delito en cuestión». Y añadimos que «esta interpretación resulta coherente con el fundamento material de la prescripción en los principios de seguridad jurídica, intervención mínima y necesidad preventivo-general y preventivo-especial de la pena, a los que cabría añadir la necesidad de que en todo momento el procedimiento penal aparezca rodeado de las garantías constitucionalmente exigibles, lo que únicamente ocurre a partir del momento en que interviene el órgano judicial tomando las riendas del proceso» (STC 63/2005, de 14 de marzo [LA LEY 1020/2005], FJ 5). En consecuencia, y sin necesidad de entrar a dilucidar si el *dies a quo* en el cómputo del plazo de la prescripción penal, cuando se trata de delitos contra la hacienda pública cometidos en materia de IVA, es el día siguiente a la finalización de cada período mensual o trimestral de liquidación o el día siguiente a la finalización del último período de liquidación del año, lo cierto es que en el presente caso incluso aceptando esta última hipótesis se habría producido la prescripción de la responsabilidad penal por el ejercicio 1999. En efecto, si el plazo de presentación de la última declaración del ejercicio finalizaba el día 30 de enero de 2000, el día 30 de enero de 2005 sería el último día del plazo de prescripción de la responsabilidad criminal de cinco años prevista en el art. 131.1 CP. Así las cosas, aun cuando la denuncia de la Administración tributaria —solicitud de iniciación del procedimiento— se presentó el día 10 de enero de ese mismo ejercicio de 2005, el primer acto de interposición judicial —de iniciación del procedimiento— con virtualidad interruptiva —de conformidad con el art. 132.2 CP— habría sido el Auto de incoación de diligencias previas de fecha 20 de abril de 2005, dictado casi tres meses después de haberse extinguido la responsabilidad criminal, de conformidad con lo previsto en el apartado 6 del art. 130 CP. Así las cosas, la interpretación judicial que considera no prescrita la responsabilidad criminal por el citado ejercicio con base en la idoneidad de la denuncia como acto interruptivo del cómputo del plazo de prescripción existente para exigir la correspondiente responsabilidad criminal derivada de un ilícito penal, es lesiva del derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto que dicha interpretación abrió paso a la condena por un delito contra la hacienda pública por el citado ejercicio, afectando a bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, como es el derecho a la libertad del actor ex art. 17 CE (STC 29/2008, de 20 de febrero [LA LEY 1123/2008], FJ 10), STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009].

Señala la STC 129/2008, de 27 de octubre [LA LEY 158310/2008] que La Sentencia del Tribunal Supremo explica que «según la interpretación del art. 132.2 del Código Penal que viene realizando la última línea jurisprudencial de esta Sala», «la resolución judicial que acuerda incoar diligencias previas interrumpe la prescripción (...) ya que lo relevante es la existencia de una resolución judicial que reviste la forma de Auto, en cuanto que tiene antecedentes de hecho, fundamentos jurídicos y parte dispositiva y contra el mismo cabe el recurso de reforma. Este Auto contiene la decisión judicial de investigar el hecho y perfilar la participación del denunciado o querellado», sin «que se pueda mantener, en estos tiempos, que la única forma de dirigir el procedimiento contra el culpable pase necesariamente por un procesamiento o por su imputación

formal en el momento de la calificación de los hechos» (F 10.8). Resulta así notorio que no concurre no ya falta de motivación, error fáctico o ausencia de norma, sino tampoco irrazonabilidad manifiesta en la catalogación de un Auto de incoación de diligencias previas consecuente con una querrela como acto de dirección del procedimiento contra el querrellado, máxime si se tiene en cuenta, con cita de nuevo de la STC 63/2001, que la norma aplicada «no especifica la calidad ni la intensidad» de la conexión requerida «entre las actuaciones procesales y quien finalmente resulta condenado para dar por interrumpida la prescripción» (F 9). Y constatamos también que esta interpretación del inciso «desde que el procedimiento se dirija contra el culpable» (art. 114 del Código Penal anterior) y la subsunción del citado Auto en el mismo no desconocen las finalidades de la institución de la prescripción de preservación de la seguridad y de las funciones de la sanción penal, a la vista de que se trata de una decisión judicial formalizada y específica que tiene por contenido la investigación penal solicitada.

Sobre esta cuestión tan «desmadrada», véase lo manifestado al respecto en el comentario al art. 132.2.

Ni es factible otorgar relevancia interruptiva del cómputo del plazo prescriptivo a las actuaciones administrativas dirigidas a la previa determinación de la responsabilidad tributaria, ni tampoco es posible otorgar tal eficacia al conocimiento por el culpable de su propia responsabilidad, pues la *notitia criminis* hace referencia, como no podía ser de otra manera, al conocimiento por parte del órgano judicial de la comisión de un ilícito para que pueda ejercer el *ius puniendi* del Estado y, por tanto, interrumpir el cómputo del plazo prescripción mediante la emanación de un acto de interposición; acto de interposición judicial que, si se produce una vez transcurrido el plazo previsto en la norma penal (en el supuesto de los delitos contra la hacienda pública, de cinco años), no evita la extinción de la responsabilidad criminal, con independencia de la mayor o menor dilación en su emisión posterior. como hemos dicho, el valor al que sirve el instituto de la prescripción penal «es la seguridad jurídica, evitando una pendencia sine die de la amenaza penal sobre aquellos a quienes pueda considerarse implicados en un delito» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11 [LA LEY 1123/2008]; y en el mismo sentido, STC 129/2008, de 27 de octubre [LA LEY 158310/2008], FJ 8), a los efectos de garantizar «su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal» (SSTC 157/1990, de 18 de octubre, FJ 3 [LA LEY 1561-TC/1991]; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11 [LA LEY 1123/2008]; y 79/2008, de 14 de julio, FJ 2 [LA LEY 103544/2008]), razón por la cual «no se vincula sólo al paso del tiempo, sino que (...) se relaciona con la actividad judicial a través de la cual se ejerce el *ius puniendi* del Estado» (STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 11), siendo el momento interruptivo de la prescripción, no el de la *notitia criminis* por parte del órgano judicial como consecuencia de «la mera presentación y registro de una querrela o denuncia», sino el de la existencia «de un acto de interposición judicial», eso sí, «por quien tenga atribuido el *ius puniendi* del Estado, porque “el único procedimiento cuyas actuaciones tienen legalmente la eficacia de interrumpir la prescripción es el propiamente criminal”» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.c) [LA LEY 1123/2008]]. En suma, «si el fundamento de la prescripción es la imposibilidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado como consecuencia de la renuncia al mismo, es evidente que sólo puede interrumpirse en el ámbito penal cuando se realicen actuaciones (naturalmente, por quien tenga la competencia para ejercer el *ius puniendi* en dicho campo, quien en el actual estado de nuestra legislación únicamente puede ser el Juez) de las que pueda deducirse la voluntad de no renunciar a la persecución y castigo del ilícito» [STC 29/2008, de 20 de febrero, FJ 12.b) [LA LEY 1123/2008]], STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009].

Con relación al grado de colaboración del acusado en la investigación del delito, no cabe duda de que esta alegación del Abogado del Estado no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio —y no por el principio inquisitivo—, en el que «el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo», y, por tanto, su declaración —o colaboración— «a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa», razón por la cual «ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones» (STC 197/1995, de 21 de diciembre [LA LEY 741/1996], FJ 5). En este sentido, no resulta admisible la pretensión de vincular los efectos de una eventual extinción de la responsabilidad criminal —por prescripción— al grado de colaboración de los culpables cuando, como es bien sabido, la Constitución española garantiza en su art. 24.2 el derecho «a no declarar contra sí mismo» y «a no confesarse culpables», como así hace también, por ejemplo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre 1966, que al recoger las «garantías mínimas» de las personas acusadas de un delito en su art. 14.3 cita entre ellas el derecho «[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable» [letra g)]. Aunque es verdad que este derecho no viene consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el «derecho a un proceso equitativo» a que hace referencia el art. 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia). Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho éste que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5 [LA LEY 10013/1997]; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2 [LA LEY 494/2005]; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6 [LA LEY 14414/2007]; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8 [LA LEY 14415/2007], entre otras). En suma, la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa, STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009].

La redacción del art. 64 de la Ley General Tributaria efectuada por la Ley 1/1998 de 26 de febrero, en cuanto establece un plazo de prescripción de cuatro años para la acción de la Hacienda Pública dirigida a exigir el pago de las deudas tributarias no modifica el plazo de prescripción del delito fiscal pues (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003]):

1.º Nada obsta a que el delito se someta legalmente a plazos de prescripción más largos que la infracción administrativa, en razón de su mayor gravedad (1688/2000, de 6 de noviembre [LA

LEY 11011/2000], 1807/2001 de 30 de octubre [LA LEY 8360/2001]). No sólo nada se opone a que el plazo de prescripción señalado al delito sea superior al establecido para la infracción administrativa, sino que además esto es lo correcto, pues del mismo modo que el plazo de prescripción de los delitos se fija en atención a su gravedad, entre delito e infracción administrativa debe mantenerse el mismo criterio con sus evidentes consecuencias (2069/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 12902/2003], mencionada por 1590/2003, de 2 de abril). La prescripción tributaria no anula retroactivamente la comisión del delito, 1590/2003, de 22 de abril.

2.º No cabe estimar que la extinción de la obligación tributaria por prescripción pudiese determinar la atipicidad sobrevenida de la conducta delictiva, pues la tipicidad es un concepto que viene referido al momento en que se realizó la acción u omisión típica, y en dicho momento no cabe duda alguna de la concurrencia de la deuda tributaria y de su elusión en forma típica, por lo que se consumó la actuación delictiva sin que pueda incidir en la tipicidad, ya realizada, una eventual extinción posterior de la deuda tributaria (1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], en este sentido 1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]).

3.º Ante la alegación de que el pago espontáneo fuera de plazo antes de la notificación del inicio de actuaciones de comprobación por la Administración Tributaria, o antes de la querrela o denuncia caso de que tales actuaciones no se hayan producido, da lugar a la exención de la responsabilidad penal (art. 305.4 CP/1995), por lo que, por analogía, el transcurso del plazo de prescripción de la obligación tributaria antes del inicio de las actuaciones penales debe conducir al mismo resultado. Establece la S 1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000], que tampoco cabría considerarlo como argumento válido, pues la aplicación de una norma por analogía requiere que concorra identidad de razón (art. 4.1.º del Código Civil) y es claro que las razones de utilidad que subyacen en la excusa absolutoria de regularización tributaria —el favorecimiento o promoción del pago voluntario— no concurren cuando la extinción del crédito tributario se produce por causas ajenas al contribuyente (1688/2000, de 6 de noviembre [LA LEY 11011/2000]).

4.º Existe una perfecta compatibilidad, desde la perspectiva del bien jurídico, entre la opción representada por la renuncia estatal a investigar y perseguir los incumplimientos de índole tributaria una vez transcurridos cuatro años, y la decisión de mantener operativa la respuesta penal más allá de ese plazo, porque no puede compartirse la afirmación de que hay algo de absurdo en la persecución de un delito si la condena no lleva asociada la exigencia de responsabilidad civil. Primero, porque, como se ha dicho, la persecución en sí misma tiene pleno sentido, cuando se trata de dar tutela a valores esenciales para una adecuada realización del modelo constitucional de Estado, y de prevenir las conductas gravemente atentatorias contra ellos, mediante el mantenimiento de la amenaza penal. Y, en segundo término, porque no hay razón para que la prescripción en el ámbito fiscal, aparte de paralizar la actividad administrativa propia de ese ámbito, haya de significar también necesariamente la inhibición de una iniciativa judicial en marcha, institucionalmente autónoma y que cuente con sus propios recursos investigadores (1336/2002, de 15 de julio [LA LEY 7240/2002]). En cualquier caso, la extinción de determinadas acciones o facultades de la Administración no equivale a la extinción del bien jurídico tutelado por el delito fiscal (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003]).

5.º Y en lo que se refiere a la calificación del plazo de cuatro años como un término para cumplimentar la liquidación provisional del impuesto por parte de la Administración Tributaria, considerando que la liquidación administrativa en dicho plazo constituye un presupuesto de procedibilidad para la persecución del delito fiscal, ha de señalarse:

1.º La norma penal reguladora del delito fiscal no contiene en la actualidad presupuesto de procedibilidad alguno de carácter administrativo-tributario, como sucedía con anterioridad a la reforma de 1985, y no procede rehabilitar esta especie de «prejudicialidad» administrativa por vía jurisprudencial cuando ha sido suprimida por el propio Legislador.

2.º La liquidación no es competencia de la Administración Tributaria en los casos de delito fiscal, pues conforme a lo prevenido en el art. 77.6.º de la LGT, «En los supuestos en que la Administración Tributaria estime que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo mientras la Autoridad judicial no dicte Sentencia firme». En consecuencia, en los supuestos de delito fiscal la liquidación no se realiza por la Administración Tributaria sino por el propio Tribunal Penal, por lo que carece de sentido exigir como presupuesto procesal para la persecución penal de un delito fiscal que la Administración Tributaria haya practicado la liquidación de la deuda en el plazo de cuatro años.

3.º Considerar la liquidación provisional del impuesto como un presupuesto de procedibilidad para la iniciación de un proceso por delito fiscal constituye, con independencia del plazo, una interpretación *contra legem* del art. 77.6.º de la LGT que únicamente exige que la Administración Tributaria estime que una determinada infracción «pudiera ser constitutiva de un delito contra la Hacienda Pública» para deducir el tanto de culpa, no exigiendo por tanto la liquidación provisional.

4.º Esta tesis se encuentra también en contradicción con lo establecido por el Legislador en el art. 305 del Código Penal de 1995, pues no puede calificarse de condición objetiva de procedibilidad para la persecución del delito fiscal que la Administración Tributaria haya liquidado, aunque fuese provisionalmente, la deuda fiscal, cuando de modo expreso se prevé en el párrafo cuarto del precepto que el Ministerio Público o a la Abogacía del Estado puedan formular querrela o denuncia por delito fiscal incluso cuando no se hubiese producido actuación de comprobación alguna por parte de la Administración Tributaria «tendente a la determinación de la deuda tributaria».

5.º Por último, este supuesto requisito de procedibilidad administrativo-tributario no haría más que generar nuevas discordancias entre la prescripción administrativa y la penal, que son distintas, pues no toma en consideración las causas de interrupción de los plazos administrativos de prescripción prevenidas en el art. 66.1.º de la LGT (44/2003, de 3 de abril [LA LEY 1671/2003], y en contra 1629/2001, de 10 de octubre [LA LEY 7728/2001]).

La legislación administrativa autonómica dictada en el ámbito de sus competencias puede integrar una norma penal parcialmente en blanco. Pero la norma sobre prescripción no es norma en blanco, por lo que los plazos de prescripción de los delitos establecidos en el CP no pueden ser alterados por normas autonómicas (en referencia al plazo de 3 años del art. 64 de la Norma Foral General Tributaria del Territorio Histórico de Vizcaya, 1590/2003, de 22 de abril [LA LEY 652/2005]).

Aspectos procesales

A) El derecho a no declarar contra uno mismo aplicado al delito fiscal

Como señala STC 68/2006, de 13 de marzo [LA LEY 23362/2006], conviene comenzar recordando que, conforme señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el

núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular —ha señalado—, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la “persona acusada”. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del art. 6» (STEDH de 3 de mayo de, caso J. B. c. Suiza, § 64; en el mismo sentido, SSTEDH de 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; de 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; de 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; de 3 de mayo de 2001, caso Quinn c. Irlanda, § 40; de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39). «En este sentido —concluye el Tribunal de Estrasburgo—, el derecho está estrechamente vinculado a la presunción de inocencia recogida en el art. 6, apartado 2, del Convenio» (Sentencias Saunders, § 68; Heaney y McGuinness, § 40; Quinn, § 40; Weh, § 39). A diferencia del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (en adelante, CEDH), nuestra Constitución sí menciona específicamente en su art. 24.2 los derechos a «no declarar contra sí mismos» y a «no confesarse culpables» que, como venimos señalando, están estrechamente relacionados con los derechos de defensa y a la presunción de inocencia, de los que constituye una manifestación concreta (STC 161/1997, de 2 de octubre [LA LEY 10013/1997], F 5). En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable «son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable» [SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4 a); 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6]. Y hemos declarado asimismo que los citados derechos «entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación» (STC 161/1997, de 2 de octubre [LA LEY 10013/1997], FJ 5). La vulneración del derecho a no autoincriminarse se habría producido, en esencia, porque, no habiéndosele informado de su derecho a no declarar contra sí mismo desde el inicio del procedimiento inspector que se siguió en relación con él, la documentación que proporcionó bajo coacción en el curso de dicho procedimiento fue empleada finalmente para condenarle por la comisión de varios delitos contra la hacienda pública. Ya en este punto es de señalar, como con acierto advierte el Abogado del Estado, que el recurrente no ha mencionado concretamente las «admoniciones, requerimientos y advertencias» que le dirigió la Inspección, ni cuáles fueron los documentos que ante tales intimaciones entregó, ni por consecuencia, en qué medida esos documentos que aportó coaccionado pudieron tener razonablemente alguna virtualidad para su condena. Resulta, pues, así, que el demandante no ha atendido la carga que sobre él pesa y que va referida no sólo a abrir la vía para que este Tribunal pueda pronunciarse sobre las vulneraciones de la Constitución alegadas, sino también, y esto es lo que ahora importa, a «proporcionar la fundamentación fáctica y jurídica que razonablemente quepa esperar, y que se integra en el deber de colaborar con la justicia del Tribunal Constitucional, sin que le corresponda a éste reconstruir de oficio las demandas» (STC 91/2000, de 30 de marzo [LA LEY 71407/2000], F 9). Tal y como sucedía en el supuesto enjuiciado en la STC 68/2006, de 13 de marzo [LA LEY 23362/2006], en la que también se denuncia-

ba la vulneración del derecho a no autoincriminarse garantizado en los arts. 24.2 CE y 6 CEDH, el análisis de las actuaciones del presente proceso de amparo pone claramente de manifiesto que, frente a lo que se sostiene en la demanda, ni el procedimiento inspector del que derivó en última instancia la denuncia del Ministerio Fiscal por la comisión de delitos contra la hacienda pública contra el Sr. B. M. se siguió en relación éste, ni la información que se empleó para fundamentar las condenas que le impusieron el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma de Mallorca y la Audiencia Provincial de dicha capital fue aportada por el recurrente bajo coacción. En efecto, a este respecto debe señalarse, en primer lugar, que no es objeto de discusión que las actuaciones inspectoras se siguieron exclusivamente en relación con la entidad Bravo Management, S.L., para comprobar la situación tributaria de la misma en relación con los tributos de los que era sujeto pasivo, concretamente, el impuesto sobre el valor añadido y el impuesto sobre sociedades. Obviamente, no habiéndose seguido las actuaciones inspectoras de comprobación e investigación en ningún momento respecto del Sr. B. M., sino única y exclusivamente en relación con la entidad de la que era administrador, Bravo Management, S.L., resulta evidente la inconsistencia de la denunciada vulneración del art. 24.2 CE que el recurrente afirma haber padecido al no haber informado la inspección de los tributos desde el inicio del procedimiento «al contribuyente inspeccionado» de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no aportar pruebas que le incriminen. Interesa subrayar, en segundo lugar que, aunque en la demanda de amparo se sostiene que la Administración tributaria exigió al actor su colaboración «con admoniciones, requerimientos y advertencias», como destaca el Abogado del Estado, en el curso de las citadas actuaciones inspectoras, los requerimientos de información se dirigieron, todos ellos, sin excepción, a la entidad mercantil Bravo Management, S.L., en ningún caso al ahora solicitante de amparo. Dicho de otro modo: resulta también pacífico que, tal y como sucedió en el caso enjuiciado en la STC 18/2005, de 1 de febrero, «la coacción legal consistente en la amenaza con la imposición de sanciones por no colaborar con la Inspección de los tributos aportando pruebas y documentos contables [art. 83.3.g) LGT] se ejerció única y exclusivamente sobre la entidad de la que el recurrente era administrador», sin que para resolver el presente recurso sea preciso examinar tampoco aquí «si los datos reclamados tienen una existencia independiente de la voluntad de la sociedad afectada y, por tanto, no cabe denegar su aportación al amparo del derecho a la no autoincriminación (Sentencias Saunders c. Reino Unido, § 69, y J. B. c. Suiza, § 68)» (F 3). En tercer lugar, en tanto que los requerimientos de información se dirigieron exclusivamente a la entidad Bravo Management, S.L., es evidente que, de no haber sido atendidos debidamente, las sanciones que la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), establecía con carácter general para estos supuestos, habrían recaído únicamente sobre aquella entidad —que, en virtud del art. 77.1 LGT, podía tener la condición de sujeto infractor— y no sobre su administrador. De hecho, no resulta ocioso destacar que, como señalamos en la STC 18/2005, de 1 de febrero, «el ordenamiento tributario entonces vigente no preveía sanción alguna para los administradores de las sociedades que hubieran incumplido los requerimientos de información efectuados por la Administración tributaria en el curso de un procedimiento de comprobación e investigación» (F 3). Finalmente, debe subrayarse que, aunque en la demanda de amparo se sostiene que los datos que finalmente fundamentaron la condena del Sr. B. M. por la comisión de varios delitos contra la hacienda pública fueron proporcionados por el propio recurrente, lo cierto es que toda la documentación reclamada por la Administración tributaria se aportó exclusivamente por la entidad Bravo Management, S.L., a través de sus representantes. y, en fin, lo destaca la Sentencia de 12 de septiembre de 2000 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma de Mallorca, en la que se declara como hecho probado que en las actuaciones inspectoras iniciadas en relación con la entidad Bravo Management, S.L., correspondiente a los ejercicios 1992 a 1995, «el representante de la sociedad ante la

Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Sr. Benn. Gom., presenta distinta documentación consistente, en cuanto al IVA, en listado de facturas de los citados años, listado de facturas recibidas, y facturas emitidas y recibidas durante los citados años». De todo lo anterior se desprende inequívocamente que la información que se utilizó para fundamentar la condena contra el ahora solicitante de amparo se requirió a una persona distinta del mismo —la entidad Bravo Management, S.L.—, que la coacción prevista en la Ley se ejerció exclusivamente contra la citada entidad y, finalmente, que dicha información fue aportada por los representantes de la misma, sin que, por otro lado, como sucedió en el caso enjuiciado en la citada STC 18/2005 [LA LEY 494/2005], «conste que la entidad de la que el recurrente en amparo era administrador invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable» (F 3, *in fine*). En suma, del mismo modo que en la STC 18/2005 [LA LEY 494/2005], hemos de concluir que «no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información inculpativa y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo» (F 4), dado que la utilización para fundamentar las condenas impuestas al Sr. B. M. por las Sentencias de 12 de septiembre de 2000 del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Palma de Mallorca y de 28 de septiembre de 2001 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de dicha capital de la información proporcionada a la Inspección de los tributos por Bravo Management, SL, no lesionó el derecho del recurrente a la no autoincriminación, por lo que será procedente el pronunciamiento establecido en el art. 53.b) LOTC.

Señala la Sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000], que ha de rechazarse la concepción de que el derecho fundamental a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo pueda configurarse como una causa que justifique la defraudación fiscal. Como se deduce de la STC 161/1997, de 2 de octubre [LA LEY 10013/1997], en el análisis de los efectos del derecho a no declarar y del derecho de defensa constitucionalmente garantizados ha de distinguirse una diversidad de perspectivas en el propio seno del art. 24.2 CE. Mientras la derivada de los derechos a la no declaración y a la no confesión es, desde cierto punto de vista, más restringida, pues puede considerarse que comprende únicamente la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo, mayor amplitud tiene la prohibición de compulsión a la aportación de elementos de prueba que tengan o puedan tener en el futuro valor inculpativo contra el así compelido, derivada del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia. Esta amplitud, sin embargo, debe someterse a un doble tamiz en el complejo equilibrio de garantías e intereses que se concitan en el procedimiento sancionador: las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente inculpativo. Así, tal garantía no alcanza a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva. Los mismos efectos de desequilibrio procesal, en detrimento del valor de la justicia, y de entorpecimiento de las legítimas funciones de la Administración, en perjuicio del interés público, podría tener la extensión de la facultad de no contribución a cualquier actividad o diligencia con independencia de su contenido o de su carácter, o la dejación de la calificación de los mismos como directamente inculpativos a la persona a la que se solicita la contribución. En suma, como indican el prefijo y el sustantivo que

expresan la garantía de autoincriminación, la misma se refiere únicamente a las contribuciones de contenido directamente incriminatorio —STC 161/1997 [LA LEY 10013/1997]— (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]). Así, el temor a que la declaración fiscal, al incluir ganancias de difícil justificación o bienes adquiridos con fondos de ilícita procedencia, pueda contribuir al afloramiento de actividades ilícitas no puede configurarse como una causa privilegiada de exención de la obligación de declarar, supuestamente amparada en un derecho constitucional y de la que se beneficiarían los ciudadanos incumplidores de la ley en detrimento de los respetuosos del derecho, pues no nos encontramos ante «contribuciones de contenido directamente incriminatorio» (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

Con relación al grado de colaboración del acusado en la investigación del delito, no cabe duda de que esta alegación del Abogado del Estado no tiene encaje en un proceso penal como el español que, como es bien sabido, se rige por el principio acusatorio —y no por el principio inquisitivo—, en el que «el imputado ya no es objeto del proceso penal, sino sujeto del mismo», y, por tanto, su declaración —o colaboración— «a la vez que medio de prueba o acto de investigación, es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa», razón por la cual «ha de reconocérsele la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones» (STC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 5 [LA LEY 741/1996]). En este sentido, no resulta admisible la pretensión de vincular los efectos de una eventual extinción de la responsabilidad criminal —por prescripción— al grado de colaboración de los culpables cuando, como es bien sabido, la Constitución española garantiza en su art. 24.2 el derecho «a no declarar contra sí mismo» y «a no confesarse culpables», como así hace también, por ejemplo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 16 de diciembre 1966, que al recoger las «garantías mínimas» de las personas acusadas de un delito en su art. 14.3 cita entre ellas el derecho «[a] no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable» [letra g)]. Aunque es verdad que este derecho no viene consagrado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido el derecho de todo acusado en materia penal a guardar silencio y a no contribuir de ninguna manera a su propia incriminación como una garantía integrada en el «derecho a un proceso equitativo» a que hace referencia el art. 6.1 CEDH (así, por ejemplo, STEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia). Admitir lo contrario supondría, en consecuencia, vulnerar el derecho de todo acusado a no autoincriminarse (así, por ejemplo, SSTEDH de 25 de febrero de 1993, asunto Funke c. Francia; de 4 de octubre de 2005, asunto Shannon c. Reino Unido; de 11 de julio de 2006, asunto Jalloh c. Alemania; de 19 de junio de 2007, asunto Macko y Kozuval c. Eslovaquia; y de 29 de junio de 2007, asunto O'Halloran y Francis c. Reino Unido), derecho éste que se encuentra estrechamente conectado con los derechos a la presunción de inocencia y a la defensa [entre otras, SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 6; 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5; 229/1999, de 13 de diciembre, FJ 3.b); 127/2000, de 16 de mayo, FJ 4; 67/2001, de 17 de marzo, FJ 6; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8] y que impiden que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre, FJ 5 [LA LEY 10013/1997]; 18/2005, de 1 de febrero, FJ 2 [LA LEY 494/2005]; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6 [LA LEY 14414/2007]; y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8 [LA LEY 14415/2007], entre otras). En suma, la colaboración del culpable podrá utilizarse como una circunstancia favorable a la modificación de la responsabilidad criminal (por ejemplo, art. 21 CP), pero es constitucionalmente inadmisibles que su falta de colaboración puede tomarse, desde un punto de vista punitivo, como

una circunstancia perjudicial a los efectos de determinar su posible responsabilidad penal, como sucedería si incidiera, negativamente para sus intereses, en el cómputo del plazo de prescripción del delito que se le imputa (STC 147/2009, de 15 de junio [LA LEY 104340/2009]).

B) Legislación aplicable

Señala el ATC 98/2009, de 23 de marzo que la primera queja del recurrente se refiere a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva porque cuando éste invocó la infracción de la libertad de establecimiento del art. 43 del Tratado de la Unión Europea (TUE) el Tribunal Supremo dio una respuesta irrazonable y manifiestamente errónea. Sostiene el demandante de amparo que la Sentencia de la Audiencia Provincial determinó la cuota defraudada aplicando el art. 19 de la Ley 61/1978 del impuesto sobre sociedades, en la redacción dada por la Disposición Adicional 5.^a de la Ley 18/1991, precepto cuyo contenido resultaba contrario a la libertad de establecimiento, de haberse declarado así, Kujal, S.A., no habría debido tributar en 1992 y, por tanto, no existiría cuota defraudada ni delito fiscal. Conviene recordar que, como hemos dicho en numerosos pronunciamientos (entre los más recientes STC 194/2006, de 19 de junio, FJ 4 [LA LEY 70010/2006]), no nos corresponde resolver si existía o no una contradicción entre la normativa interna y el Derecho comunitario que justificase la inaplicación de aquélla en beneficio de ésta, pues «la tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario europeo por los poderes públicos nacionales es (...) una cuestión de carácter infraconstitucional y por lo mismo excluida tanto del ámbito del proceso de amparo como de los demás procesos constitucionales» (STC 28/1991, de 14 de febrero [LA LEY 1476-JF/0000], FJ 4, y 58/2004, de 19 de abril, FJ 10 [LA LEY 1260/2004]), sino que nuestro juicio se contrae a determinar si el órgano judicial motiva de forma razonable y fundada su decisión de aplicar la legislación vigente. Pues bien, el Tribunal Supremo responde razonadamente que no considera vulnerada la libertad de establecimiento, puesto que la norma no discrimina a los residentes en otros Estados miembros y está justificada por razones de eficacia, motivos por los cuales no estima oportuno hacer uso del art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea planteando la cuestión ante el Tribunal de Justicia. Hemos señalado asimismo que «ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 CE cuando el Juez o Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que haya de darse a una norma de Derecho comunitario o sobre su aplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio y decide por ello no plantear la consulta que se le solicita» (STC 201/1996, de 9 de diciembre FJ 2). Por todo ello la queja del recurrente carece de contenido constitucional, ATC 98/2009, de 23 de marzo.

B1) Con respecto a la tipificación del anterior Código

Si bien es cierto que en una consideración puramente abstracta cabe considerar más beneficiosa la legislación actual, atendiendo a que el umbral mínimo de la intervención penal en lo que se refiere a la cuota defraudada es mucho más elevado (quince millones, en lugar de cinco, y ahora 120.000 euros), así como a la existencia de una cláusula de exoneración de la responsabilidad penal por regularización tributaria, también lo es que en el caso concreto dichos elementos favorables no resultan aplicables al condenado, por lo que en estricta comparación de las sanciones respectivamente aplicables, y tomando en consideración la posibilidad de aplicación de los beneficios de reducción de condena, cabe apreciar que el límite mínimo de la condena privativa de libertad es, en términos absolutos, más bajo en la legislación anterior (seis meses y un día frente a un año), y el límite máximo también lo es, si compatibilizamos la reducción derivada de los beneficios de la condena condicional y la imposibilidad de aplicación del grado máximo, cuando no

concurran agravantes genéricas, que no concurren en el caso actual (dos años, nueve meses y diez días, frente a cuatro años, s.e.u.o.). Si a ello añadimos la inexistencia en la legislación anterior de la agravación de utilización de persona interpuesta, aplicada en el caso actual, su carácter más favorable se acentúa. Por otra parte, en caso de duda, el art. 2.2.º del Código Penal dispone que se oiga al reo, y en el caso actual su representación legal manifiesta de modo expreso, en el presente recurso, su opción por la legislación vigente cuando se cometió el hecho delictivo enjuiciado. A ello no es óbice la alegación del Ministerio Fiscal de que se trata de una cuestión nueva, no planteada formalmente en la instancia por la parte recurrente, pues la prohibición de aplicar retroactivamente una norma sancionadora desfavorable tiene rango constitucional (art. 9.3.º Constitución Española), y debe ser respetada en todo caso (643/1999, de 30 de abril [LA LEY 6535/1999]).

B2) Aplicación retroactiva de las modificaciones legislativas fiscales. Ley penal en blanco

Si una reforma fiscal como la llevada a cabo por la Ley 18/1991 no se hace con efecto retroactivo, las deudas tributarias nacidas bajo la vigencia de la legalidad anterior no se extinguen, por lo que no es permisible su elusión ni ésta deja de ser constitutiva de delito si concurren los demás elementos que configuran el delito fiscal (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]). Es claro que no todas las modificaciones de las normas administrativas que contribuyen a complementar un determinado tipo penal tienen efecto retroactivo, aun cuando pudiesen ser calificadas de favorables, pues dicho efecto no concurre en los supuestos de normas temporales (art. 2.2.º del Código Penal de 1995, *in fine*), concepto que debe ser interpretado con criterios materiales y teleológicos (751/2003, de 11 de noviembre [LA LEY 11511/2004]). La legislación tributaria se inspira en criterios generales de política económica que responden a la ponderación de las circunstancias económicas por las que atraviesa en cada momento la sociedad, así como de las concretas exigencias recaudatorias que son consecuencia de dichas circunstancias, por lo que las modificaciones normativas de los presupuestos de las obligaciones tributarias no suponen un cambio en la valoración de los deberes —ni consiguientemente en la desvaloración de las infracciones de los deberes— nacidos de una normativa vigente cuando las circunstancias eran otras. No cabe reprochar, en consecuencia, a la Sentencia recurrida que haya infringido las normas invocadas en el enunciado del quinto motivo del recurso ni que se haya violado el principio de retroactividad de la ley penal más favorable (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]).

C) Competencia

Con respecto a la potencial competencia de la Audiencia Nacional, se debe partir de dos circunstancias:

a) El art. 65.1.c) establece que la Audiencia Nacional, Sala de lo Penal, conocerá «de las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que se produzcan o puedan producir: a) Grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil. b) Grave repercusión en la economía nacional. c) Perjuicio patrimonial de una generalidad de personas en el territorio de más de una audiencia.

Se trata de conceptos normativos y disyuntivos contemplando tres hipótesis distintas, cada una de las cuales es apta, caso de acreditarse su concurrencia, para otorgar el conocimiento del asunto a la Audiencia Nacional.

b) Que como tales conceptos normativos que son, se hallan ligados a la integración o complementación judicial, en cuyo cometido los Tribunales deberán someterse a criterios interpretativos,

que doten a estos presupuestos competenciales legalmente previsto del mayor rigor y precisión en su alcance y contenido, evitando cualquier resquicio de discrecionalidad a la hora de perfilarlos.

Una defraudación aproximada de 30 millones de euros no puede considerarse idónea para provocar una grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil ni en la economía nacional, por cuanto, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal obrante en el presente rollo, dicha cuantía defraudada «carece de una significación cuantitativa precisa para atribuir efectos a las coordinadas macroeconómicas que rigen la economía nacional» (A de 8 de abril de 2005).

Art. 305.3 CP. Protección de la Hacienda de la UE

La protección de la hacienda comunitaria está disgregada en los siguientes preceptos del CP:

1. Fraude en los ingresos presupuestarios de la Comunidad Europea:

1.1. Delitos fiscales del apartado 1 del presente artículo en el ámbito comunitario:

1.1.1. Superior a 50.000 euros (apartado 3 del presente artículo ahora comentado).

1.1.2. Inferior a dicha cantidad y superior a 4.000 euros (falta del art. 627).

1.2. Elusión del pago de otros ingresos previstos en los presupuestos comunitarios:

1.2.1. Superior a 50.000 euros (art. 306).

1.2.2. Inferior a dicha cantidad y superior a 4.000 (falta del art. 628).

1.3. Fraude en la obtención de fondos comunitarios:

1.3.1. Superior a 50.000 euros (art. 309).

1.3.2. Inferior a dicha cuantía y superior a 4.000 (falta del art. 628).

La regulación de los delitos contra la hacienda comunitaria es por diversas razones criticable. En primer lugar, porque no tiene explicación que el límite mínimo de la infracción penal sea inferior al previsto para las defraudaciones a las haciendas interiores. En segundo término, por lo redundante sin matices de los comportamientos previstos en los arts. 305.3 y 306. Y finalmente por la introducción de faltas en este ámbito en el que existen infracciones administrativas.

En el caso de las Leyes penales en blanco, como es el supuesto del delito fiscal del art. 305.3 es necesario que el Tribunal haya determinado en los hechos los que serían relevantes para la comprobación de la elusión del pago de un tributo (nacional o comunitario). La relevancia de los hechos, al tratarse de una Ley penal en blanco que sólo establece la infracción de una disposición fiscal, en este caso comunitaria, se deriva de la norma que establece el hecho imponible. Por lo tanto, es preciso poner en claro cuál es el hecho imponible, pues el objeto del proceso en el que la acusación tiene la pretensión de que alguien sea penado por un delito fiscal. La acción típica, no es sólo la realización de un hecho carente de connotaciones normativas, sino una acción que vulnera una norma (fiscal) extrapenal. En otras palabras: la determinación de los hechos que configuran la infracción de la norma fiscal debe tener reflejo claro en el hecho probado, para lo cual es preciso que allí se hagan constar no solamente los aspectos fácticos del hecho imponible, sino también los normativos, que se refieren a las normas fiscales infringidas. En este caso, el

Ministerio Fiscal tiene la pretensión de que los acusados sean condenados por no haber tributado las cotizaciones correspondientes a los excesos de producción autorizada de azúcar (azúcar C) por los correspondientes reglamentos comunitarios y por la cotización para la compensación de los gastos de almacenamiento, regulados por las mismas normas, así como por las dictadas en España para su ejecución. Consecuentemente, el hecho probado debe establecer todas las circunstancias fácticas y normativas que sean relevantes para determinar la tipicidad de la acción o la exclusión de dicha tipicidad. De acuerdo con lo que antecede, el Tribunal a quo debió establecer en forma clara: a) en primer lugar cuál es el Reglamento comunitario que entiende aplicable, dado que han estado vigentes durante los distintos ejercicios tres Reglamentos que regularon organización del mercado en el sector del azúcar que podrían ser aplicables (Reglamentos CEE 1785/1981, 2038/1999 y 1260/2001); b) las cantidades de producción autorizadas (azúcar A y B) para cada fábrica en forma diferenciada, que será la base para el cálculo de la cotización para la compensación de los gastos de almacenamiento; c) los excesos de producción (azúcar C) también diferenciados según cada fábrica y las cantidades exportadas, si las hubiera; d) cada una de las declaraciones documentadas correspondientes a los anexos IV y VI de la OM de 25 de septiembre de 1987, especificando su contenido y la discrepancia real con las cantidades que hubieran debido declaradas; e) el tipo aplicable para el cálculo de las cotizaciones para la compensación de los gastos de almacenamiento; f) el tipo aplicable para el cálculo de la exacción reguladora sobre el azúcar C; g) si alguna de las normas aplicables ha perdido vigencia después de cometidos los hechos, estableciendo de qué norma se trata y en qué disposición normativa está contenida; h) condición de las empresas obligadas (a los efectos de constatar los extremos de los arts. 3 y 4 OM de 25.9.1987; i) la participación concreta de los acusados en las tomas de decisiones sobre las cuotas de producción y sobre el contenido documentado en los anexos IV y VI mencionados; j) cada uno de los documentos que se estiman falsificados individualizadamente, expresando el folio en el que se encuentran, su contenido y el nombre del que lo emitió, así como las circunstancias de hecho determinantes de su discrepancia con la realidad que deberían haber documentado. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Tribunal a quo deberá establecer en los Fundamentos jurídicos: a) los fundamentos de la prueba de los aspectos constitutivos del hecho imponible, es decir, de la cantidad concreta de cada uno de los excesos de producción de azúcar por encima de las cuotas autorizadas en cada ejercicio; b) la subsunción del hecho probado bajo el tipo penal del art. 305 CP, y c) los fundamentos de la autoría de los acusados, teniendo en cuenta que el delito fiscal no es un delito de propia mano, como se dice en la Sentencia de instancia, sino un delito especial, pues sólo el sujeto fiscalmente responsable puede ser autor del mismo, y, si es el caso, el representante que haya realizado la acción en nombre del obligado (1220/2006, de 15 de diciembre [LA LEY 175862/2006]).

Art. 305.4 CP. Regularización excusante

En aplicación de lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo, regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la Hacienda Pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria sólo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación —a ello equivale la presentación de la declaración complementaria— cuando la misma, por otra parte, ya ha sido puesta de manifiesto por la actividad inspectora de la Administración (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003], 192/2006, de 1 de febrero [LA LEY 13359/2006], 611/2009, de 29 de mayo [LA LEY 99208/2009]).

Y en esa misma línea se pronuncia la Sentencia 636/2003, de 30 de mayo [LA LEY 96763/2003], en la que se declara que «(...) regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago» recordando que «el fundamento de la aludida excusa absolutoria es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos la renuncia a la pena carece de fundamento». Jurisprudencia que ha sido acogida en la Circular 2/2009, de la Fiscalía General del Estado, que incluye como conclusión tercera lo siguiente: En las excusas absolutorias de los arts. 305.4 y 307.3 del Código Penal, la conducta postdelictiva del imputado debe suponer el reverso del delito consumado, de forma que resulte neutralizado no sólo el desvalor de acción (defraudación) sino también el desvalor de resultado (perjuicio patrimonial irrogado a la Hacienda Pública o a las arcas de la Seguridad Social). Ello hace exigible una conducta positiva y eficaz del sujeto pasivo de la obligación contributiva que incluye, la autodenuncia (a través del reconocimiento voluntario y veraz de la deuda, previo a las causas de bloqueo temporal legalmente previstas) y el ingreso de la deuda derivada de la defraudación, satisfaciendo ambas exigencias el pleno retorno a la legalidad al que el legislador ha querido anudar la renuncia al *ius puniendi* respecto del delito principal y sus instrumentales (611/2009, de 29 de mayo).

La parte recurrente sostiene que las actuaciones de comprobación de la Administración tributaria llevaban paralizadas más de seis meses cuando el acusado presentó, el 10 de febrero de 1997, la declaración complementaria a que se ha hecho referencia, paralización que, de acuerdo con el art. 31.4 del Reglamento General de Inspección de Tributos aprobado por RD 939/1986 entonces vigente, debía producir el mismo efecto que una supuesta inactividad inicial de la Administración de suerte que, a su parecer, debió considerarse presentada la declaración en tiempo hábil para la obtención de la excusa absolutoria. Falla, sin embargo, la premisa menor en el silogismo porque lo cierto es que entre el 12 de julio de 1996, en que se acordó suspender el procedimiento tributario, y el 10 de febrero de 1997, en que se presentó la declaración complementaria, se realizaron por la Administración y por el sujeto sometido a inspección y comprobación actos y diligencias (539/2003, de 30 de abril [LA LEY 2040/2003]).

La solicitud de aplazamiento puede tener efectos jurídicos favorables para el acusado puesto que sirve para apreciar la circunstancia atenuante analógica de la responsabilidad criminal puesta en relación con la de confesión de los hechos a las autoridades, siempre y cuando la misma se realice en los términos del 21.4 CP (2476/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 368/2003]).

Pueden presentarse casos excepcionales, como el caso presente, en el que la Administración, adelantándose a la posible comisión del delito (o de la infracción administrativa en su caso), ha iniciado voluntariamente una actuación inspectora sobre un contribuyente, para un ejercicio determinado y en relación a un concreto impuesto cuando aún no ha finalizado el plazo de declaración, le ha notificado antes de ese momento el inicio de dicha actuación de investigación y le ha requerido formalmente para la presentación de la documentación relativa a dicho ejercicio. Actuaciones que no pueden dissociarse de la consideración relativa a la debida finalización de las actuaciones de la Inspección de los Tributos con una liquidación por parte de la Administración, según se dispone en la Ley General Tributaria [art. 140.1.c)]. En el caso actual, por lo tanto, la conducta de los acusados, aunque formalmente haya consistido en la omisión de una declaración debida y en el consiguiente impago en tiempo, y aunque en el ámbito tributario pudiera discutirse la pertinencia de las correspondientes sanciones o recargos, no puede valorarse como una ocultación del hecho imponible o de sus características, dado que fueron requeridos antes de que finali-

zara el plazo para aportar la documentación relativa a dicho hecho imponible en unas actuaciones de investigación sobre el mismo, y además comparecieron aportándola, según se recoge en el informe de la Inspección de los Tributos, en el curso de la tramitación administrativa (1505/2005, de 25 de noviembre [LA LEY 2174572/2005]).

Artículo 306.

El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, eludiendo el pago de cantidades que se deban ingresar, o dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 305.3, 309, 627 y 628.

Modificado por la Ley Orgánica 15/2003, que sustituye la antigua referencia a las «Comunidades» por «Comunidad Europea» y «cincuenta mil ecus» por «50.000 euros».

Artículo 307.

1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de 120.000 euros será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

Las penas señaladas en el párrafo anterior se aplicarán en su mitad superior cuando la defraudación se cometa concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

a) La utilización de persona o personas interpuestas de manera que quede oculta la identidad del verdadero obligado frente a la Seguridad Social.

b) La especial trascendencia y gravedad de la defraudación atendiendo al importe de lo defraudado o a la existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados frente a la Seguridad Social.

2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior, se estará a lo defraudado en cada liquidación, devolución o deducción, refiriéndose al año natural el importe de lo defraudado cuando aquéllas correspondan a un período inferior a doce meses.

3. Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación ante la Seguridad Social, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 77 y 390 y ss.

RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus modificaciones.

RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Apartado 1, modificado por la LO 15/2003 que, principalmente, sustituye la referencia «quince millones de pesetas» por «120.000 euros», por lo que las referencias jurisprudenciales a los quince millones de pesetas deberán entenderse realizadas a 120.000 euros a partir del 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico

Como se ha señalado por la doctrina, la subvención es uno de los instrumentos a través de los cuales el Estado lleva a cabo su intervención en la economía y, en general, en la vida social. Por ello, hoy día nadie discute que el Derecho penal debe ser el instrumento reactivo, para sancionar aquellas conductas que valiéndose de artificios o engaños, defraudan a la Hacienda Pública o a la Seguridad Social en las cantidades que el legislador ha estimado relevantes para imponer una sanción penal, dejando para la actividad sancionadora administrativa, las defraudaciones que estén por debajo del límite marcado que actualmente se ha fijado en quince millones de pesetas para la Hacienda Pública y diez millones para la Seguridad Social. La defraudación incide negativamente sobre el gasto público, lesionando gravemente el Estado social y los intereses generales, constituyendo además una conducta antisocial que, por razones de política criminal, sólo merece una pena cuando la cantidad defraudada supera las barreras señaladas por el legislador (2052/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]).

Objeto

El art. 349 bis, como el art. 307.2, se refieren a lo defraudado en cada liquidación, siendo éstas conjuntas y englobando ambos la cuota patronal y la obrera en un todo o conjunto (1353/1997, de 24 de noviembre [LA LEY 48/1998]). Es la transposición de este delito fiscal a los ingresos que percibe la Seguridad Social de lo que pagan los empresarios por cuota obrera, cuota empresarial y lo que esta norma penal llama conceptos de recaudación conjunta: primas por accidente de trabajo y enfermedad profesional, aportación al Fondo de Garantía Salarial y cuotas para formación profesional y desempleo (1333/2004, de 19 de noviembre [LA LEY 262/2005]).

Como recoge 1184/1997, de 21 noviembre [LA LEY 72/1998], la Sala Plena del Tribunal Supremo en su reunión de 17 noviembre 1997 acordó estimar que las defraudaciones a la Seguridad Social inferiores a la suma de quince millones de pesetas carecían de tipicidad y se habían troncado en meros ilícitos administrativos (1353/1997, de 24 de noviembre [LA LEY 48/1998]).

Conducta

El art. 307 utiliza el verbo eludir; habla de defraudación «para eludir» el pago de las cuotas correspondientes. En el art. 305, respecto del paralelo delito fiscal, nos dice defraudar «eludiendo el pago de tributos». Entendemos que son términos diferentes que expresan la misma idea, la que tiene este verbo (eludir) en nuestro lenguaje según el Diccionario de la Real Academia Española: «huir de la dificultad, esquivarla o salir de ella con algún artificio». En lo que aquí nos interesa equivale a esquivar el pago de las cuotas de la Seguridad Social o de los tributos, que puede hacerse a través de una declaración falsa (acción) o también por no haber la declaración debida (omisión). También se usa el verbo defraudar, palabra que viene del latín *defraudare* que a su vez procede de *fraus*, *fraudis*, que significa engaño; en todo caso, ambos verbos, defraudar y eludir, nos llevan a la idea de que ha de hacerse algo más que el mero no pagar para que este delito del art. 307 pueda cometerse (por acción u omisión), al menos alguna maniobra de ocultación que pudiera perjudicar la labor de inspección de los servicios de la Seguridad Social (1333/2004, de 19 de noviembre [LA LEY 262/2005]).

Dado que el recurrente solicita la aplicación del art. 307 CP vigente, por ser más favorable, es de tener en cuenta que el texto del artículo mencionado se refiere a la omisión del «pago de cuotas de [la Seguridad Social] y conceptos de recaudación conjunta». Esos conceptos de recaudación conjunta incluyen todas las sumas que se generen por la omisión consciente del ingreso de las cantidades generadas por los hechos que establecen las Leyes de la Seguridad Social. La Defensa, por el contrario trae a colación la opinión de algunos autores, pero, sin embargo, no expone razones jurídicas convincentes para excluir los recargos por mora y apremio del concepto de «recaudación conjunta». Por el contrario, carecería de todo fundamento suponer que el legislador sólo ha querido establecer una protección meramente parcial de un patrimonio oficial de singular significación en la realización de la política social del Estado. Asimismo, no sería justificable que quien incumple deberes de solidaridad social se vea beneficiado con el uso gratuito de sumas de dinero ajeno que, de haber obtenido mediante un préstamo hubiera tenido que retribuir mediante pago de intereses. Consecuentemente, los recargos de mora, de apremio e intereses deben ser considerados como objeto de la defraudación punible que prevé el art. 307 CP, dado que configuran también el daño ocasionado por el delito y, por tal razón, constituyen conceptos de recaudación conjunta, con relevancia para la determinación del límite que separa los hechos punibles de los que no lo son. De ello se deduce que, en contra de lo postulado por la Defensa, no existe ninguna vulneración de la exigencia de *lex stricta* (art. 25.1 CE), dado que la interpretación realizada está expresamente cubierta por el sentido del texto legal. La Sala estima que resultaría contrario tanto al texto como a la finalidad del tipo penal excluir del resultado del delito las cantidades que el recurrente pretende eliminar (523/2006, de 19 de mayo [LA LEY 57492/2006]).

El art. 307 CP, lo mismo que el art. 349 bis CP anterior introducido por LOPJ 6/1995, de 29 de junio, no se refiere a hechos como los contemplados en el caso presente: una defraudación a la Seguridad Social por haber simulado la condición de pensionista para obtener gratis unos medicamentos por los que en su condición de afiliado ordinario tenía que haber abonado unas determinadas cantidades. Ciertamente hubo una deducción indebida en base a tal simulación y

que resultó defraudada la Seguridad Social (elementos exigidos en el mencionado art. 307); pero falta la nota específica que caracteriza precisamente al delito previsto en esta última norma: que esa defraudación (por cualquiera de los diversos medios de comisión que tal art. 307 concreta) se refiera a las cuotas que tal entidad pública tiene que percibir o a los demás conceptos que conjuntamente con esas cuotas se recaudan. Es decir, ha de cometerse esa defraudación dentro de la actividad recaudatoria de la Seguridad Social, con relación a lo que los empresarios tienen que pagar periódicamente en calidad de cuota patronal y de cuota obrera y demás abonos que se hacen conjuntamente con dichas cuotas (43/2000, de 25 de enero [LA LEY 5257/2000]).

Concursos

Concurso de normas: apropiación indebida

Resulta cierto que la conducta empresarial de dejar de ingresar las cuotas obreras de la Seguridad Social fue calificada con anterioridad a las Leyes Orgánicas 6 y 10/1995, respectivamente, de 29 junio y 23 noviembre, como constitutivas de delito de apropiación indebida del art. 535 del viejo Código Penal. Mas tal criterio se cuestionó cuando la Ley Orgánica 6/1995 creó una figura especial, en el art. 349 bis, que luego en el nuevo Código pasaría a constituir el art. 307. Pretender que ello se refiere a las cuotas empresariales, pero no a las obreras, que debieran seguir incardinándose en el ámbito de la apropiación indebida, y con mayor razón aún las defraudaciones inferiores a la cifra indicada que necesariamente quedan fuera de tales preceptos, no puede sostenerse. Tanto el art. 349 bis, como el art. 307 vigente, hablan de cuotas, sin hacer distinción alguna a su procedencia o destino. Se pone el acento en la literalidad del art. 307 vigente, en hablar de cuotas de ésta (de la Seguridad Social) y se refiere siempre al «obligado» frente a la Seguridad Social. Tanto por el principio de especialidad, que se aplica preferentemente sobre el de subsidiariedad (art. 8.1), como por el concurso de leyes, la Ley Especial (arts. 349 bis y 307 ahora) desplaza a la general de aplicación del viejo art. 535. El art. 349 bis, como el art. 307.2, se refieren a lo defraudado en cada liquidación, siendo éstas conjuntas y englobando ambas la cuota patronal y la obrera en un todo o conjunto. Aún había de aducirse el absurdo de estimar como constitutivas de apropiación indebida del art. 535 (hoy 252) las defraudaciones inferiores a los quince millones de pesetas, que en muchos casos harían más graves estas conductas que las de cuantía superior u obligarían en coherencia a estimar un concurso de infracciones, con lo cual la penalidad se dispararía notoriamente. El legislador ha pretendido aquí parificar, aunque no de modo absoluto, las defraudaciones fiscales con las de la Seguridad Social y ha dejado unas sumas inferiores al tope señalado como constitutivas de mera infracción administrativa (1184/1997, de 21 de noviembre [LA LEY 72/1998], transcrita por 1353/1997, de 24 de noviembre [LA LEY 48/1998]; en este sentido, 760/1997, de 18 de noviembre [LA LEY 72/1998]).

Artículo 308.

1. El que obtenga una subvención, desgravación o ayuda de las Administraciones públicas de más de 80.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de su importe.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones públicas cuyo importe supere los 80.000 euros, incumpla las condiciones establecidas alterando sustancialmente los fines para los que la subvención fue concedida.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de tres a seis años.

4. Quedará exento de responsabilidad penal, en relación con las subvenciones, desgravaciones o ayudas a que se refieren los apartados primero y segundo de este artículo, el que reintegre las cantidades recibidas, incrementadas en un interés anual equivalente al interés legal del dinero aumentado en dos puntos porcentuales, desde el momento en que las percibió, antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones de inspección o control en relación con dichas subvenciones, desgravaciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

CONCORDANCIAS

CP: art. 248 y DF 5.^a
LGP.

Apartados 1 y 2, modificados por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 (DF Quinta), sustituyendo en ambos la referencia «diez millones de pesetas» por «80.000 euros», por lo que las referencias jurisprudenciales a los diez millones de pesetas deberán entenderse realizadas a 80.000 euros a partir del 1 de octubre de 2004.

Objeto

El fraude relativo a las prestaciones por desempleo (1954/2002, de 29 de enero de 2003 [LA LEY 1116/2003]) o cualesquiera otras comprendidas en la Ley General Presupuestaria —como incapacidad temporal en 2052/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]—, Ley 31/1990 de 27 de diciembre. La mencionada ley en el art. 81.2 extiende la protección normativa incluso a las subvenciones procedentes de la Unión Europea (entonces Comunidades Europeas), y dispone que se aplicarán «para las ayudas y subvenciones» a las que se refiere el apartado anterior, en defecto de normas especiales, las contenidas en la presente Sección:

A) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus organismos autónomos a favor de personas o entidades públicas o privadas para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.

B) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus organismos autónomos y las subvenciones o ayudas financiadas en todo o en parte, con «Fondos de la Comunidad Económica Europea» (2052/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]).

Cuando este tipo de conductas antisociales no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador (2052/2002 de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]).

Sujeto activo

En relación al delito de fraude de subvenciones del art. 308, cuyo antecedente se encontraba en el art. 350 del Código Penal de 1973 introducido en la reforma de 1985, y que patentiza el interés del legislador por proteger la Hacienda Pública, no sólo desde la perspectiva de los ingresos vía delito fiscal sino también desde la vertiente de los gastos públicos, puede ser cometido por funcionarios y autoridades públicas. El tema tiene menos trascendencia de la que aparenta pues en todo caso, la concesión de una subvención a personas públicas, no lo es *intuitu personae* al funcionario o autoridad que la recibe, sino que será la persona pública que actúa a través de aquél, el verdadero beneficiario y esta sufriría el perjuicio de que el «formal» receptor de la subvención le dedicase a su particular enriquecimiento, en cuyo caso, ya lo adelantamos, se estaría, también, en un supuesto de malversación (1308/2003, de 7 de enero de 2004 [LA LEY 804/2004]).

Conducta

El delito de fraude de subvenciones está regulado por medio de dos alternativas típicas: la obtención fraudulenta de una subvención y el empleo desviado de los fondos obtenidos mediante una subvención. Se trata de alternativas típicas independientes, es decir, ninguna de ellas depende de la comprobación de la otra. De ello se deduce que, una vez acreditada la desviación antijurídica de los fondos recibidos por la subvención, la cuestión de si, además, la subvención fue obtenida fraudulentamente se torna irrelevante. Aunque el recurrente tuviera razón respecto de que el art. 20 del Decreto 377/1997 de la Comunidad Canaria sólo condicionaba el otorgamiento de la ayuda a la inexistencia de deudas fiscales con la Comunidad Autónoma, la segunda alternativa típica del delito, el empleo desviado de los fondos se habría cumplido de todas maneras, pues los que deberían haberlos recibido no los recibieron y no existe ninguna justificación de los fondos faltantes (523/2006, de 19 de mayo [LA LEY 57492/2006]).

La derivación hacia el Derecho penal de las conductas defraudatorias en materia de subvenciones, aparece justificada cuando concurren las condiciones siguientes: a) subvención pública a particulares; b) atribución patrimonial; c) carácter no devolutivo; d) afectación a un fin. Pero el tipo penal exige además la concurrencia de un falseamiento de las condiciones requeridas para su concesión y, al mismo tiempo, una ocultación de las condiciones que hubieran impedido su atribución (2052/2002, de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]). La identidad del tipo del delito de fraude de subvenciones (art. 308 CP) y de la infracción administrativa del mismo fraude (art. 82.3 LGP) es total hasta el punto que bien cabe considerar a la infracción administrativa como ilícito atenuado por la menor gravedad del daño producido. La Sala estima, en este sentido, que la cantidad de diez millones de pesetas prevista en el texto de los arts. 350 CP/1973 y 308 CP no puede ser sino una condición objetiva de la punibilidad, ajena al tipo penal en sentido estricto. La norma prohíbe tanto obtener fraudulentamente una subvención de una peseta como una subvención de diez millones de pesetas o más. No cabe ninguna distinción conceptual en lo referente a la

norma de conducta. Es siempre la misma. El mayor o menor perjuicio no es, en consecuencia, un elemento de la infracción de la norma y, consecuentemente, tampoco del tipo que describe dicha infracción. Es, por ello, sólo una condición que permite distinguir el perjuicio que fundamenta el carácter criminal de la infracción de la norma, ajena, sin embargo, al tipo penal (1197/2001, de 20 de junio [LA LEY 6995/2001]).

Grados de ejecución

Tentativa

Al no haberse conseguido por el acusado, al detectarse la falta de autenticidad de los documentos por el organismo correspondiente, lleva al Tribunal a calificar correctamente la conducta en grado de tentativa, porque el acusado dio principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores practicando todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado perseguido de obtener la subvención (1896/2001, de 17 de octubre [LA LEY 1262/2002]).

No es cierto que el delito de fraude de subvenciones no puede cometerse en grado de tentativa, al no existir impedimento alguno para su comisión en tal fase (582/1999, de 13 de abril [LA LEY 5613/1999]).

Concursos

El Acuerdo de la JG de fecha 15 de febrero de 2002 acordó incluir en la tipicidad del art. 308 CP los supuestos de fraude en la percepción de prestaciones por desempleo y al no darse, en este caso, la condición objetiva de punibilidad que el artículo contempla (la cuantía de la defraudación debe exceder de más de diez millones de pesetas) la conducta es penalmente atípica (514/2002 [LA LEY 4880/2002] y 1954/2002, de 29 de enero de 2003 [LA LEY 1116/2003]). Igualmente, la STS 2052/2002 [LA LEY 1213/2003] ha entendido que los subsidios obtenidos por incapacidad temporal mediando fraude a la Seguridad Social desplazan la estafa genérica y su tipicidad debe acogerse al delito de fraude de subvenciones previsto en el artículo citado (830/2003, de 8 de junio [LA LEY 102298/2003]).

Así, este tipo penal es de aplicación preferente, por el principio de especialidad, al tipo penal de la estafa, con independencia de la concurrencia, o no, de la condición objetiva de punibilidad referida a la cuantía mínima de 10 millones de pesetas para su punición (1954/2002, de 29 de enero de 2003 [LA LEY 1116/2003]). De esta forma, el fraude relativo a las prestaciones por desempleo o cualesquiera otras comprendidas en la Ley General Presupuestaria, Ley 31/1990 de 27 de diciembre, constituye un delito especial que desplaza a la figura de la estafa. Esta tesis encuentra su fundamento en las razones expuestas en la corriente jurisprudencial en la que, superando la distinción entre «subvenciones» y «subsidios» en atención a que el art. 81.2.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria extendió el concepto de ayudas o subvenciones públicas «a toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público», finalidad esta que indudablemente concurre en la actividad pública encaminada a paliar los efectos sociales negativos del paro laboral. Interpretación, por otra parte, acorde con la especificidad del Título XIV del Código Penal del que forma parte el art. 308 («De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social»). En definitiva, estos fraudes suponen una especie de estafa privilegiada y, por consiguiente, debe ser el precepto antes citado el que ha de ser aplicado por razón del principio

de especialidad (art. 8.1 CP). Ello quiere decir, por tanto, que cuando este tipo de conductas antisociales, no superen la cuantía de los diez millones de pesetas que en dicho precepto se señalan como condición objetiva de punibilidad, la respuesta del Estado frente a las mismas ha de ser la del Derecho administrativo sancionador (2052/2002 de 11 de diciembre [LA LEY 1213/2003]).

Responsabilidad civil

La Audiencia ha determinado el daño producido por el acusado con su cooperación sin haber establecido la relación de causalidad entre las acciones del recurrente y daños efectivamente producidos. En lugar de probar la causalidad ha recurrido a un complicado procedimiento estadístico por el que atribuye el inculpado un perjuicio global estimado por la Seguridad Social. Este procedimiento no es adecuado para determinar la responsabilidad civil *ex delicto*, pues ésta sólo se debe apreciar si es posible individualizar un perjuicio patrimonial que no se hubiera producido sin la comisión del delito (*conditio sine qua non*). En consecuencia, no es adecuado a derecho establecer la responsabilidad por perjuicios que no puedan ser conectados causalmente con conductas concretas del autor. Por tal motivo la Audiencia debe proceder a establecer la responsabilidad civil limitándose estrictamente a los 13 casos que ha comprobado en los hechos probados (1197/2001, de 20 de junio [LA LEY 6995/2001]).

Artículo 309.

El que obtenga indebidamente fondos de los presupuestos generales de la Comunidad Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 305.3, 306, 627 y 628.

Art. 309, modificado por la Ley Orgánica 15/2003 sustituyendo la referencia «Comunidades» por «Comunidad Europea» y «cincuenta mil ecus» por «50.000 euros».

Artículo 310.

Será castigado con la pena de prisión de cinco a siete meses el que estando obligado por ley tributaria a llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales:

a) Incumpla absolutamente dicha obligación en régimen de estimación directa de bases tributarias.

b) Lleve contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, oculten o simulen la verdadera situación de la empresa.

c) No hubiere anotado en los libros obligatorios negocios, actos, operaciones o, en general, transacciones económicas, o los hubiese anotado con cifras distintas a las verdaderas.

d) Hubiere practicado en los libros obligatorios anotaciones contables ficticias.

La consideración como delito de los supuestos de hecho, a que se refieren los párrafos c) y d) anteriores, requerirá que se hayan omitido las declaraciones tributarias o que las presentadas fueren reflejo de su falsa contabilidad y que la cuantía, en más o menos, de los cargos o abonos omitidos o falseados exceda, sin compensación aritmética entre ellos, de 240.000 euros por cada ejercicio económico.

CONCORDANCIAS

CP: art. 305.

LGT.

L 44/2002, de 22 de noviembre, de ordenación económica.

L 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sus modificaciones.

L 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto de Sociedades y sus modificaciones.

RD 537/1997, de 14 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto de Sociedades.

L 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales y sus modificaciones.

Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido y sus modificaciones.

RD 1624/1992, de 29 diciembre, por el que se aprueba el reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido y sus modificaciones.

Art. 310, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 (DF 5.^a), sustituyendo la pena de «arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses» por «prisión de cinco a siete meses» y «treinta millones de pesetas» por «240.000 euros», por lo que las referencias jurisprudenciales a treinta millones de pesetas deben entenderse realizadas a 240.000 euros a partir del 1 de octubre de 2004.

El delito contable tiene sus antecedentes en la antigua presunción del ánimo defraudatorio que se contenía en el art. 319 CP, antes de la reforma que en 1985 se acometió sobre el delito fiscal LO 2/1985, de 29 de abril, introdujo el art. 350 bis en el anterior CP, tipificando ya de manera directa el incumplimiento de determinadas obligaciones contables con la finalidad de eludir el pago de impuestos, redacción que se mantiene en el art. 310 del nuevo Código. El art. 350 bis fue explicado en el sentido de que a través del delito contable «se pretende crear una estructura penal preventiva del fraude fiscal».

Como quiera que paralelamente a la reforma penal se tramitó la reforma de la Ley General Tributaria, que modificó el art. 83 por Ley 10/1985, de 29 abril, se produce un doble sistema de tutela del Erario Público frente al riesgo de lesión derivado de la falsedad en la contabilidad, a través del sistema penal (art. 350 bis) y el derecho administrativo sancionador, de aplicación subsidiaria (art. 83 LGT 1985) y que llega hasta nuestros días (art. 310 CP), y arts. 786 (que sanciona como infracción administrativa simple «el incumplimiento de las obligaciones de índole registral y censal»), y 83.3 [serán sancionadas en cada caso con multa de 25.000 a 1.000.000 ptas. las siguientes infracciones: a) la inexactitud u omisión de una o varias operaciones en la contabilidad y en los registros exigidos por normas de naturaleza fiscal; b) la utilización de cuentas con

significado distinto del que corresponda, seguir su naturaleza, que dificulte la comprobación de la situación tributaria; c) la transcripción incorrecta en las declaraciones tributarias de los datos que figuran en los libros y registros obligatorios; d) el incumplimiento de la obligación de llevanza de la contabilidad o de los registros establecidos por las disposiciones fiscales] LGT 25/1995.

Lo cierto es que el delito contable supone una extraordinaria anticipación de la tutela penal, pues se presenta como un delito de peligro que tiene el sentido de tutelar anticipadamente la Hacienda Pública mediante la sanción del estudio previo a la lesión del bien jurídico, del mero incumplimiento del deber legal de llevanza la contabilidad, como instrumento de control al servicio de la Administración Tributaria. Por tanto, como especificidad frente a otros ilícitos semejantes (el art. 261 en relación con las insolvencias punibles, o el art. 290, delito societario de falseamiento de cuantas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad) reside en que se sanciona un comportamiento que obstaculiza la determinación de la base imponible por lo que se ha caracterizado por la doctrina como «obstruccionismo fiscal».

En ocasiones la jurisprudencia lo ha concebido como un acto preparatorio, que por decisión legislativa adquiere la condición de figura penal propia, pero en la instancia no pasa de ser una modalidad, una forma imperfecta, en el *iter criminis* del delito llamado fiscal o contra la Hacienda Pública.

Este delito presenta la naturaleza de Ley penal en blanco, pues es la Ley Tributaria la que debe imponer los deberes de llevanza de contabilidad, sin que sea suficiente la declaración general contenida en el Código de Comercio o la Ley de Sociedades Anónimas. La doctrina se plantea si es o no imprescindible que la obligación se derive de una Ley en sentido formal. Así, las leyes de los correspondientes puestos establecen la obligación de llevar una contabilidad adecuada, pero se remiten para la concreción a otras normas legales o reglamentarias. De acuerdo con la regulación contenida en la legislación fiscal, la concreción del tipo penal requiere completar una cadena de reenvíos normativos que llevan a partir de la doctrina a cuestionar la adecuación del art. 310 CP, a las exigencias materiales derivadas del principio de legalidad.

En este extremo debemos recordar que el principio de legalidad penal supone una doble garantía, cifrada, respectivamente, en la exigencia de que la acción punitiva del Estado tenga a la ley —a la ley formal— como presupuesto inexcusable y en la necesaria predeterminación normativa, junto a ello, de las conductas y penas a través de una tipificación precisa dotada de la suficiente concreción de las conductas incorporadas al tipo, imperativos que pueden sintetizarse mediante la fórmula *lex scripta, praevia y certa*, se dice que el legislador penal debe conformar sus preceptos «de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cual es la conducta prohibida o acción ordenada», STC 159/1986, de 12-2), de modo que serán contrarios a lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (STC 105/1988, de 8-6). Sin embargo, es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, norma que por su carácter instrumental no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica, según el art. 81.1 CE en relación con el 17.1.

Ahora bien, este reenvío normativo a normas no penales propio de lo que se ha llamado tipos penales en blanco, procederá únicamente si se dan determinados requisitos, como señala la STS

1664/2002, de 28-3: a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la norma penal, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c) que se satisfaga la exigencia de certeza, es decir, que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STS 8-2-2000 que resume la doctrina de las SSTC 122/1987, 127/1990, 118/1992, 111/1993, 62/1994 y 120/1998). Bien entendido que pese a tal necesidad de certeza, el legislador penal (STC. 89/1993), «no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción del tipo» en cuanto «(...) una tal labor definitoria sólo resultaría inexcusable cuando el legislador se sirviera de expresiones que por su falta de arraigo en la propia cultura jurídica carecieran de toda virtualidad significativa y deparasen, por lo mismo, una indeterminación sobre la conducta delimitada mediante tales expresiones». Igualmente es necesario precisar, de una parte, que la reserva de Ley que se exige para las disposiciones penales, no excluye la posibilidad de que éstas contengan remisiones a los Reglamentos, pero sin que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, pues sería degradar la garantía esencial que el principio entraña (SSTC 42/1987 y 219/1991).

Siendo así, el Código Penal remite a la legislación tributaria:

— El art. 86 de la Ley 40/1998, de 9-12, Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas y otras Normas Tributarias, que establece las obligaciones formales de los contribuyentes, dispone que «los contribuyentes, que desarrollan actividades empresariales cuyo rendimiento se determine en régimen de estimación directa, estarán obligados a llevar contabilidad adecuada a lo dispuesto en el Código de Comercio, y a aquellos contribuyentes que determinen su rendimiento neto por la modalidad simplificada del régimen de estimación directa.

Además se dispone en el apartado 3 de ese precepto que «los contribuyentes de este impuesto estarán obligados a llevar en la forma que se determine por el Ministro de Economía y Hacienda los libros y registros que reglamentariamente se establezcan».

— El art. 139 Ley 43/1995, de 27-12, del Impuesto sobre Sociedades, que establece las obligaciones contables, declara que «los sujetos pasivos de este Impuesto deberán llevar su contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de Comercio, o con lo establecido en las normas por las que se rigen».

— El art. 164.1.4 de la Ley 371/1992, de 28-12, del Impuesto sobre el Valor añadido. Establece la obligación de llevar la contabilidad y los registros que se establezcan, sin perjuicio de **lo dispuesto en el Código de Comercio y demás normas contables (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009])**.

Elementos objetivos

Conducta

Tal y como señala 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009], en cuanto a las distintas modalidades típicas puede considerarse:

— En el apartado a) se exige el incumplimiento absoluto de la llevanza de contabilidad, y además, que el sujeto activo esté sometido al régimen de estimación directa de las bases tributarias (v. art. 48 LGT), esto es, al sistema de determinación de la base del impuesto por medio de declaraciones, documentos y datos consignados en libros y registros. Se trata de un caso de omisión plena de la contabilidad, por lo que el caso de anotación parcial de las operaciones en los libros de registro aunque no reflejen la imagen fiel de la empresa, no es reconducible a este apartado del art. 310.

— El apartado b) regula un delito de peligro abstracto, hecho preparatorio del delito fiscal, consistente en llevar contabilidades distintas que, referidas a una misma actividad y ejercicio económico, ocultan o simulan la verdadera situación de la empresa.

— Los apartados c) y d) tipifican determinados artificios contables, destinados a la desfiguración de la base imponible en beneficio del sujeto pasivo del impuesto, que sólo son punibles cuando concurren dos condiciones: 1.^a) que se hayan omitido las declaraciones tributarias o las que se hayan presentado lo hayan sido estableciendo bases inexactas por motivo de la manipulación; 2.^o) que las cantidades manipuladas excedan de treinta millones de pesetas —en la actualidad 240.000 euros—. Estas conductas, a diferencia de las anteriores presentan la naturaleza de delito de peligro concreto, con lo que no son sino formas especiales de la tentativa del delito fiscal.

Para la existencia del delito previsto en el apartado d) del mismo es preciso: 1. Que el sujeto activo tenga la obligación por Ley tributaria de llevar contabilidad mercantil, libros o registros fiscales. 2. Que se hayan practicado en ellos anotaciones contables ficticias. 3. Que se haya omitido la correspondiente declaración tributaria o que la presentada refleje esa falsa contabilidad. 4. Que la cuantía exceda de treinta millones por cada ejercicio económico. El hecho de que los libros se lleven mediante procedimiento informático y el que se establezca la obligación legal de proceder a su encuadernación, a efectos de su legalización, no puede entenderse en el sentido de que tales libros, cuya llevanza resulta obligatoria, no existen hasta que se produzca aquella encuadernación. La obligación de llevar libros se puede cumplir mediante los listados de ordenador y las anotaciones que se hagan en éstos ha de entenderse como anotaciones realizadas en los libros (264/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3328/2001]).

Elementos subjetivos

Dolo

En el tipo subjetivo estamos ante conductas dolosas, que admiten el dolo eventual (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Autoría y participación

Cooperación necesaria

No hay duda de que nos encontramos con una cooperación eficaz con efectiva trascendencia en el resultado final de la operación planeada, que si no puede ser encuadrada en el párrafo primero del art. 28 del Código Penal por no ser el acusado sujeto pasivo de ninguna obligación tributaria, sí supone la prestación de una indispensable colaboración en la realización del delito cometido, incluíble en el apartado b) del párrafo segundo del citado artículo (264/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3328/2001]).

Concursos

Concurso de normas

Las figuras de delito del art. 310 del actual Código Penal, conocidas bajo el nombre de delito contable tipifican conductas peligrosas para el bien jurídico tutelado en el título XIV del libro II del Código Penal, y sin su existencia en el mismo, constituirían actos meramente preparatorios o tentativas de delito fiscal, por lo que, cuando éste se comete con posterioridad a algunas de las conductas agrupadas en el art. 310 del Código Penal, se produce consunción de las mismas bajo el más grave delito cometido, de que las otras conductas son actos preparatorios tipificados penalmente, pero que desaparecen al ser la relación entre unas y otro un caso de concurso de normas, no de delitos, tesis mayoritaria en la doctrina, y que también se ha acogido en la jurisprudencia (26 de noviembre y 27 de diciembre de 1990 y 31 de octubre de 1992) de tal modo que esas figuras del art. 310 del Código Penal sólo serán punibles en los casos en que no sea además aplicable el art. 305 del mismo Código (1211/2002, de 29 de junio [LA LEY 10168/2003]).

Como ha establecido la Sala Segunda en Sentencia de 31-10-92, si una conducta es subsumible, primero en el delito contable y, después, en el delito contra la Hacienda Pública, se da una clara relación de consunción. No se puede castigar con independencia el acto preparatorio de un delito y el delito, después consumado, a que dicho acto se refiere, porque constituiría una vulneración del principio esencial «non bis in idem». Así, en la doctrina se ha calificado este supuesto, junto a los del art. 261 y 290, de «acto preparatorio criminalizado». Doctrina reiterada en, 2021/2000 de 28.12 que recuerdan que, en definitiva, tanto en la doctrina de La Sala Segunda como en sede académica, la tesis según la cual la relación que se establece entre el delito contable y del delito de defraudación es de concurso de normas a resolver en favor del delito de defraudación es claramente mayoritaria. La STS de 26 de noviembre de 1990, declaró que los comportamientos del art. 350 bis «sólo resultan punibles en los supuestos de inaplicabilidad del art. 349 del Código Penal». El delito contable, es un delito instrumental en la medida que sanciona actos preparatorios de una infracción tributaria anticipando las barreras de protección penal, que sólo queda elevado a la categoría de delito autónomo cuando no se haya producido la defraudación a Hacienda constitutiva de delito (STS 470/2003, de 28 de marzo, 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

TÍTULO XV

DE LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

Artículo 311.

Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses:

1.º Los que, mediante engaño o abuso de situación de necesidad impongan a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

2.º Los que en el supuesto de transmisión de empresas, con conocimiento de los procedimientos descritos en el apartado anterior, mantengan las referidas condiciones impuestas por otro.

3.º Si las conductas reseñadas en los apartados anteriores se llevaren a cabo con violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 31.1, 35, 37, 40, 41 y 42.

RDLeg 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y sus modificaciones.

ET.

L 39/1999, de 5 de noviembre, sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo, en materia de trabajos temporales en altura.

RD 2177/2004, de 12 de noviembre, por el que se modifica el RD 1215/1997, de 18 de julio.

Bien jurídico

El Título XV, «De los Delitos contra los derechos de los Trabajadores», de nueva creación en el vigente Código Penal, supone el reconocimiento de un interés susceptible de protección, la clase trabajadora en cuanto tal, como sujeto de derechos, incluyendo en dicho título —arts. 311 a 318— el catálogo de acciones que atentan contra los trabajadores en desarrollo del principio rector de política social y económica de velar por la seguridad e higiene en el trabajo —art. 40.2 CE—, principio que, de acuerdo con el mandato del art. 53.3.º debe inspirar la legislación positiva. En definitiva dicho título constituye el catálogo de acciones que integran lo que en sede doctrinal recibe el nombre de «Derecho penal del trabajo» (1233/2002, de 29 de julio [LA LEY 419/2003]).

Elementos objetivos

Sujeto pasivo

Tiene declarado la Sala Segunda, como es exponente la S 2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003], que el sujeto pasivo de estas figuras delictivas es el conjunto de los trabajadores, dado el carácter colectivo del bien jurídico protegido; se maneja, a efectos penales, un concepto amplio de trabajador, incluyendo no sólo a los trabajadores comprendidos en los arts. 1.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, sino también a los extranjeros que desean obtener un puesto de trabajo en nuestro país. De no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido, pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país. La inmigración ilegal, aun cuando sea voluntaria, coloca en situación de vulnerabilidad o riesgo a la persona que se traslada y establece en un país que no es el suyo, por lo que las conductas que la promueven están poniendo en peligro los bienes jurídicos más relevantes de estas personas y perjudicando los derechos de los que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada en el Estado Español se hubiese realizado en condiciones de legalidad (837/2003, de 30 mayo [LA LEY 2472/2003]).

Artículo 312.

1. Serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

2. En la misma pena incurrirán quienes recluten personas o las determinen a abandonar su puesto de trabajo ofreciendo empleo o condiciones de trabajo engañosas o falsas, y quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual.

CONCORDANCIAS

CP: art. 311.

LECrim.: art. 282 bis.4.e).

ET.

Artículo modificado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Bien jurídico

El delito de los arts. 312 y 313 CP no protege un bien jurídico individual, renunciable por el sujeto pasivo. En efecto, no obstante la apariencia que podría surgir del enunciado del Título XV del Libro segundo Código Penal (delitos contra los derechos de los trabajadores); los tipos penales de los arts. 312 y 313 CP están referidos a bienes jurídicos estatales, pues su finalidad es proteger las regulaciones legales de la inmigración y de la mano de obra (762/2003, de 30 de mayo [LA LEY 97337/2003]).

El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro. Así lo tiene dicho la Sala Segunda en diversas Sentencias —véanse, por todas, 995/2000 de 30 de junio [LA LEY 8928/2000]— (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]).

Apartado segundo (312.2 CP)**Elementos objetivos***Sujetos pasivos*

El impugnante estima que no basta con la contratación de un extranjero sin permiso de trabajo para entender consumado el delito por el que se le condena, pues a lo sumo constituiría un ilícito administrativo sancionado en el art. 54.1.d) de la Ley 4/2000, de Derecho y libertades de los extranjeros en España. No cabe —en su opinión— subsumir los hechos en el art. 312 CP, criminalizando toda la contratación de extranjeros ilegales, por el mero hecho de no darles de alta en la Seguridad Social. Añade, como argumento, que cuando la relación provenga de unos con-

tratos con causa ilícita, como la prostitución (art. 1275 CC), la empleada carecería de derechos laborales, al faltar una reglamentación legal o convencional de esa actividad. La Sala Segunda tiene dicho que, de aceptar la tesis del recurrente, sólo serían sujetos pasivos de este delito los trabajadores legales, cuando el precepto cita «a los extranjeros sin permiso de trabajo». Pero si estos últimos (inmigrantes clandestinos) no tuvieran protección, nos llevaría a una concepción del sistema de justicia penal como multiplicador de las desigualdades sociales, ya que el empleador podría imponer a los trabajadores ilegales las condiciones laborales más discriminatorias sin riesgo alguno de infracción legal, a pesar de poder quedar comprometidos valores inherentes a la persona que como la dignidad (art. 10 CE) no conocen fronteras (995/2000, de 30 de junio, transcrita [LA LEY 8928/2000] por 293/2004, de 8 de marzo [LA LEY 1243/2004] y por 1390/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 304/2005]).

Una línea jurisprudencial consolidada de la Sala Segunda —995/2000, de 30 de junio, transcrita [LA LEY 8928/2000] por 293/2004, de 8 de marzo [LA LEY 1243/2004]— comprende en la protección penal del inciso último del art. 312.2 CP a las prostitutas empleadas en establecimiento que sean ciudadanas extranjeras sin permiso de trabajo, como ocurre en el representante caso; siempre que sus derechos laborales resulten afectados de la manera que en ese precepto se describe. Y ese último componente aparece reflejado en el *factum*, que especifica las condiciones leoninas a que estaban sujetas las mujeres, debiendo ser destacada la no entrega de retribución por los empleadores a las prostitutas hasta **que no saldaran las deudas cuyo importe dependía de la voluntad de aquéllos. Resulta así que, además de la contratación de trabajadoras extranjeras ilegales, en el sentido de que carecerían de permisos de trabajo, se les perjudicaba en unos derechos laborales mínimos; y ese es el plus determinante de que se excediera el campo de lo ilícito administrativo para pasar, de lleno, al penal. No cabe dudar, atendido el *factum*, que las mujeres extranjeras trabajaban, para la empresa que explotaba el club, con habitualidad y por cuenta y bajo la dependencia de los empresarios, y que sus derechos, que en consecuencia eran laborales (véanse la de 22 de noviembre de 2004 y las que cita), resultaban intensamente despreciados y quebrantados (1047/2006, de 9 de octubre [LA LEY 154859/2006]). Lo verdaderamente trascendente es, sí se puede hablar de una restricción de derechos laborales legalmente reconocidos, lo que nos lleva al tema de la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre las mujeres que alternan y prestan servicios sexuales en un club y sus empleadores. La jurisdicción laboral ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la relación de las personas que ejercen el alterne y la prostitución por cuenta propia. En una Sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2004 se acuerda la inscripción en el Registro de Asociaciones de la Subdirección General de Programación y Actuación Administrativa de la Dirección General de Trabajo, de una Asociación de nombre tan sugestivo como cargado de resonancias históricas (Mesalina), cuya actividad mercantil consiste en la tenencia de hoteles destinados a dispensar productos o servicios a terceras personas ajenas al establecimiento, que ejerzan el alterne o la prostitución por cuenta propia. El debate se centró, como es lógico, no en el alterne sino en el ejercicio de la prostitución, pues como puso de relieve el Abogado del Estado, al recurrir la Sentencia de la Sala de lo laboral de la Audiencia Nacional, la explotación de la prostitución ajena no es una relación laboral permitida por nuestro ordenamiento. Por ello, la Sala, manteniendo un exquisito equilibrio, declara que, mientras se trate de prostitución por cuenta propia no hay inconveniente para que se inscriba la asociación y no puede presumirse que la finalidad sea la explotación de la prostitución sino de la hostelería, sin perjuicio que, si en el curso de su actividad futura se detectara la explotación de la prostitución ajena, se puedan adoptar**

las medidas que legalmente correspondan. La citada Sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal Supremo, inadmitiendo un Recurso para unificación de doctrina, cita a otras resoluciones de 3 de marzo de 1981, 25 de febrero de 1984, 14 de mayo de 1985 y 4 de febrero de 1988, además de otra más reciente, de 17 de noviembre de 2004, recordando que la Sala ha admitido que la actividad de alterne puede realizarse por cuenta ajena y de forma retribuida y dependiente. Admite que existe dificultad para determinar si la relación entre las partes tiene o no carácter laboral por la concurrencia o no de las notas tipificadoras de esta clase de relación. No discute que la relación contractual que regulaba los servicios de agrado a los clientes, remunerada con el 50% de las consumiciones, con un horario determinado, tiene naturaleza laboral y no puede ser calificada como arrendamientos de servicios. Se trata de un verdadero contrato de trabajo, tal como se describe en el art. 1.1.º del Estatuto de los Trabajadores (425/2009, de 14 de abril [LA LEY 67177/2009]).

Conducta típica

La conducta que se describe en el art. 312 del Código Penal, sanciona la explotación laboral, en cualquier actividad, al contratarse a trabajadores extranjeros que no cuentan con permiso de trabajo, y además, para ser distinguido este comportamiento de la sanción administrativa, la Ley penal anuda un desvalor especial que se traduce en que las condiciones impuestas deben ser notoriamente perjudiciales para el trabajador, de modo que se originen situaciones de explotación en el trabajo (372/2005, de 17 de marzo [LA LEY 11839/2005]). No importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución. En efecto, la Sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio, vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica el Estado de «social»), en la medida que el llamado Derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos laborales criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores. Ciertamente, el inmigrante ilegal, aquel que carece de permiso de trabajo y de residencia en España, aunque no está incluido en el art. 35 de la Constitución, que reconoce a todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, tal derecho se ejercita frente a los poderes públicos, y sólo frente a ellos, no pudiendo constituir tal condición una patente de impunidad frente a quienes contratan a tales emigrantes conscientes de su situación ilegal. Por tanto, cuando un particular, de forma consciente y voluntaria contrata a un inmigrante ilegal, no por ello puede imponerle condiciones claramente atentatorias contra la dignidad humana (372/2005, de 17 de marzo [LA LEY 11839/2005]).

El tener trabajando mes y medio como empleada doméstica y a la vez en un establecimiento abierto al público a la súbdita extranjera Gabriel sin remuneración ni reconocimiento de ningún otro derecho, es suficiente para la subsunción en el tipo apreciado, 312.2 CP. Los impugnantes impusieron a la víctima (por la circunstancia de no poder hacer frente a la cantidad que le reclamaban por facilitarle ese trabajo, reteniéndole el pasaporte mientras no abonara esa deuda), la muy onerosa condición de trabajar sin remuneración, negándole y desconociendo el principal derecho del trabajador a una remuneración o salario digno, a más de no reconocerle ningún otro derecho, con lo que la mantenían en estado de absoluta precariedad y explotación laboral. Sobre todo si se valora que todo ello derivaba de la solicitud de una cantidad para conseguirle trabajo (221/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1952631/2005]).

La cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones de trabajo que no conculquen los derechos de los trabajadores no puede solventarse con enfoques morales o concepciones ético-sociológicas, ya que afectan a aspectos de la voluntad que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones. En el ámbito de la Unión Europea, el Pleno del Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 20 de noviembre de 2001, además, de resolver el valor jurídico de los acuerdos de asociación antes del ingreso efectivo de las naciones, en este caso Chekia y Polonia, contempla los efectos sobre la libertad de establecimiento de sociedades y nacionales del Estado en tránsito para la integración. Las reclamantes, ciudadanas checas y polacas, se habían establecido en Ámsterdam en la zona que el propio Tribunal denomina como «prostitutas de escaparate», estaban al corriente de todos sus pagos e impuestos y solicitaron al jefe de Policía, permiso de residencia para trabajar como prostitutas, por cuenta propia. El Tribunal se cuestiona si el art. 43 de la CE (anteriormente art. 52 del Tratado CE) considera actividad por cuenta propia la ejercida por una prostituta como una actividad económica más, teniendo en cuenta que la prostitución está prohibida en la mayoría de los países asociados y entraña problemas difíciles de controlar en relación con la libertad de acción e independencia de las prostitutas. El caso solucionado por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo no es exactamente igual que el presente, ya que allí se daba, sin lugar a dudas, el establecimiento por cuenta propia y, en el presente caso, existe una relación que, en determinadas condiciones, nuestra jurisdicción laboral ha considerado como actividad laboral. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo afirma, sin dudas ni matizaciones, en el apartado 49 de la Sentencia, que la «prostitución constituye una prestación de servicios remunerada que como resulta del apartado 33 de la presente Sentencia, es comprendida en el concepto de actividades económicas». Más adelante, en el apartado 50, refuerza su criterio, declara que la actividad de la prostitución ejercida de manera independiente (no es el caso presente), puede considerarse un servicio prestado a cambio de remuneración y, por consiguiente está incluida en ambos conceptos (actividades económicas en un doble sentido, trabajo asalariado o trabajo por cuenta propia). Es decir, admitiendo que la doctrina se refiere a actividades por cuenta propia, no descarta sino que refuerza la tesis de que, al margen de razones de moralidad, pueda ser considerada como una actividad económica que si se presta en condiciones aceptables por el Estatuto de los Trabajadores, no puede ser incardinada en el delito 312 del CP que castiga a los que ofrecen condiciones de trabajo engañosas o falsas o se emplea a ciudadanos extranjeros en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual. Remitiéndonos a lo dicho por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios sexuales voluntariamente, lo cierto es que, en este caso, no tenemos ni concurre ninguno de los elementos del tipo que permitan su aplicación. Asimismo, la jurisprudencia de la Sala Segunda ha tenido ocasión de pronunciarse, en algunos supuestos, en relación con la posible concurrencia del art. 312.3.º, con el 318 bis.1 y 2 del Código Penal, es decir, en los casos en los que, como sucede en el presente, no existe violencia, intimidación, engaño, abuso de superioridad, especial vulnerabilidad de la víctima o su minoría de edad o incapacidad. Por supuesto, según el hecho probado, no se ha puesto en peligro ni la vida ni la integridad física de las personas afectadas (425/2009, de 14 de abril [LA LEY 67177/2009]).

Consumación y tentativa

El art. 312.2.º configura un delito de resultado, que se consuma cuando se perjudiquen, supriman o restrinjan los concretos derechos de los trabajadores, empleando a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]).

La expresión legal contenida tanto en el apartado segundo del art. 312 del Código Penal, integrante del tipo («quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo (...)»), como la del tipo básico del art. 318 bis del propio Cuerpo legal («los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España (...)»), conduce a situar la consumación delictiva desde el mismo momento de la contratación ilegal, ya que la expresión del art. 312 es bien concreta —emplear— y la del art. 318 bis suficientemente amplia y de una interpretación constante por esta Sala para otros tipos delictivos, como el art. 368 del Código Penal, que utiliza idénticos verbos nucleares, al punto que se han considerado dificultosas las formas imperfectas de consumación, dada la amplitud del precepto, lo que es bien indicativo de que tal tipo penal, en este caso relacionado con la inmigración ilegal, se consume con el mero empleo ilícito que suponga tráfico ilegal de personas (ATS de 8 de octubre de 2001).

Concursos

Ambos tipos delictivos, 312.2 y 313.1 están incluidos en el Título de los delitos contra los derechos de los trabajadores, pero no encierran un concurso de normas en todo caso. Pues baste tener en cuenta que el art. 312.2 in fine no tiene porqué suponer una inmigración clandestina; el art. 312.2 hace abstracción de que el trabajador sea un inmigrante clandestino —véanse 30 de junio de 2000 y 22 de noviembre de 2004— y el art. 313.1 prevé un delito de mera actividad que se consume sin necesidad de que el trabajador llegue a obtener un puesto de trabajo en España (1047/2006, de 9 de octubre [LA LEY 154859/2006]).

«Cuando los hechos enjuiciados constituyan un delito del art. 188.1 CP y un delito del art. 312.2 CP, Segundo inciso, se producirá ordinariamente un concurso real de delitos», Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda de 30 de mayo de 2006.

Artículo 313.

1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.

2. Con la misma pena será castigado el que, simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante, determinare o favoreciere la emigración de alguna persona a otro país.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 311, 312 y concordancias.
LECrim.: art. 282 bis.4.e).

Bien jurídico

El bien jurídico protegido mediante la punición del tráfico ilegal de mano de obra y las migraciones laborales fraudulentas no es exactamente el derecho del trabajador a la seguridad en el empleo y al mantenimiento de las demás condiciones de trabajo pactadas o legalmente impuestas. Es un verdadero delito de riesgo abstracto, para proteger a todos los trabajadores, nacionales o extranjeros, frente a una nueva forma de explotación favorecida por determinados rasgos de la

estructura económica mundial de nuestro tiempo, tales como la profundización de la desigualdad entre países ricos y pobres, la multiplicación de las comunicaciones internacionales de toda índole y el lógico crecimiento de la aspiración de las poblaciones de los países menos desarrollados a alcanzar mejores condiciones de trabajo y de vida. Para aprovecharse de esta situación y convertirla en inmoral fuente de ingresos, aparecen grupos y organizaciones de gentes sin escrúpulos que promueven migraciones laborales, al margen o en contra de las disposiciones dictadas al respecto por los diversos Estados, abusando del ansia por salir de la miseria de quienes caen en sus redes y convirtiéndolos de hecho en mercancía de fácil y reprobable explotación (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002], transcrita por 712/2005, de 8 de junio).

Ver también comentario al bien jurídico del art. 312 CP.

Elementos objetivos

Sujeto pasivo

Por trabajadores debe aceptarse un concepto amplio que incluya también a quienes pretenden obtener un puesto de trabajo en nuestro país y no sólo a quienes ya lo han obtenido, pues como se razona en 739/2003, de 14 mayo, «de no entenderse el concepto en estos términos amplios, la norma carecería de contenido pues precisamente la inmigración clandestina se realiza por personas que pretenden obtener trabajo, pero que aún no disponen del permiso necesario para ser considerados legalmente como trabajadores en nuestro país» (1092/2004, de 1 de octubre [LA LEY 2572/2004]).

Art. 313.1 CP. Inmigración laboral clandestina

Conducta típica

Se trata de un delito de tendencia, en el que se han utilizado similares conceptos para expresar su dinámica que en los delitos contra la salud pública de los arts. 368 y ss. del Código Penal, aunque evidentemente el bien jurídico protegido sea diferente. Como consecuencia del abanico de actividades que el tipo penal admite, basta con que se promueva o favorezca por cualquier medio la inmigración clandestina para que se consuma el delito. Lo que comporta que es suficiente la participación del infractor en alguna de las múltiples tareas que convergen para llevar a cabo la acción para cumplirse la previsión normativa. Por lo que se pueden incluir conductas tales como la financiación de la operación, la actuación como intermediario, transportista, piloto de embarcación, o la facilitación de ésta, etcétera (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

La jurisprudencia reputa comprendida en el art. 313.1 CP como inmigración clandestina tanto la realizada al margen de los controles administrativos como la llevada a cabo mediante fraude a las autoridades competentes que adquieren un conocimiento erróneo (1047/2006, de 9 de octubre [LA LEY 154859/2006]). Sancionando al que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina, se trata de facilitar la llegada al territorio español de una persona de modo secreto, oculto, subrepticio o ilegal (739/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2247/2003]), siendo la clandestinidad en la inmigración no sólo aquella que se oculta o se hace a espaldas de la administración (subrepticia), sino que alcanza también a las entradas fraudulentas, aun conocidas por los organismos oficiales (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]), si bien en 2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003], se establece que para que la conducta sea penalmente relevante, dicha inmigración ha de ser «clandestina», es decir, al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de

extranjeros en España (2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]). El hecho de que las inmigrantes superasen los controles de la policía de fronteras con apariencia de legalidad, en cuanto que supuestas «turistas», no excluye la referida «clandestinidad», toda vez que se encubrió su verdadero destino, que no era otro que el de permanecer en nuestro país como trabajadoras, lo que hace que ese acceso al ámbito laboral de nuestra nación fuera realmente encubierto y, por ende, clandestino (en tal sentido, entre otras 2205/2002, de 30 de enero [LA LEY 1095/2003], 739/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2247/2003], 1092/2004, de 1 de octubre [LA LEY 2572/2004], y 321/2005, de 10 de marzo [LA LEY 11857/2005], 1276/2005, de 8 de noviembre [LA LEY 2129442/2005]). Y es indiferente que posteriormente en España, una vez logrado por los acusados el acceso de las víctimas ocultando a las autoridades la verdadera naturaleza de la entrada, momento en que se había consumado la infracción delictiva, se tratara por las víctimas de obtener un escudo a su situación para lo cual solicitaran asilo político, que fue denegado al carecer de fundamento alguno, y permisos de residencia y trabajo (712/2005, de 8 de junio [LA LEY 14105/2005]).

Hay que referir este comportamiento punible al hecho mismo del transporte, su organización, su realización o incluso la posterior acogida en España en connivencia con quienes participaron o prepararon el viaje correspondiente; pero no cabe ampliarlo a otras acciones, aunque luego resultaran constitutivas de otro delito diferente, realizadas cuando ya los inmigrantes se encontraban en territorio nacional (739/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2247/2003], transcrita por 712/2005, de 8 de junio [LA LEY 14105/2005]). Si los inmigrantes ya están en territorio nacional y no aparece en los hechos probados dato alguno que permita hablar de promoción o favorecimiento de esa inmigración clandestina, no cabe condenar por este delito (1397/2003, de 16 de octubre [LA LEY 10673/2004]), si bien 112/1998, de 3 de febrero [LA LEY 1794/1998] establece que es irrelevante para la comisión del delito del art. 313.1 del Código Penal el que el viaje para introducirse en la península se hubiese iniciado en Ceuta, o en cualquier otro punto del continente africano (112/1998, de 3 de febrero [LA LEY 1794/1998], en este sentido también 1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]). Inmigrar, según nuestro diccionario oficial, es «llegar a un país para establecerse en él los que estaban domiciliados en otro» (1397/2003, de 16 de octubre [LA LEY 10673/2004]), de tal forma que los llamados movimientos migratorios internos quedan excluidos del ámbito de punición del art. 313.1 del Código Penal (2205/2003, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]).

«El facilitar un billete de ida y vuelta a extranjeros que carecen de permiso de trabajo y residencia en España, para poder entrar en España como turistas cuando no lo eran y ponerlos a trabajar, constituye un delito de inmigración clandestina», acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 13 de julio de 2005.

Resultado

Aun cuando no se exprese en el tipo, la sanción del tráfico ilegal de mano de obra como delito requiere el daño o la grave puesta en peligro de los derechos de los trabajadores afectados, bien jurídico tutelado en este título (2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]).

Elementos subjetivos

El dolo exigido por el tipo no contiene ninguna exigencia más que el conocimiento de su intervención en la red de traficantes de inmigración clandestina, no requiriendo el tipo penal precio alguno por la operación, aunque normalmente existirá como es lógico (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

Grados de ejecución

Consumación

El delito de inmigración clandestina de trabajadores es de simple actividad y se consume con actos de mero favorecimiento o promoción de la introducción en el país de mano de obra ilegal, sin ser preciso que el objetivo se haya conseguido (sin exigir el tipo que se consiga la llegada a territorio español de los extranjeros o la obtención de puesto de trabajo por los mismos —112/1998, de 3 de febrero [LA LEY 1794/1998], 1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002] transcribiendo la anterior—), protegiendo el precepto el peligro o riesgo de que los derechos de los trabajadores a ser respetados en su libertad, seguridad y dignidad, puedan verse seriamente afectados (1045/2003, de 18 de julio [LA LEY 10067/2004]), al punto que se han considerado dificultosas las formas imperfectas de consumación, dada la amplitud del precepto, lo que es bien indicativo de que tal tipo penal, en este caso relacionado con la inmigración ilegal, se consume con el mero empleo ilícito que suponga tráfico ilegal de personas (A de 15 de septiembre de 2004). Desde el mismo momento en que se produce la contratación ilegal señala A de 22 de diciembre de 2004.

La doctrina jurisprudencial es concluyente, a pesar de algunas resoluciones que lo han matizado, respecto a la consumación delictiva en el delito contra la salud pública, cuando la operación ha quedado abortada. En idéntica aplicación normativa, dados los verbos nucleares promover o favorecer «por cualquier medio», la inmigración clandestina de trabajadores a España, la conducta que planea el viaje, capta inmigrantes, cobra las cantidades que se han estipulado, organiza el traslado, proporciona la embarcación, acondiciona ésta para que pueda transportar un número mayor de las previsiones normales en su aforo, con importantes modificaciones que la hacen altamente arriesgada y en condiciones infrahumanas de traslado, contrata a un piloto, y se organiza la llegada a la Península para su traslado posterior, son todos ellos actos que entran de lleno en la promoción y favorecimiento de la inmigración clandestina que exige el tipo, y que tiene las barreras anticipadas de protección del bien jurídico, de modo que ha sido consumado, en el caso, cuando ya el viaje ha comenzado y se trunca por el naufragio, trágico final del viaje, con el resultado de tres inmigrantes ahogados y siete de ellos desaparecidos. No es pues necesario para su consumación que el extranjero haya traspasado efectivamente el control de pasaportes, ni que haya logrado entrar clandestinamente en territorio español, sino que basta la promoción o el favorecimiento para que se alcance la consumación del tipo (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

Autoría y participación

Autoría

El título de autor abarca a todos los integrantes de la red de entrada ilegal de ciudadanos extranjeros, cualquiera que sea su cometido, salvo supuestos muy excepcionales de aportaciones intrascendentes con auxilio escasamente efectivo o de mínima colaboración. Cualquier forma de favorecimiento se convierte así en autoría, máxime si el precepto penal lo refuerza «por cualquier medio» (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

Complicidad

La aplicación de la complicidad se compadece mal con la amplitud del tipo del art. 313.1.º del Código Penal, similar en su tipología con el art. 368 del propio Cuerpo legal, haciéndose muy

difícil la apreciación de formas imperfectas de participación —y de ejecución— (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

Concursos

Concurso de normas

La diferenciación esencial con el actual art. 318 bis se encuentra en el objeto del tráfico, que en el art. 313 tienen que ser específicamente trabajadores (2205/2002, de 30 de enero de 2003 [LA LEY 1095/2003]).

En principio, el art. 313 es Ley especial frente al 318 bis.1 al requerir la condición más restringida de trabajador en el sujeto pasivo. Así, en los supuestos de traslado de personas en embarcaciones u otros medios de transporte para acceder clandestinamente a territorio español, debe sostenerse, en principio, la aplicación preferente del art. 313.1 si se tratara de personas que vienen con la clara finalidad de buscar trabajo (el tipo del art. 313 exige que el sujeto pasivo sea un trabajador). En concreto, el art. 313.1 se refiere a la conducta de promover o facilitar la inmigración clandestina de «trabajadores» a España. Ha de entenderse que la condición de trabajador se da tanto en quien cuenta ya con un puesto o contrato de trabajo como en aquel que entra en España con la intención de buscar trabajo. Como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Supremo en Sentencias 112/1998, de 3 de febrero [LA LEY 1794/1998], y 995/2000, de 30 de junio [LA LEY 8928/2000], basta para la consumación del art. 313 con la sola realización de actos de promoción o favorecimiento de la inmigración, sin exigirse que se consiga efectivamente la entrada en territorio español ni menos aún la posterior obtención de un concreto puesto de trabajo. Por tanto, para permitir la consideración de trabajador a efectos de aplicación del art. 313.1 es suficiente con que se trate de personas que pretendan el acceso a territorio español con la finalidad de buscar trabajo). A tal criterio de especialidad (art. 8.1), que por sí sólo bastaría para decidir la cuestión, se suma el criterio de la mayor pena (art. 8.4) que impone el art. 313 (prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses) frente a la del art. 318 bis, tras la reforma operada en aquél por la LO 4/2000 (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

De otra parte, ha de tenerse en cuenta que se comete el delito con el traslado de una sola persona, siendo indiferente que sean varias —caso en el que se debe entender cometido un único delito y no tantos como personas se haya intentado introducir—, de modo tal que si entre las personas cuya inmigración se facilita se hallara al menos una con la condición de trabajador se aplicará el art. 313, sin que se aplique, además, en concurso de delitos, el art. 318 bis —que quedaría embebido en el anterior (art. 8.3)— por el hecho de que también existan otras personas (ancianos, por ejemplo) en las cuales no concurre la cualidad de trabajador (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

La condición de precepto especial del art. 313 —por restringir el círculo de los sujetos pasivos a los trabajadores— debe llevar a la aplicación preferente del mismo frente a los subtipos agravados del art. 318 bis. Hubiera sido deseable la existencia de agravaciones especiales también en el art. 313. En todo caso, el art. 313 impone pena mayor que cualquiera de los subtipos agravados del art. 318 bis, a excepción del supuesto de inmigración de personas a través de organizaciones (ap. 5) cuando concorra, además, alguna de las cualificaciones de los apartados 2 o 3 del precepto, en tanto que entonces la pena privativa de libertad puede situarse entre 4 y 6 años. Ahora bien, en los casos del art. 313 cometidos a través de asociaciones u organizaciones, dicha incongruencia penológica no es tal si se establece, como resulta obligado, un concurso de delitos entre el delito

del art. 313 con el delito de asociación ilícita (arts. 515.6.º y 517 o 518 CP, según los casos). De otra parte, en los supuestos de concurso de Leyes entre el art. 313 y el art. 318 bis.4, la alternativa por el art. 313 impide apreciar la pena de inhabilitación absoluta prevista en el 318 bis para la autoridad, agente o funcionario público que realice la conducta prevaliéndose de su condición, por lo cual debe tenerse en cuenta que en la calificación por el art. 313 deberá interesarse no sólo la apreciación de la agravante genérica del art. 22.7.ª sino, además, la aplicación como accesoria de la pena de inhabilitación especial a tenor del art. 56 *in fine* CP (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

En los supuestos de tránsito ilegal por territorio nacional o de salida ilegal del mismo de personas, trabajadoras o no, se aplicará el art. 318 bis, al ser supuestos no contemplados expresamente en el art. 313.1 que se ciñe a la inmigración (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

Concurso ideal de delitos: homicidio imprudente (art. 142)

Es correcto el razonamiento de la Audiencia Provincial, en orden tanto a la autoría en el delito imprudente que como concurso ideal se ha sancionado, y en lo que respecta al delito contra los derechos de los trabajadores, pues todos ellos eran organizadores del viaje, y se habían concertado previamente para el desarrollo de la expedición, mediante precio, lo que constituye un delito ciertamente execrable, con unas gravísimas consecuencias, que determinaron el fallecimiento de al menos tres de los ocupantes de la patera (1330/2002, de 16 de julio [LA LEY 7693/2002]).

Art. 313.2 CP. Favorecimiento mediante engaño

Conducta típica

Si en el relato fáctico no se hace constar la situación de los potenciales trabajadores, si ya en España o en su país de origen no cabe referirse a ningún acto favorecedor de la emigración, elemento determinante de la conducta típica (1145/2003, de 11 de septiembre [LA LEY 139241/2003]).

El Tribunal Supremo, por Acuerdo de la Sala General de fecha 9 de febrero de 2005 [LA LEY 1926424/2005], señala que la emigración de alguna persona a otro país no se limita a la emigración desde España. O como señala 1056/2005, de 24 de febrero [LA LEY 1953764/2005], el término «emigración» que se contiene en el precepto aquí analizado, no ha de limitarse, exclusivamente, a la salida del trabajador desde España a un tercer país, sino que abarca también la llegada del mismo a nuestro territorio proveniente de otro lugar.

Concurso de normas

La emigración de trabajadores en las especiales condiciones que recoge la conducta del art. 313.2 —favorecimiento de emigración empleando engaño— reclamaría la aplicación de este tipo penal frente al art. 318 bis (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

Artículo 314.

Los que produzcan una grave discriminación en el empleo, público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia,

raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 35.1.

CP: arts. 22.4, 23, 67, 510 y ss. y 607.

Art. 314, modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que ha entrado en vigor el día 1 de octubre de 2004 (DF Quinta) y que agrava la pena de multa desde «seis a doce meses» a «12 a 24 meses».

Artículo 315.

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses los que mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

2. Si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas del apartado segundo se impondrán a los que, actuando en grupo, o individualmente pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga.

CONCORDANCIAS

CE: art. 28.2.

LO 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

Actuación en grupo o concertada (apartado 3)

Conducta

Si no concurre el requisito de actuar en grupo o individualmente de acuerdo con otros se excluye la aplicación del número 3.º del art. 315 del Código Penal de 1995 (362/1999, de 11 de marzo [LA LEY 3313/1999]).

Concurso de normas

No ofrece cuestión, dados los términos en los que está redactado el tipo previsto en el número 3.º del art. 315, su naturaleza de coacción específica, que está más gravemente penada que el delito de coacciones previsto en el art. 172 (362/1999, de 11 de marzo [LA LEY 3313/1999]).

Artículo 316.

Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 40.2.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales y seguridad e higiene en el trabajo, modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.

Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.

Sujeto activo

Ante todo, el sujeto activo del delito tiene que ser la persona legalmente obligada a facilitar los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las adecuadas medidas de seguridad e higiene (ATS 2382/2001, de 6 de noviembre, 1360/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 1080/1999]).

El sujeto activo, los legalmente obligados, ocupan una posición semejante a la de garante, y al respecto debemos recordar que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales —Ley 31/1995, de 8 de noviembre— en su art. 14.2 impone al empresario un deber de protección frente a los trabajadores para garantizar su seguridad y la salud en todos los aspectos relacionados con el trabajo en términos inequívocos «(...) el empresario deberá garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio (...)», «(...) el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas (...)», resultando incontestable que los empresarios o titulares de la empresa son los posibles sujetos activos del delito, pero no sólo ellos, sino también, desde una perspectiva penal, los administradores y encargados del servicio a los que se refiere el art. 318 del CP (1233/2002, de 29 de julio [LA LEY 419/2003], ATS 2382/2001, de 6 de noviembre).

Conducta típica

Se trata de un tipo penal de estructura omisiva o más propiamente de infracción de un deber que protege la seguridad en el trabajo entendido como la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de la prestación del trabajo, bien jurídico autónomo y por tanto independiente de la efectiva lesión que en todo caso merecería calificación independiente (1233/2002, de 29 de julio [LA LEY 419/2003]).

Los elementos del tipo son: 1.º infracción por su parte de normas de prevención de riesgos, 2.º omisión de facilitar medios necesarios para el desempeño del trabajo, 3.º en condiciones de seguridad adecuadas, y 4.º efecto de poner en peligro la vida o integridad física de los trabajadores (1654/2001, de 26 de septiembre [LA LEY 8700/2001]).

El elemento normativo del tipo se refiere a « (...) la infracción de las normas de prevención de riesgos laborales (...)», lo que permite calificar el delito como tipo penal en blanco —en este

sentido, 1360/1998 de 12 de noviembre [LA LEY 1080/1999], ATS 2382/2001, de 6 de noviembre— de suerte que es la infracción de la normativa laboral la que completa el tipo, bien entendido que no bastaría cualquier infracción administrativa para dar vida al tipo penal, porque ésta exige en adecuado nexo de causalidad que la norma de seguridad infringida debe poner en «peligro grave su vida, salud o integridad física» (en este sentido, 1355/2000, de 26 de julio [LA LEY 819/2001], sin que sea necesario que el peligro se concrete en una lesión efectiva, puesto que el delito en cuestión es un tipo de riesgo, 1360/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 1080/1999]) la que nos envía a infracciones graves de la normativa laboral que lleven consigo tal creación de grave riesgo. Y es que otra concepción en la línea de bastar para la integración del tipo penal cualquier infracción de normas de seguridad extendería indebidamente la respuesta penal en niveles incompatibles con el principio de mínima intervención y de seguridad jurídica (en sentido contrario, 1355/2000, de 26 de julio [LA LEY 819/2001] establece que el elemento normativo consistente en la infracción de las normas de prevención no exige legalmente dosis de gravedad alguna, a diferencia del peligro). En definitiva, podemos concluir que la integración del tipo penal con la normativa de la prevención de riesgos laborales, sólo debe ser en relación con la infracción de los más graves preceptos cuya omisión es capaz de generar aquel grave peligro. Se está, en consecuencia, ante una infracción de una norma de seguridad que se ha reconvertido en tipo penal por la mayor lesividad que aquella infracción conlleva para el bien jurídico de la vida, salud o integridad del colectivo de trabajadores (1233/2002, de 29 de julio [LA LEY 419/2003]).

Concursos

Concurso de normas

El CP de 1995 ha mantenido, en lo esencial, la regulación del art. 348 bis.a) del CP de 1973, procedente de la reforma de 1983. Responde a la idea de adelantar la línea de intervención punitiva y tiene la estructura característica de un delito de omisión y de peligro concreto grave, que lo configura autónomamente de los delitos de resultado y permite la compatibilidad entre ambos si el resultado lesivo se produce, aplicándose como regla general el principio de consunción del art. 8.3.º del CP. Así lo estableció 1188/1999, de 14 de julio [LA LEY 11248/1999], al afirmar que si a consecuencia de la infracción de normas laborales se produce el resultado que se pretendía evitar (muerte o lesiones del trabajador) el delito de resultado absorberá al de peligro (art. 8.3.º CP), como una manifestación lógica de la progresión delictiva —aunque se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad— (1036/2002, de 4 de junio [LA LEY 7180/2002], 1188/1999, de 14 de julio [LA LEY 11248/1999]).

Concurso ideal de delitos

Se podría aplicar el concurso ideal de delitos cuando el resultado producido constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad (1036/2002, de 4 de junio [LA LEY 7180/2002]). La muerte de uno de los trabajadores constituye solamente uno de los posibles resultados de la conducta omisiva del responsable de las medidas de seguridad si en la misma situación de peligro se encontraba trabajando la generalidad de los que desempeñaban sus funciones en la obra, por lo que existirá un concurso ideal de delitos (1188/1999, de 14 de julio [LA LEY 11248/1999], 1360/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 1080/1999], 1355/2000, de 26 de julio [LA LEY 819/2001], 1611/2000, de 19 de octubre [LA LEY 10/2001]).

Artículo 317.

Cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: art. 12.

Ver artículos anteriores.

La insuficiencia o defectuosidad de las medidas adoptadas, fruto de la falta de previsión total del riesgo creado por la actividad desarrollada por la víctima, configura en principio el tipo de comisión por imprudencia previsto por el legislador de 1995 en el art. 317 CP, precisamente añadido para evitar la posible falta de tipicidad de la imprudencia habida cuenta su nuevo sistema de incriminación —en el texto precedente inmediato, antiguo art. 348 bis.a), se venía admitiendo la comisión culposa— (1355/2000, de 26 de julio [LA LEY 819/2001]).

Artículo 318.

Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: art. 31.

Art. 318, modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de *seguridad* ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en vigor desde el 1 de octubre de 2003 (DF Segunda), que añade la referencia a que *«en estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código»*.

Este artículo no establece una tipificación autónoma e independiente del tipo delictivo básico ya sea en la modalidad dolosa o culposa, sino que simplemente resuelve el tema de la autoría en supuestos de personas jurídicas, de suerte que viene a ser una norma especial de concreción de la autoría de aplicación preferente a la norma genérica prevista en el art. 31, por lo que no se vulnera el principio acusatorio si se condena por el 318 sin figurar en la acusación (1233/2002, de 29 de julio [LA LEY 419/2003]), si bien no puede hablarse de responsabilidad criminal sin dolo o culpa (art. 1 Código Penal de 1973 y art. 10 del Código Penal vigente): no hay responsabilidad sin culpabilidad. De ahí que sea preciso examinar la conducta del acusado, su intervención en el hecho enjuiciado, pues no basta ser administrador o representante de una persona jurídica para ser de forma automática criminalmente responsable de las actividades de la misma típicamente

previstas en la norma penal (642/2001, de 10 de abril [LA LEY 7537/2001]), debiendo contrastarse que, conociendo el riesgo existente en una determinada situación, no hubieren adoptado las medidas necesarias para evitarlo mediante la observancia de las normas de prevención atinentes al caso (1360/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 1080/1999]).

TÍTULO XV BIS

DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

Título añadido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social

Artículo 318 bis.

1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.

2. Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a 10 años de prisión.

3. Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a 12 años, incurrirán los que realicen los hechos prevaliéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

6. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

CONCORDANCIAS

CP: art. 108.

Modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en vigor desde el 1 de octubre de 2003 (DF Segunda), siendo la redacción originaria la introducida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social:

«1. Los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Los que realicen las conductas descritas en el apartado anterior con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima, serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

3. Se impondrán las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores, cuando en la comisión de los hechos se hubiere puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o la víctima sea menor de edad.

4. En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años incurrirán los que realicen los hechos prevaleciendo de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

5. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio que se dedicare a la realización de tales actividades».

Conducta

La amplitud de las conductas contempladas en el art. 318 bis CP (promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilegal o la inmigración clandestina) supone —según el tenor literal del precepto— que se realice desde, en tránsito o con destino a España. Con lo que no puede ser excluida como típica la situación de quien se encuentra ya en España, porque, como tripulante de un barco, en uno de sus puertos haya hecho escala (284/2006, de 6 de marzo [LA LEY 21244/2006]).

Concursos

La relación del art. 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores parte de la diferencia existente entre los bienes jurídicos protegidos, las conductas tipificadas y los sujetos pasivos. En los arts. 311 y ss. se castigan conductas que afectan directamente a los derechos de los trabajadores sean o no extranjeros, en el ámbito de su relación laboral; en el art. 318 bis se protege al ciudadano extranjero sea o no trabajador (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

Concurso de normas

Ver el epígrafe correspondiente en el comentario al art. 313.1 CP, respecto al *Concurso de normas* de ese precepto con el ahora comentado.

El art. 188.2 castiga con pena más grave que la del art. 318 bis el supuesto de tráfico de personas con la finalidad de explotación sexual cuando concurra violencia, intimidación, engaño o abuso de situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima. Este precepto se configura como tipo especial frente al art. 318 bis, lo que resuelve en su favor el posible concurso de Leyes (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero). Sin embargo, para esta misma situación establece 372/2005, de 17 de marzo [LA LEY 11839/2005], que la relación concursal ha de construirse, pues, como de delitos y no de normas, y dentro de la primera, como de concurso real, pues las acciones son distintas y no están en función de instrumentalidad.

El art. 318 bis define la conducta típica empleando la misma expresión que el art. 515.6 al definir la asociación ilícita. Y además recoge en su apartado 5 una agravación por pertenencia a una asociación, incluso transitoria, dedicada a promover el tráfico ilegal de personas. Ante tal situación, optar por el concurso de delitos entre el 318 bis.5 y el art. 515.6 infringiría el principio *non bis in idem*, ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena. Establecer el concurso de delitos entre el tipo básico del art. 318 bis y el 515.6.º conduciría a la práctica inaplicación del apartado 5 del 318 bis. Como quiera, además, que el art. 318 bis.5 señala mayor pena que el concurso 318 bis y 515.6.º, la solución del concurso de delitos entre éstos lleva a la absurda situación de que se impondría mayor pena en los casos —menos graves— de asociaciones transitorias (318 bis.5) que si se trata de asociaciones incardinables en el 515.6.º y en concurso con el tipo básico del art. 318 bis. Por ello, aun con las dificultades evidentes de una solución no respaldada jurisprudencialmente y compleja, parece preferible optar en casos de tráfico de personas a través de organizaciones por el concurso de Leyes a resolver a favor de la aplicación del art. 318 bis ap. 5; solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que sí prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan Ley especial frente al art. 515 (Circular de la FGE 1/2002, de 19 de febrero).

TÍTULO XVI

DE LOS DELITOS RELATIVOS A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO Y LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

CAPÍTULO I

De los delitos sobre la ordenación del territorio

Artículo 319.

1. Se impondrán las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que llevan a cabo una construcción no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección.

2. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizable en suelo no urbanizable.

3. En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la demolición de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

CONCORDANCIAS

CE: art. 47.

CP: arts. 1, 325 y ss.

CC: arts. 1101 y ss.

Convenio Europeo del Paisaje, en Florencia, el 20 de octubre de 2000 (*BOE* de 5 de febrero de 2008).

Consulta de la FGE 1/2003, de 25 de julio.

L 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

RDL 2/2008, de 20 de junio, aprobando el Texto Refundido de la Ley sobre régimen de suelo y ordenación urbana, modificado por sucesivas disposiciones.

L 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Leyes autonómicas sobre urbanismo y Normas de planeamiento municipales (Planes generales, Planes parciales, Normas subsidiarias, etc.), del lugar en el que se realice la construcción.

L 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, modificada por la L 10/2003, de 20 de mayo, sobre Medidas urgentes de liberalización del sector inmobiliario y transportes.

RD 2159/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento del Planeamiento para el desarrollo y aplicación de la Ley del suelo.

RD 2187/1978, de 23 de junio, que aprueba el Reglamento de disciplina urbanística en desarrollo de dicha ley.

RD 3288/1978, de 25 de agosto, que aprueba el Reglamento de gestión urbanística.

Ver también las concordancias obrantes en los arts. 321 y siguientes, relativas a los recursos naturales y culturales, a los que se refiere el apartado 1, *in fine*, del presente artículo.

Aspectos generales

Injusto penal e injusto administrativo

Todos los delitos urbanísticos tienen como *conductio sine qua non sed non sufficiens*, la infracción de una norma administrativa. La incidencia del Derecho penal en este ámbito se rige por los principios de legalidad y mínima intervención, que corresponde calibrar al poder legislativo (STS 363/2006, de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006]), reservando al ámbito de los injustos penales los que no son meramente formales y más graves e intolerables (STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 17014/2004]), aun cuando en alguna ocasión se ha podido interpretar la norma penal demasiado literalmente, al castigar como delito una invasión del dominio público marítimo-terrestre por un voladizo de 1,82 m² (STS 1067/2006 de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006]), si bien en otras ocasiones se ha estimado desproporcionada la sanción penal (STS 1250/2001, de 26 de junio [LA LEY 6955/2001] y SAP de Tenerife, Sec. 5.ª, de 30 de junio de 2008 [LA LEY 284453/2008]).

Prejudicialidad administrativa

Este artículo y el siguiente ineludiblemente contienen elementos jurídico normativos de carácter urbanístico administrativo, que de ordinario constituirán cuestiones prejudiciales puramente incidentales (arts. 2 LECR y 10 LOPJ) a resolver por el propio órgano jurisdiccional penal, aplicando la correspondiente legislación urbanística (STS 1067/2006, de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006]) municipal y autonómica (SAP de Sevilla, Sec. 3.^a, de 4 de noviembre de 2008 [LA LEY 241480/2008]).

Bien jurídico protegido

Desde un punto de vista formal se centra la definición del bien jurídico en los términos «ordenación del territorio» que aparece en el rótulo del Título y del Capítulo, y «urbanismo», que es la realidad normativa a la que remiten estos tipos penales «en blanco». La utilización del término complejo «ordenación del territorio», muy posiblemente por ignorancia del legislador, es una imprecisión al ser el género al que pertenece la especie «urbanismo», entendido como «el sector de la ordenación del territorio que viene a cumplir las siguientes funciones: a) creación, mantenimiento y mejora de los núcleos de población; b) ordenación y gestión jurídica de las actividades de planeamiento territorial, régimen del suelo, ejecución de construcciones y edificaciones, etc.; c) y todo ello con la finalidad específica de hacer posible la vida en común de los hombre en una sociedad urbana» (SAP de Málaga de 13 de junio de 2003).

Se trata de un bien jurídico colectivo, de un «interés difuso» cuyo titular es la sociedad (STS 363/2006 de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006] y SAP de Málaga de 19 de abril de 2006 [LA LEY 174273/2006]), que además de proteger la «forma» del urbanismo (las normas reguladoras de carácter administrativo), a través de ella defiende la «materia» enraizando con lo dispuesto en el art. 45.3 CE, consistente en la utilización racional del suelo orientado a los intereses generales contenidos en la ordenación del territorio, respetando la calidad de vida y el hábitat de los seres humanos, al estar relacionado con los demás bienes jurídicos de este Título: patrimonio histórico artístico, medio ambiente y vida silvestre (SSAP de Baleares de 14 de julio de 2003 [LA LEY 122780/2003], de Alicante de 23 de junio de 2006 y Castellón de 31 de mayo de 2005, entre otras [LA LEY 121982/2005]).

Elementos objetivos

El presente artículo determina como sujetos activos a los «promotores, constructores o técnicos directores» y como conductas típicas las de «construir» —apartado 1— y «edificar» —apartado 2—. Además enumera diversos elementos típicos de carácter jurídico —«hechos jurídicos»—: «no autorizada en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección» —apartado 1—, y «no autorizable en suelo no urbanizable» —apartado 2.—.

Sujetos activos

«Promotor», es decir, el que promueve la edificación o construcción, así como «constructor», lo puede ser cualquiera con tal dedicación aun cuando sea con carácter ocasional, incluido el particular que construye para sí mismo, al no ser términos técnicos sino vulgares, en contraste con el de «proyectista» y «director técnico» que han de tener una profesionalidad acreditada mediante el

correspondiente título académico (1250/2001, de 26 de junio [LA LEY 6955/2001], y 690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2581/2003], y SAP de Jaén, Sec. 2.^a, de 27 de enero de 2009 [LA LEY 9735/2009], entre otras muchas), tesis extensiva que en ocasiones no ha sido aplicada acogiéndose al principio *in dubio pro libertate* (SSAAPP de Madrid, Sec. 17.^a, de 3 de octubre de 2006 [LA LEY 133093/2006], y Cádiz, Sec. 1.^a, de 7 de diciembre de 2001 [LA LEY 2992/2002]). El hecho de que prevea el precepto la «inhabilitación especial», no obsta a que se configure al promotor en estos términos de no necesaria profesionalidad, pues sólo se impondrá cuando la condición de profesional haya sido instrumentalizada para delinquir (17 de febrero de 1995 y AAPP de Jaén, Sec. 1.^a, de 4 de septiembre de 2000 [LA LEY 108/2001], y Sevilla, Sec. 3.^a, de 19 de septiembre [LA LEY 204003/2008], y 19 de noviembre de 2008 [LA LEY 241507/2008]).

Conductas típicas

Las conductas típicas están configuradas por las acciones «construcción» y «edificación», en principio sinónimas si bien la primera puede considerarse más genérica que la segunda, que tiene además un reconocimiento legal (art. 2 de la L 38/1999, de 5 de enero, de Ordenación de la edificación). En definitiva, se trata de crear o modificar un territorio, realizando una obra permanente como habitáculo con finalidad de vivienda o de realización de alguna actividad económica primaria, industrial o de servicios (SSAAPP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 26 de mayo de 2005 [LA LEY 13777/2005], de Jaén, Sec. 2.^a, de 18 de enero de 2007 [LA LEY 1229/2007], de Las Palmas, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2008 [LA LEY 281759/2008] de entre otras muchas). Se ha considerado construcción una casa prefabricada transportable, si se realizaron obras de construcción de pilares y muros de contención (SAP de Pontevedra, Sec. 4.^a, de 17 de abril de 2009 [LA LEY 55452/2009]).

No se consideran construcción o edificación las obras de reparación o rehabilitación de un edificio ya existente (SSAP de Valencia, de 8 de septiembre de 2004 [LA LEY 185030/2004], de Jaén de 25 de marzo de 2002 y de Granada de 23 de junio de 2006 [LA LEY 147327/2006], entre otras muchas), ni la alteración o asfaltado de un camino o la construcción de dos muros sin vocación de permanencia (A de la AP de Murcia de 3 de abril de 2006 [LA LEY 42871/2006], SSAAPP de Alicante de 9 de febrero de 2005 [LA LEY 31895/2005], y de Gerona de 28 de julio de 2005 [LA LEY 166304/2005]). Tampoco se ha estimado típica la inadecuación de la obra a la licencia concedida (SAP de Madrid de 5 de enero de 2007 [LA LEY 31866/2007]).

«No autorizada» y «no autorizable»

Las fórmulas diversas de los apartados 1 y 2 de este artículo se han considerado coincidentes, pues la no autorizada tampoco podrá ser autorizable por su ilegalidad patente, y la no autorizable es obvio que no está autorizada o, si lo estuviera, la autorización sería nula sin perjuicio del posible error de tipo o de prohibición. En definitiva, la construcción o edificación no autorizada pero autorizable constituiría un mero ilícito administrativo, por tener un carácter meramente formal sin alcanzar una material afectación del bien jurídico (desde una interpretación finalista del precepto), al ser subsanables tales infracciones bien obteniendo la licencia que no se tuvo, bien realizando los retoques correspondientes en la edificación. En este sentido se han pronunciado diversas Sentencias, considerando que la duda racional sobre la legalización debe operar *pro reo* (SSAAPP de Jaén, Sec. 2.^a, de 18 de enero de 2007 [LA LEY 1229/2007], de Córdoba, Sec. 1.^a, de 26 de mayo de 2005 [LA LEY 13777/2005], de Baleares, de 14 de julio de 2003 [LA LEY 122780/2003], de Madrid de 31 de mayo de 2005 [LA LEY 121884/2005], de Castellón de 30 de

enero de 2006 [LA LEY 12256/2006] y de Granada, Sec. 2.ª, de 11 de enero de 2008 [LA LEY 139184/2008], entre otras).

«No autorizable» supone que no es posible una posterior legalización de la edificación o construcción, por la gravedad de las infracciones legales cometidas, sin que se puedan considerar como enervantes de tal condición futuras e inciertas hipótesis de regularización como el cambio de planeamiento, la ampliación de la superficie del terreno adquiriendo alguno de los colindantes, un posible cambio del planeamiento o la destrucción de parte de lo construido (SSAAPP de Jaén, Sec. 1.ª, de 14 de junio de 2002 [LA LEY 7186/2002], de Palencia de 14 de marzo de 2000 [LA LEY 8402/2000] de Tenerife de 28 de marzo de 2003 [LA LEY 60654/2003], entre otras muchas). Se ha aceptado en cambio la calificación de autorizable, cuando ya se ha producido en el momento del enjuiciamiento o lo será en breve plazo y con certeza (SSAAPP de Ciudad Real de 25 de noviembre de 2005 [LA LEY 230902/2005], de Madrid de 16 de septiembre de 2005 [LA LEY 179130/2005] y de Granada de 27 de abril de 2005 [LA LEY 93742/2005], entre otras muchas).

Sin embargo, la jurisprudencia menor es contradictoria a la hora de calibrar esta calificación de autorizable o no, a la hora de estimar que la edificación dentro de una urbanización ilegal no debe castigarse, pues requerirá antes o después una legalización del conjunto por parte las autoridades urbanísticas, acudiendo incluso al posible error. Son favorables a esta tesis, entre otras muchas, las SSAAP de Valencia de 10 de junio [LA LEY 109140/2002] y 22 de octubre de 2002 [LA LEY 174772/2002]), de Jaén de 3 de julio de 2006 [LA LEY 210546/2006] y de Madrid de 17 de octubre de 2005, y contrarias, también como muestra, las SSAAPP de Córdoba de 27 de febrero de 2007 [LA LEY 43548/2007] y Sevilla de 9 de octubre y 22 de diciembre de 2006 [LA LEY 268858/2006].

La licencia: diversos supuestos

No enervan la condición de «no autorizado» los supuestos de licencia concedida para construcciones o edificaciones diversas a las realizadas, cuando estas tienen una naturaleza diversa a la autorizada (un cobertizo de herramientas o una valla, para construir luego una vivienda (STS 690/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2581/2003] y AP de Jaén de 19 de septiembre de 2006 [LA LEY 242643/2006]), ni las otorgadas por silencio administrativo al no estar ajustada la solicitud a la legalidad (SSAP de Madrid de 15 de junio de 2004 [LA LEY 140831/2004], Toledo de 27 de marzo de 2006 [LA LEY 46912/2006] y Castellón de 30 de enero de 2006 [LA LEY 12256/2006]).

Suelos especialmente protegidos o no urbanizables

La condición de especial protección (supuestos del apartado 1.) o de no urbanizables (apartado 2.) son elementos jurídico normativos a verificar en el ámbito de la normativa administrativa urbanística o protectora del medio ambiente natural o cultural. Y así se ha considerado como dominio público el marítimo declarado como tal por la Ley de costas (STS 1067/2006, de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006]).

El RD-L 4/2000 liberalizando el sector inmobiliario, consideró urbanizables todos los terrenos salvo los expresamente reservados a otros usos por su valor natural, cultural, agrícola, ganadero, forestas e incluso se ha considerado «no urbanizable» el área reservada a equipamiento socio-cultural (STS 1675/2004, de 27 de septiembre [LA LEY 10121/2005]).

Aspecto subjetivo: errores de tipo o de prohibición

Con frecuencia se alega error de tipo o de prohibición, admitiendo la jurisprudencia el segundo como vencible aun cuando se trate de errores sobre elementos jurídico normativos del tipo que, de modo indirecto, también generan error de prohibición. En principio se ha considerado que no tiene sentido alegar ignorancia de la ley, si no alcanza al juego del error previsto en el art. 14 CP (1250/2001, de 26 de junio [LA LEY 6955/2001]), siendo difícil su existencia en un mundo tan intercomunicado como el actual (1067/2006, de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006]). Se ha llegado a considerar el error de tipo respecto a la condición de «no autorizable» (SAP de Madrid de 17 de octubre de 2005), pero de ordinario se rechaza la existencia de error ante la posibilidad de pedir información o asesoramiento al respecto o ser evidente la realidad jurídica (STS de 11 de marzo de 1996), presumiéndose el conocimiento de la ilegalidad al no haberse pedido la preceptiva licencia (SSAAPP de Sevilla, Sec. 3.ª, de 19 de noviembre de 2008 [LA LEY 241507/2008] y Cádiz, Sec. 1.ª, de 24 de septiembre de 2008 [LA LEY 308968/2008]), sin que pueda confundirse error de prohibición con error sobre la impunidad o la esperanza de una futura legalización (SSAAPP de Sevilla, Sec. 1.ª, de 29 de julio [LA LEY 203418/2008] y 11 de septiembre de 2008 [LA LEY 203449/2008], y Sec. 7.ª, de 12 de mayo de 2008 [LA LEY 205424/2008]), ni por el hecho de que existan otras edificaciones ilegales en la zona (SAP de Sevilla, Sec. 3.ª, de 14 de julio de 2008 [LA LEY 203924/2008]).

La STS 335/2009, de 6 de abril [LA LEY 30373/2009], ha considerado que no puede plantearse el error de prohibición en casación, si previamente no figuraba en el escrito de defensa como cuestión a debatir en el juicio oral, exigencia claramente contraria al derecho fundamental a una defensa técnica, que incluye no confesar previamente a las acusaciones la estrategia de defensa.

Consumación y tentativa

El término complejo «llevar a cabo» una construcción o edificación ha planteado dudas sobre el momento de consumación del delito: al iniciar las obras o más bien al culminarlas. Algunas Sentencias incurrían en el error de considerar que no puede existir tentativa, al ser un delito de «mera actividad», cuando es doctrina común que sí tal actividad es fraccionable en su fase ejecutiva sí cabe la tentativa. Pero dejando al margen tal cuestión, sobre el momento de la consumación la jurisprudencia ha considerado actos preparatorios impunes actividades de terraplenado y construcción de caminos, e incluso de pilares que luego no se utilizan al cesar las obras tras la denegación de licencia (SSAAPP de Zaragoza de 15 de junio de 1999, y Córdoba [LA LEY 41729/2003]), si bien la mayoría de las resoluciones se inclinan por considerar consumado el delito con la mera iniciación de las obras, estimando además otras Sentencias que se trata de un delito permanente, sin que el plazo de prescripción comience a correr hasta que no terminen dichas obras, momento en el que cesa la situación delictiva (por todas, STS 1182/2006, de 29 de noviembre [LA LEY 145069/2006]).

Autoría y participación

Se ha considerado inductor al beneficiario de la licencia ilegal, cooperadores necesarios a los funcionarios que concedieron la licencia y autor en régimen de comisión por omisión (art. 11) al celador que nada hizo por parar las obras, conociendo su ilegalidad (SAP de Baleares, Sec. 2.ª, de 23 de mayo de 2007).

Penalidad y demolición

La escasa entidad de la infracción urbanística (un voladizo de 1,82 m², en zona marítimo-terrestre), aconseja al sustitución de la pena privativa de libertad por la de trabajos a la comunidad (art. 88 CP) (1067/2006, de 17 de octubre [LA LEY 120019/2006]).

Sobre la demolición, que no es una pena accesoria sino una medida de reparación del daño —*reductio in pristinum*—, se ha considerado conforme a la previsión legal su carácter excepcional y la necesidad de motivación específica valorando las circunstancias en cada caso concreto (SSAAPP de Córdoba, Sec. 2.^a, de 2 de julio de 2008 [LA LEY 238802/2008], y de Cádiz, Sec. 4.^a, de 21 de enero de 2008 [LA LEY 93903/2008]), debiendo ajustarse el principio de proporcionalidad (SAP de Jaén, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2009 [LA LEY 32217/2009]) y careciendo de sentido cuan existen otras edificaciones en la zona o no altera la inicial configuración de la zona (SSAAPP de Cádiz, Sec. 1.^a, de 28 de enero de 2009 [LA LEY 31109/2009], de Jaén, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2009 [LA LEY 32217/2009], de Almería, Sec. 2.^a, de 16 de febrero de 2009 [LA LEY 50778/2009], y de Sevilla, Sec. 7.^a, de 24 de abril de 2009 [LA LEY 83564/2009], entre otras muchas).

Concurso de leyes

La STS 1182/2006, de 29 de noviembre [LA LEY 145069/2006], ha considerado mero concurso de normas el existente entre este precepto el delito previsto en el art. 325 (contra el medio ambiente), al ser el mismo bien jurídicamente protegida el inspirador de ambos delitos, por lo que se conculcaría el principio *non bis in idem* si se considerara concurso ideal delictivo.

Artículo 320.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 319, 404 y concordancias de ambos.

L 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local.

RDL 781/1986, Texto Refundido de las disposiciones vigentes de Régimen Local.

Bien jurídico

Este precepto protege el correcto funcionamiento de la administración pública urbanística, respetando la legalidad en el control de la ordenación y el uso del territorio, sin que justifique la ilegalidad la intención de conseguir un fin de interés público o beneficioso para el ciudadano (363/2006, de 28 de marzo [LA LEY 154860/2006]), si bien la integración de

una parcela privada al patrimonio público, contribuyendo a la integración social y de empleo de personas que sufren enfermedades mentales crónicas, ha llevado a no considerar evidente la ilegalidad de la resolución (SAP de Madrid, Sec. 16, de 24 de octubre de 2005 [LA LEY 288/2006]).

Elementos objetivos

Conducta típica

El presente artículo configura dos delitos distintos, el primero —apartado 1— en el que se criminaliza un acto preparatorio —el informe previo a la resolución— hasta ahora impune de un delito de prevaricación, y el segundo —apartado 2— que es una prevaricación específica, respecto a la genérica del art. 404.

La injusticia del informe es coincidente con la exigida en el delito de prevaricación, es decir, que no se ajuste a la norma aplicable sin lugar a dudas (1043/2004, de 27 de septiembre [LA LEY 10121/2005]), no siendo en cambio típico el informe de un arquitecto no relativo a la concesión de una licencia, sino la ejecución de un concreto instrumento de planificación urbanística (663/2005, de 23 de mayo [LA LEY 13908/2005]).

Existe esta específica prevaricación del apartado 2. si se concede la licencia —apartado 2 del presente artículo— en terrenos no edificables con conciencia de su ilegalidad (1440/2003, de 31 de octubre), no existiendo en cambio cuando los hechos no especifican los datos fácticos relativos a la obra que se autoriza mediante la concesión de la licencia, ni el alcance de la construcción (562/2009, de 28 de mayo [LA LEY 84771/2009]).

CAPÍTULO II

De los delitos sobre el patrimonio histórico

Artículo 321.

Los que derriben o alteren gravemente edificios singularmente protegidos por su interés histórico, artístico, cultural o monumental serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses y, en todo caso, inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a cinco años.

En cualquier caso, los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar, a cargo del autor del hecho, la reconstrucción o restauración de la obra, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 46, 148.1.16.^a y 149.1.28.^a.

CP: arts. 1, 263 y ss., 325 y ss., 289, 338 a 340, 357, 613, 625 y 626.

L 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español.

RD 111/1986, de 18 de marzo (modificado por el RD 64/1994, de 21 de enero), aprobando el Reglamento de la ley anterior.

L 23/1982, de 16 de junio, del Patrimonio Nacional.

RD 496/1987, 18 de marzo, aprobando el Reglamento de la ley anterior.

L 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Legislación autonómica protectora del patrimonio artístico, cultural, documental y de archivos y bibliotecas.

Los elementos constitutivos de este tipo penal son los siguientes: a) una acción de derribo o alteración grave, gravedad determinada por su importancia cuantitativa y relevancia cualitativa; b) recaída sobre un edificio, entendiéndose por tal el concepto del diccionario oficial; c) edificio «singularmente protegido por su interés histórico, artístico, cultural o monumental», cualidad que remite al art. 9.1 de la L 16/1985 y convierte este tipo en una ley penal en blanco, y d) concurrencia de dolo. Es un delito de resultado que admite la comisión por omisión y la atenuación derivada de la voluntaria reparación del daño. Como la referida Ley exige para alcanzar la «especial protección», bien que así lo haga la misma ley o mediante real decreto de forma individualizada, no es suficiente un decreto de la correspondiente comunidad autónoma (STS 1148/2004, de 25 de mayo [LA LEY 13595/2004]). Sobre la previa declaración del edificio como bien de interés cultural —singularmente protegido— se pronuncian también las SSAP de Cádiz de 17 de mayo de 2005, y de Burgos de 22 de julio de 2005.

El objeto material es un «edificio» y la acción ha de consistir en su derribo o en una pérdida sustancial de la forma o contenido de la fábrica originaria (SAP de Huelva de 18 de febrero de 2005 [LA LEY 2010345/2005]). Y si existen dudas sobre la relevancia cuantitativa y cualitativa de la alteración, han de redundar a favor del reo (SAP de Lugo, Sección 1.ª, de 25 de enero de 2005 [LA LEY 838/2005]).

Artículo 322.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el art. 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 320, 321, 404 y concordantes.

Si no hubo declaración individualizada de «edificio singular», es invariable esta agravación específica del delito de prevaricación (1148/2004 de 25 de mayo [LA LEY 13595/2004]).

Esta figura no admite la versión culposa prevista en el art. 331, al no admitirse la comisión de prevaricaciones culposas, salvo que de Jueces o Magistrados se trate (ATSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de febrero de 2003 [LA LEY 12487/2003]).

Artículo 323.

Será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, cultural, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos.

En este caso, los Jueces o Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 321 y concordantes.

Convenio para la salvaguardia del Patrimonio cultural inmaterial, en París el 3 de noviembre de 3003 (*BOE* de 5 de febrero de 2007).

Convenio sobre la protección del Patrimonio cultural subacuático, en París el 2 de noviembre de 2001 (*BOE* de 5 de marzo de 2009)

RD 582/1989, de 19 de mayo, que aprueba el Reglamento de bibliotecas públicas del Estado y del Sistema español de bibliotecas.

RD 620/1987, de 10 de abril, que aprueba el Reglamento de los museos de titularidad estatal y del sistema español de museos.

Ver también legislación autonómica incidente en la materia.

Elementos objetivos

La magnitud de los daños no supone problemas de tipicidad y el «valor histórico» no requiere un previo reconocimiento administrativo cual acaece con el «valor cultural» (STS 722/1995, 3 de junio, y SSAAPP de Huelva de 18 de febrero de 2005 [LA LEY 2010345/2005]) y de Cáceres, Sec. 2.ª, de 11 de noviembre de 2008 [LA LEY 221012/2008]).

Elementos subjetivos

No es necesario un ánimo específico de causar el daño, bastando con la presencia de un dolo genérico (722/1995 de 3 de junio).

Concurso de normas

Este precepto está en concurso de normas —art. 8 CP— con los previstos en los arts. 261.1.4.º y 571 y 574 CP. (SSAN, Sec. 1.ª, 69/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 248924/2008], y Sec. 2.ª, 4/2008, de 13 de octubre [LA LEY 248936/2008])

Artículo 324.

El que por imprudencia grave cause daños, en cuantía superior a 400 euros, en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimien-

tos arqueológicos, será castigado con la pena de multa de tres a 18 meses, atendiendo a la importancia de los mismos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 267, 321 a 323 y concordantes.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que se limita a sustituir la cifra de 50.000 ptas. por la de 400 euros, en vigor desde el 1 de octubre de 2004.

Han condenado por daños imprudentes las SSAP de Zamora de 17 de mayo de 2003 [LA LEY 1424615/2003], de Huelva de 18 de febrero de 2005 [LA LEY 2010345/2005] (daños en yacimiento arqueológico), y de Palencia de 8 de marzo de 2002 [LA LEY 4749/2002] (demolición de un edificio del Ayuntamiento sin retirar el archivo ni realizar inventario de los bienes depositados en el edificio). La no solicitud de licencia municipal, que hubiera reclamado el preceptivo permiso de la Consejería de Cultura, hubiera evitado el daño y su omisión es negligencia imputable al acusado (SAP de Pontevedra, Sec. 5.ª, de 25 de noviembre de 2008 [LA LEY 316653/2008]).

CAPÍTULO III

De los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

Artículo 325.

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a cuatro años, multa de ocho a 24 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, con incidencia, incluso, en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas, la pena de prisión se impondrá en su mitad superior.

2. El que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles, será castigado, además de con la pena que corresponda por el daño causado a las personas, con la prisión de dos a cuatro años.

Artículo modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que introdujo el apartado 2 (redundante con las previsiones generales de los delitos de lesiones y de los previstos en los arts. 341 a 345 CP), que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 45, 148.1.9.^a y 149.1.23.^a.

CP: arts. 1, 319, 321, 326 a 328, 331, 332, 341 y ss. y concordantes.

Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

L 27/2006, de 18 de julio, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE).

RDL 1/2008, de 11 de enero, aprobando el Texto Refundido de la Ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos. Ver también las Leyes de evaluación de impacto ambiental de las Comunidades Autónomas.

L 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente.

L 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y control integrados de la contaminación.

RD 509/2007, de 20 de abril, aprobando el Reglamento de la ley anterior.

L 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental.

RD 2090/2008, de 22 de diciembre, aprobando el Reglamento de la ley anterior.

L 45/4007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

L 42/2007, 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

L 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

D 2414/1961, de 30 de noviembre, aprobando el Reglamento sobre Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas.

Convenio sobre contaminaciones orgánicas persistentes de 22 de mayo de 2001 (*BOE*, 23 de junio de 2004).

Ténganse en cuenta también las normas generales autonómicas, que complementan las estatales, como la reciente Navarra L Foral 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental.

De espacios naturales:

L 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, modificada por las LL 40 y 41/1997, de 5 de noviembre.

RD 439/1990, de 15 de septiembre, conteniendo el Catálogo general de especies amenazadas.

OM de 9 de julio de 1998, ampliando la lista anterior.

L 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, reformada por las LL 40/1997, de 5 de noviembre, y 10/2006, de 28 de abril.

D 485/1962, de 22 de febrero, aprobando el Reglamento de Montes.

L 22/1973, de 21 de julio, de Minas.

RD 2857/1978, de 25 de agosto, aprobando el Reglamento general para el régimen de la minería.

L 6/1977, de 4 de enero, de fomento de la minería.

Ver también la legislación autonómica sobre la materia.

De protección del medio ambiente atmosférico:

L 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera.

Protocolo de Kioto al Convenio marco de Naciones unidas sobre cambio climático (*BOE* de 8 de febrero de 2005)

L 1/2005, de 4 de febrero, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, modificada por el RDL 5/2005, de 11 de marzo, y RD 1315/2005, de 4 de noviembre, que establece las bases de los sistemas de seguimiento y verificación de las emisiones de tales gases en las instalaciones incluidas en la ley. Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2005-2007, RD 1866/2004, de 6 de septiembre, modificado por los RR.DD. 60/2005, de 21 de enero, y 777/2006, de 23 de junio, y RD 1031/2007, de 20 de julio, regulando el marco de participación en los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto. RD 1370/2006, de 24 de noviembre, modificado por el 1402/2007, de 29 de octubre, aprobando el Plan Nacional de Asignación de derechos de emisión 2008-2012.

Convenio de 1979 sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia y Protocolo relativo a la reducción de la acidificación, de la eutrofización y del ozono en la troposfera de 30 de noviembre de 1999 (*BOE* de 12 de abril de 2005).

RD 117/2003, de 31 de enero, sobre limitación de emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes en determinadas actividades, modificado por el RD 227/2006, de 24 de febrero, en lo relativo a determinadas pinturas y barnices y en productos de renovación del acabado de vehículos.

RD 430/2004, de 12 de marzo, estableciendo nuevas normas sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, y se fijan ciertas condiciones de control de las emisiones a la atmósfera de las refinerías de petróleo. Plan Nacional de Reducción de Emisiones de las Grandes Instalaciones de Combustión existentes, aprobado por ORDEN PRE/77/2008, de 17 de enero.

RD 1796/2003, de 26 de diciembre, sobre el ozono en el aire ambiente.

Convenio sobre contaminación atmosférica transfronteriza a larga distancia de 1979 y Protocolos contra las emisiones de compuestos orgánicos volátiles y flujos transfronterizos (*BOE* de 19 de septiembre de 1997), reducciones adicionales de emisiones de azufre (*BOE* 24 de junio de 1998) y de acidificación, de la eutrofización y del ozono en la troposfera (*BOE* 12 de abril de 2005).

RD 61/2006, de 15 de septiembre, modificado por el 1027/2006, de 15 de septiembre, relativo al contenido de azufre de los combustibles para uso marítimo.

De residuos:

L 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, desarrollada por el RD 1378/1999, de 27 de agosto, que ha sido modificado por el RD 228/2006, de 24 de febrero.

Convenio de 22 de marzo de 1989 sobre el control de movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y de su eliminación (*BOE* de 20 de mayo de 1999)

RD 9/2005, de 14 de enero, estableciendo actividades potencialmente contaminantes del suelo, y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados.

RD 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertederos.

RD 1383/2002, 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil en relación con el almacenamiento de los componentes extraídos de los mismos, y RD 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre la gestión de neumáticos fuera de uso.

RD 679/2006, de 2 de junio, que regula la gestión de aceites industriales usados.

L 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases.

RD 782/1998, de 30 de abril, aprobando el Reglamento de la ley anterior, modificado por el RD 252/2006, de 3 de marzo, que además revisa los objetivos de reciclado y valorización establecidos por la ley.

Convención internacional de protección fitosanitaria, nuevo texto que modifica el aprobado en Roma el 6 de diciembre de 1951, procedente de las sesiones de noviembre de 1997 de la FAO (*BOE* de 22 de agosto de 2006).

RR.DD. 280/1994, de 18 de febrero, y 569/1990, de 27 de abril sobre límites máximos de residuos de plaguicidas y su control en determinados productos de origen vegetal y animal, cuyos anexos II modifican frecuentemente mediante OM de Presidencia.

RD 2163/1994, de 4 de noviembre, que implanta el sistema armonizado comunitario de autorización para comercializar y utilizar productos fitosanitarios, cuyos anexos se modifican mediante OM de Presidencia.

RD 824/2005, de 8 de julio, sobre productos fertilizantes.

RD 105/2008, de 1 de febrero, regulando la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición.

RD 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos.

De aguas continentales:

RDL 1/2001, de 20 de julio, aprobando el Texto Refundido de la Ley de aguas, modificado por el RD-L 4/2007, de 13 de abril.

RD 849/1986, de 11 de abril, aprobando el Reglamento de dominio público hidráulico.

RD 927/1988, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento de la Administración Pública del agua y de la planificación hidrológica.

Convenio sobre la protección y utilización de los cursos de agua transfronterizos y de los lagos internacionales de 17 de marzo de 1992 (*BOE* de 4 de abril de 2000).

RD-L 11/1995, de 28 de diciembre, estableciendo normas de tratamiento de aguas residuales urbanas y RRDD 509/1996 y 116/1998 desarrollándolo.

RD 1514/2009, de 2 de octubre, por el que se regula la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro.

RD 1620/2007, de 7 de diciembre, estableciendo el Régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas.

Orden MAM/3207/2006, de 25 de septiembre, aprobando la instrucción técnica complementaria de la MMA-EECC-1/06, determinaciones químicas y microbiológicas para el análisis de las aguas.

De aguas marítimas:

L 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

RD 1471/1989, de 1 de diciembre, aprobando el Reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley de Costas.

L9/2002, de 13 de diciembre, sobre medidas para buques tanque que transporten mercancías peligrosas y contaminantes.

RD 253/2004, de 13 de febrero, estableciendo medidas de prevención y lucha contra la contaminación en operación de carga, descarga y manipulación de hidrocarburos en el ámbito marino y portuario.

RD 2182/2004, de 12 de noviembre, creando el Centro para la Prevención y lucha contra la contaminación marítima y del litoral.

Convenio de Londres de 1972 sobre la prevención de la contaminación del mar por vertidos de desechos y otras materias, y Protocolo de 1996 que dispone nuevas medidas (*BOE* de 31 de marzo de 2006).

Código Internacional de gestión de la seguridad operacional del buque y la prevención de la contaminación —IGS— (*BOE* de 22 de mayo de 1998) y Enmiendas de 2004 (*BOE* de 16 de febrero de 2007).

Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques de 1973 (BOE de 17 y 18 de octubre de 1984) y enmiendas al anexo de los Protocolos de 1978 (BOE de 13 de febrero de 2007), de 1996 (BOE de 10 y 15 de julio de 1999) y de 1997 (BOE de 18 de octubre) de 4 de diciembre de 2003 (BOE de 29 de junio de 2005), de 1 de abril de 2003 (BOE de 28 de junio de 2005), de 15 de octubre de 2004 (BOE de 13 de febrero de 2007), de 2005 (BOE de 14 de febrero de 2007) y de 24 de marzo y 13 de octubre de 2006 (BOE 13 de marzo y 7 de julio de 2008).

Plan de Evaluación del estado del buque (BOE de 16 de julio de 2003) y Enmiendas de 2005 (BOE de 14 de febrero de 2007).

Convenio sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos para combustible de buques, en Londres el 23 de marzo de 2001 (BOE de 19 de febrero de 2008).

Convenio para la prevención de la contaminación marítima de origen terrestre de 11 de junio de 1974 (BOE de 21 de febrero de 1981).

Convenio para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación, en Barcelona el 16 de febrero de 1976, Protocolo contra la contaminación causada por fuentes y actividades situadas en tierra (BOE de 19 de mayo de 2008).

Protocolo de cooperación para prevenir la contaminación por los buques y combate de la contaminación el Mar Mediterráneo, en situaciones de emergencia de 25 de enero de 2002 (BOE 26 de julio de 2007).

Convenio para la protección del medio marino y la región costera del Mediterráneo, en Nairobi el 5 de diciembre de 2007 (BOE de 22 de enero de 2008).

Tratado Antártico sobre Protección del medio ambiente de 4 de octubre de 1991 y anejos (BOE de 18 de febrero de 1998 y de 16 de octubre de 2002).

Convenio para la Protección del medio ambiente marítimo del Atlántico del Noroeste de 22 de septiembre de 1997 (BOE de 24 de junio de 1998).

Contaminación acústica:

L13/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

RD 1367/2007, de 19 de octubre, desarrollando dicha ley.

Ver legislación autonómica y municipal sobre la materia.

Aspectos generales

Relevancia del medio ambiente como competencia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Sentencia de 13 de septiembre de 2005, ha anulado la Decisión marco 2003/80/JAI, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, pues considera que el art. 175 del Tratado de la Unión Europea tenía que haber sido el referente de tal decisión, que hubiera cambiado de contenido no limitando la competencia de la Unión para procurar una armonización del Derecho penal ambiental comunitario.

Requisitos típicos del apartado 1.

Como recuerdan las SSTS 81 y 916/2008, de 13 de febrero y 30 de diciembre, los requisitos típicos son los siguientes:

1.º De naturaleza objetiva: «provocación o realización directa o indirecta, de alguna de las actividades aludidas en el precepto (emisiones, vertidos, extracciones o excavaciones, aterramiento, residuos, vibraciones, inyecciones o depósitos), realizados sobre alguno de los elementos

del medio físico también enumerados (atmósfera, suelo, subsuelo, o aguas terrestres, marítimas o subterráneas)».

2.º «Infracción de una norma extrapenal, elemento normativo igualmente exigido de manera explícita en forma de contravención de alguna de las leyes o disposiciones normativas reguladoras de aquel tipo de actividades».

3.º «Creación de una situación de peligro grave para el bien jurídico protegido».

4.º «Las conductas descritas son punibles tanto si se realizan dolosamente como por imprudencia grave» (art. 331 CP).

Ne bis in idem y *actuaciones administrativas*

Precisamente de esta duplicidad de normas, administrativas y penales, se puede derivar y de hecho confluencias de procedimientos e incluso de resoluciones sobre los mismos hechos. Respecto a la posible conculcación del derecho a no declarar contra sí mismo, para quien antes de ser imputado en un procedimiento penal lo fue en otro administrativo sancionador, por los mismos hechos, se ha declarado que lo relevante a tales efectos es que se respete dicho derecho y los restantes relativos a todas las posibilidades de defensa y demás garantías en el proceso penal posterior, siendo intranscendente tal circunstancia (2184/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 1743/2002]).

Más consideraciones ha supuesto la elaboración de una doctrina jurisprudencial sobre el *ne bis in idem*. En primer lugar el TS ha considerado que si los hechos no son idénticos, porque los enjuiciados son más que los puntualmente objeto de sanción administrativa en un conjunto de continuas contaminaciones, no conculca tal principio la sanción penal por la globalidad (7/2002 de 19 de enero [LA LEY 3012/2002]). Por otra parte, frente a una interpretación muy estricta favorable a la anulación de la Sentencia condenatoria, por existir una previa sanción administrativa por los mismos hechos (STC 177/1999 de 11 de octubre), otras resoluciones posteriores (2/2003, de 16 de enero, y 52/2003, de 24 de febrero de 2003 [LA LEY 1118/2003]) han considerado que lo conforme a Derecho hubiera sido suspender el procedimiento administrativo por la preferente, suspensiva y devolutiva prejudicialidad penal, pudiendo procederse a una proporcional reducción de la posterior sanción penal, doctrina confirmada por el TEDH en S de 30 de julio de 1998 (Caso Oliveira) [LA LEY 11876/1998], considerando que el art. 4 del Protocolo 7 del CEDH «no se opone que dos jurisdicciones distintas conozcan de infracciones diferentes (...) y ello en menor medida en el caso en el que no ha tenido lugar un acumulación de pena sino la absorción de la más leve por la más grave» (STS 141/2008, de 8 de abril [LA LEY 26034/2008]).

Bien jurídico protegido

El medio ambiente, definido y consagrado constitucionalmente (art. 45 CE), está configurado y defendido de modo inmediato por las normas administrativas, siendo la protección penal una sobreprotección del bien jurídico, por imperativo constitucional, cuando además de la infracción administrativa se cumplan los elementos típicos, en particular, el peligro para la salud humana o para el equilibrio de los sistemas naturales. La subsidiariedad de la norma penal y la vigencia general de la intervención mínima de la misma, ha de presidir su interpretación, careciendo de sentido la elusión de tan elemental principio que parecen propiciar algunas Sentencias (1705/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8653/2001], y 7/2002, de 19 de enero [LA LEY 3012/2002]), en contra de otras que razonablemente lo mantienen (105/1999, de 27 de enero [LA LEY 2202/1999], y

2011/2001, de 5 de diciembre [LA LEY 1688/2002]), si bien lo relevante es atenerse al principio de legalidad en la interpretación del tipo penal (7/2002, de 19 de enero [LA LEY 3012/2002]).

Elementos objetivos

Delito de peligro

Se trata de un delito de peligro concreto o abstracto-concreto —hipotético—, en cuanto que se precisa verificar —probar— si la conducta contaminante produce o no riesgos graves para la salud de las personas o para el equilibrio de los sistemas naturales, y aun cuando finalmente se trate más de una cuestión teórica que práctica, frente a alguna resolución que configura el delito de peligro abstracto (442/2000, de 13 de marzo [LA LEY 7665/2000]), la mayoría exige prueba de la producción del resultado y considera el peligro concreto o abstracto-concreto respecto a dichos bienes (538/1992, de 3 de octubre, 1638/1994, de 26 de septiembre [LA LEY 1505/1995], 105/1999, de 27 de enero [LA LEY 2202/1999], y 822/1999, de 19 de mayo de 1999 [LA LEY 6976/1999], 2187/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 2840/2002], 96/2002, de 30 de enero [LA LEY 4084/2002], y 141/2008, de 8 de abril [LA LEY 26034/2008]). Si no existe daño ni riesgo no puede existir este delito, al ser por ejemplo inocuos los vertidos (301/1995, de 3 de abril [LA LEY 14462/1995]) aun cuando pueda considerarse constitutivo del de desobediencia extraer agua de una laguna para obtener salmuera, contra una orden expresa de la Delegación provincial de industria (822/1999 de 19 de mayo [LA LEY 6976/1999]). Si se generan daños —mortalidad de peces, por ejemplo— la existencia de peligro se patentiza (2298/2001, de 4 de diciembre [LA LEY 3096/2002]), pero si no se generan tales daños la existencia y gravedad del peligro para la salud de las personas o las condiciones naturales del ecosistema —suelo, aire, agua— que influyen por lo tanto en la gea, la fauna y la flora, habrá que inducirlo de la intensidad del acto contaminante, de la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo y, en definitiva, de la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., para lo que se precisa prueba pericial y que el Juez se asesore por expertos para obviar la inseguridad en la aplicación del tipo penal (849/2004, de 30 de junio [LA LEY 1822/2004]).

El peligro ha de ser de «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales» o un «riesgo de grave perjuicio (...) para la salud de las personas». El juicio de valor sobre la gravedad corresponde al órgano juzgador que, de no estimar la concurrencia de tal intensidad, declarará la absolución por consistir la infracción en un mero ilícito administrativo, y los referentes para emitir dicho juicio son «el espacio en que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, de los vertidos, emisiones, etc., a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o de elementos de consumo» (STS 916/2008, de 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008], que reitera las 194/2001, de 14 de febrero [LA LEY 3382/2001], y 96/2002, de 30 de enero [LA LEY 4084/2002]). Importa constatar el peligro y no la causalidad del daño si existiese, calibrándose su gravedad en función de la «importancia de las consecuencias», siendo trascendental a estos efectos la prueba pericial (942/2005, de 18 de julio [LA LEY 159940/2005], 81 y 916/2008, de 13 de febrero [LA LEY 17714/2008] y 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008]).

Conducta típica

La conducta está profusamente descrita pero, en definitiva, consiste en contaminar o dejar que otro contamine o en realizar conductas de explotación irracional de recursos naturales tales como

el agua subterránea, extracciones y excavaciones, habiéndose admitido en aplicación del art. 11 CP la comisión por omisión, al ser un delito de resultado aunque de peligro (SSTS 1638/1994, de 26 de septiembre [LA LEY 1505/1995], 105/1999, de 27 de enero [LA LEY 2202/1999], 1828/2002, de 25 de octubre [LA LEY 614/2003], 102/2005, de 4 de febrero, y 45/2007, de 24 de enero [LA LEY 1515/2007]), habiéndose condenado a un alcalde por considerarle incumplidor de su deber de intervención derivado de su posición de garante (1705/2001, de 29 septiembre [LA LEY 8653/2001], no admitiendo en cambio la versión omisiva cuando era patente su no equivalencia a la conducta activa (600/2009, de 5 de junio [LA LEY 99206/2009])).

Pero tales actos o fenómenos no son elementos naturales del tipo, sino que se convierten en jurídico normativos —ley penal en blanco— pues es la legislación administrativa la que definirá en cada caso si hay o no contaminación o explotación irracional (442/2000, de 13 de marzo [LA LEY 7665/2000], y 7/2002, de 19 de enero [LA LEY 3012/2002]). Si no hay infracción de normas administrativas, que es una *conductio sine qua non, sed non sufficiens* (condición necesaria aunque no suficiente), la conducta no será típica (688/2001, 27 de abril [LA LEY 7841/2001]). Si la infracción administrativa existe, pero los niveles de contaminación o la infracción administrativa realizada no tienen suficiente entidad para generar el peligro típico, procederá la absolución en el ámbito penal y su sanción en el administrativo (1411/2003, de 25 de octubre [LA LEY 150/2004], 1118/2005, de 26 de septiembre [LA LEY 184687/2005], y 916/2008, de 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008]).

El ATC de 31 de enero de 2005, que resuelve un recurso de súplica del Ministerio fiscal contra una providencia de inadmisión de un recurso de amparo relativo a la *contaminación atmosférica por ruido*, por coincidir con la doctrina del TEDH aun cuando se refiera al derecho a la intimidad (art. 18 CE) y no al medio ambiente (art. 45 CE), actualiza la cuestión de la contaminación acústica. En realidad, volviendo al carácter pluriofensivo de estos delitos de contaminación, es indudable que el ruido afecta efectivamente a la intimidad, pero también a la salud e integridad corporal (art. 15 CE, STC 119/2001, de 29 de mayo [LA LEY 3644/2001]) y la calidad de vida en general que incluye pluralidad de bienes jurídicos tradicionales (SSTC 22/1984, de 17 de febrero [LA LEY 8565-JF/0000], 137/1985, de 17 de octubre [LA LEY 10408-JF/0000], y 94/1999, de 31 de mayo [LA LEY 8094/1999]). En aplicación de este criterio han existido ya Sentencias condenatorias por contaminación ambiental por ruido, si bien la tendencia es a considerar tales supuestos como meras infracciones administrativas (SAP de Palencia de 9 de noviembre de 2000, condenatoria, revocada por la STS 52/2003, de 24 de febrero [LA LEY 1118/2003]; SAP de Valencia —Sección 4.ª— de 13 de noviembre de 2001 [LA LEY 994289/2001], AAP de Castellón —Sección 1.ª— de 3 de diciembre de 2004, SAP de Asturias —Sección 8.ª— de octubre de 2004 [LA LEY 1898057/2004], y SAP de Granada —Sección 2.ª— de 15 de enero de 2003 [LA LEY 2323/2003]).

La STS 52/2003, de 24 de febrero [LA LEY 1118/2003], acepta sin paliativos que el ruido sea un factor contaminante de la atmósfera, expresamente incluido en el presente artículo, recordando la 1828/2002, de 25 de octubre [LA LEY 614/2003], centrando el límite entre la infracción administrativa y la penal en el análisis de la entidad del daño potencial, suponiendo la primera un peligro abstracto pero no un peligro grave para los bienes jurídicos expresados en el art. 325, criterio que se reitera en las SS 849/2004, de 30 de junio [LA LEY 1822/2004], y 1091/2006, de 19 de octubre [LA LEY 129161/2006], y muy particularmente en la 327/2007, de 27 de abril [LA LEY 11592/2007], que recuerda cómo «las personas tienen derecho a que la porción del medio ambiente en el que viven una parte considerable de su vida esté protegido de todo ruido que no

pueda ser considerado socialmente adecuado, como los que están legal y reglamentariamente proscritos», recordando además que «tienen aptitud para producir grave perjuicio a la salud de las personas». Esta consagración del ruido como un factor contaminante que puede alcanzar el rango de delictivo, se ha confirmado también a través de las condenas por prevaricación, incluso continuada —art. 329 CP— de Alcaldes que no han intervenido remediando la situación contaminante, cuando eran conscientes de la misma (449/2003, de 24 de mayo [LA LEY 2419/2003], y 1091/2006, de 19 de octubre [LA LEY 129161/2006]).

Aspecto subjetivo

Este delito doloso también puede ser castigado en régimen de imprudencia grave (art. 331 CP), norma criticada por la doctrina, al castigar en versión culposa un delito de peligro, que no llega a lesionar el bien jurídico. Se considera que, normalmente, el dolo será eventual o de segundo grado, pues la finalidad no poner en peligro el medio ambiente sino desarrollar una actividad de ordinario industrial, si bien caben todas las versiones dolosas, debiendo en cualquier caso acreditarse «bien la intención, bien la representación del riesgo y continuación en la actuación» respecto al vertido, probándolo directa o indirectamente y reflejando en los hechos probados la concurrencia de dolo (1527 [LA LEY 10191/2003] y 1538/2002, de 24 de septiembre [LA LEY 427/2003], 486/2007, de 30 de mayo [LA LEY 79304/2007], y 916/2008, de 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008]).

Consumación

Al tratarse de un delito de peligro, que no requiere el acaecimiento de lesiones o daños, se consume con la constatación del peligro (2142/1993, de 5 de octubre [LA LEY 13469/1993]).

Concursos

Puede concurrir medial o idealmente con otros delitos de resultado lesivo, como los de daños o el de incendio (105/1999, de 27 de enero [LA LEY 2202/1999]). Ver este apartado en el comentario al delito urbanístico del art. 319 CP.

Responsabilidad civil

Cuando en los daños causados hayan influido otros vertidos, ajenos al del condenado, la fijación de la indemnización ha de ser prudencial atendiendo tal circunstancia (1269/2003, de 3 de octubre [LA LEY 155253/2003]). También la contaminación acústica genera responsabilidad civil, tanto en la cesación de la contaminación cuanto en la indemnización de los daños y perjuicios materiales y morales, en la cuantía que soberanamente fije el Tribunal (1091/2006, de 19 de octubre [LA LEY 129161/2006]).

Artículo 326.

Se impondrá la pena superior en grado, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código, cuando en la comisión de cualquiera de los hechos descritos en el artículo anterior concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- a) **Que la industria o actividad funcione clandestinamente, sin haber obtenido la preceptiva autorización o aprobación administrativa de sus instalaciones.**
- b) **Que se hayan desobedecido las órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior.**
- c) **Que se haya falseado u ocultado información sobre los aspectos ambientales de la misma.**
- d) **Que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración.**
- e) **Que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico.**
- f) **Que se produzca una extracción ilegal de aguas en período de restricciones.**

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325 y concordantes.

Clandestinidad de la industria o actividad

Frente a interpretaciones cercanas a la analogía *in malam partem*, vetada expresamente por el art. 4 CP, que han considerado clandestina la actividad que, aun no teniendo la autorización de vertido, la había solicitado y estaba pendiente de concesión (1638/1994, de 26 de septiembre [LA LEY 1505/1995]), la mayoría de las resoluciones y sobre todo las más recientes centran la clandestinidad en la actividad o industria en sí, que funciona sin autorización ni conocimiento de las administraciones competentes, y no en la carencia de autorización para el vertido, que consideran absorbida por la conducta básica (1583/2001 de 17 de septiembre [LA LEY 8930/2001] y 1705/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 8653/2001], 7/2002, de 19 de enero [LA LEY 3012/2002], 1200/2002, de 26 de junio [LA LEY 7363/2002], y 2031/2002, de 4 de diciembre [LA LEY 203325/2002], 388 y 693/2003, de 1 de abril [LA LEY 1858/2003], y 17 de mayo [LA LEY 1858/2003], 1500/2004, de 16 de diciembre [LA LEY 10562/2005], 875/2006, de 6 de septiembre [LA LEY 112239/2006], 141 y 916/2008, de 8 de abril [LA LEY 26034/2008] y 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008]).

Desobediencia

Concorre cuando el Ayuntamiento reiteradamente ha instado al acusado para que cambie los mecanismos, a fin de evitar que las sustancias alcanzaran una laguna (1638/1994, de 26 de septiembre [LA LEY 1505/1995]).

Deterioro irreversible o catastrófico

Será irreversible el daño en la naturaleza, cuando no pueda ser remediado por su propia capacidad regeneradora, precisándose la intervención del hombre, y catastrófico cuando su intensidad y extensión afecten a diversos elementos naturales, a la población humana y sean efectos persistentes; si las aguas se recuperan por la mera reducción de los vertidos a los límites legales, no concurrirá esta circunstancia (7/2002, de 19 de enero [LA LEY 3012/2002]). No se ha considerado concurrente la agravante cuando no se circunstancia la supuesta orden desobedecida (141/2008, de 8 de abril [LA LEY 26034/2008]) o resulta desproporcionada su aplicación «superando una aplicación meramente formalista de la agravación» cuando concurren las circunstancias de que

«el vertido no era tóxico» y «sobre todo por la pronta recuperación y regeneración del espacio medioambiental, superando los riesgos de una afectación superior a la gravedad por la duración de la afectación» (373/2009, de 8 de abril [LA LEY 40414/2009]).

Artículo 327.

En todos los casos previstos en los dos artículos anteriores, el Juez o Tribunal podrá acordar alguna de las medidas previstas en las letras a) o e) del art. 129 de este Código.

Artículo 328.

Serán castigados con la pena de prisión de cinco a siete meses y multa de 10 a 14 meses quienes estableciesen depósitos o vertederos de desechos o residuos sólidos o líquidos que sean tóxicos o peligrosos y puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325, 341 y ss., y concordantes.

L 10/1998, de 21 de abril, de residuos.

L 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se limita a sustituir la pena de arrestos de fin de semana por la de prisión y a rebajar la pena de multa que antes era de 18 a 24 meses, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Parece que este comportamiento, más levemente penado que el análogo del art. 325, se refiere a una conducta anterior a la de una efectiva contaminación generadora de peligro concreto (2187/2001, de 21 de diciembre [LA LEY 2840/2002]), sin que se exija infracción de normativa administrativa ambiental (291/2007, de 19 de marzo [LA LEY 11522/2007]), siendo esta otra diferencia con el tipo delictivo del art. 325 CP. Es más bien un peligro más abstracto, o si se prefiere un peligro de otro peligro más concreto, y así lo han estimado diversas resoluciones (1914/2000, de 12 de diciembre [LA LEY 743/2001], 215/2003, de 11 de febrero [LA LEY 11258/2003], y 875/2006, de 6 de septiembre [LA LEY 112239/2006]) al considerar que si los residuos depositados ponen en riesgos la contaminación del suelo o de las aguas subterráneas, por no ser estancos, el delito que se comete es el previsto en el art. 325. En cambio no se considera típico el depósito de excrementos de ganado en una fosa, si no se prueba su potencial perjuicio grave (328/2008, de 30 de diciembre [LA LEY 257242/2008]).

Artículo 329.

1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de

las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el art. 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses.

2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 320, 325 a 328, 404 y concordantes.

Cometen este delito, incluso en régimen de prevaricación continuada, los alcaldes que no intervienen para hacer cesar focos de contaminación acústica, siendo consciente de su existencia e ilegalidad (449/2003, de 24 de mayo [LA LEY 2419/2003], y 1091/2006, de 19 de octubre [LA LEY 129161/2006]). En cambio no lo comete el Alcalde que atendió el requerimiento de llevar a cabo las medidas correctoras en un plazo razonable ni hubo concesión de licencias manifiestamente ilegales (SAP de Barcelona, Sec. 7.ª, de 23 de mayo de 2008 [LA LEY 104650/2008]).

Artículo 330.

Quien, en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325, 326, 332, 338 y ss. y concordantes.

L 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de flora y fauna silvestres, modificada por las LL 40 y 41/1997, de 5 de noviembre.

Ver en cada caso la legislación estatal o autonómica declarando espacio protegido cada lugar.

Se trata de un delito de resultado lesivo, consistente en la causación de un daño grave, compuesto por dos elementos jurídico normativos: declaración de espacio natural protegido y elementos que hayan motivado su calificación (2011/2001, de 5 de diciembre [LA LEY 1688/2002]). Comete este delito el que tala «a hecho» o «matarrasa» una gran superficie de arbolado y de especies arbustivas en el Parque Natural de la Sierra de Baza, en concurso con delitos de prevaricación (autorización para la tala) y desobediencia (venta de la madera sana procedente de la tala, prohibida por la autoridad judicial) (STS 1318/2005, de 17 de noviembre). También el que cultiva arroz en un parque natural incompatible con dicho cultivo (876/2006, de 6 de noviembre [LA LEY 128735/2006]).

Artículo 331.

Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave.

Comete este delito el empresario que ordena a un tercero que se deshaga de unos bidones que contenían una sustancia tóxica como se indicaba en los propios bidones, y que fueron abandonados con riesgo público. La pena de inhabilitación no es en este caso accesoria sino principal —art. 325 CP— (1562/2000, de 9 de octubre [LA LEY 2667/2001]). No cometen este delito los propietarios de una reses que supuestamente enfermas y abandonadas beben aguas de consumo humano, si no se acredita la propiedad de las mismas y el padecimiento de la enfermedad (SAP de Madrid, Sec. 3.^a, de 28 de octubre de 2008 [LA LEY 249887/2008]).

CAPÍTULO IV**De los delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos****Artículo 332.**

El que con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.

Versión procedente de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325, 326, 330, 632 y concordantes.

L 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad.

L 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales y de la flora y la fauna silvestres, reformada por las LL 40 y 41/1997, de 5 de noviembre.

Convenio para la conservación de la vida silvestre y del medio natural en Europa, en Berna el 19 de septiembre de 1979 (*BOE* de 1 de octubre de 1986, 7 de junio y 5 de diciembre de 1988).

RD 439/1990, de 15 de septiembre, que contiene el catálogo general de especies amenazadas, cuyos anexos se modifican mediante frecuentes órdenes ministeriales.

OM 9 de julio de 1998 ampliando dicha relación.

RD 1421/2006, de 1 de diciembre, estableciendo medidas para garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres.

LRC: art. 2.1.f).

Convenio de Washington (CITES) de 3 de marzo de 1973 (*BOE* de 30 de julio de 1986 y 10 de agosto de 1991), modificado en Gijón el 20 de abril de 2000 y en Bangkok el 14 de octubre de 2004 (*BOE* de 21 de febrero de 2007), sobre el Comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres.

Reglamento (CEE) 3626/1982, de 3 de diciembre, sobre la misma materia.

RD 1333/2006, de 21 de noviembre, regulando el destino de los especímenes decomisados de las especies amenazadas de fauna y flora silvestre protegidas mediante el control de su comercio.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se limita a reducir el tope mínimo de la pena de prisión de *seis* a cuatro meses. La misma reforma ha añadido al rótulo del capítulo el último inciso: *animales domésticos*. Esta reforma entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

La SAP de Soria de 13 de mayo de 2008 [LA LEY 156971/2008] considera que la condición de especie amenazada no basta con se sea formal (inclusión en el correspondiente Catálogo), sino también real.

Artículo 333.

El que introdujera o liberara especies de flora o fauna no autóctona, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses.

Versión procedente de la LO 15/2003, que entró en vigor del 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 332 y concordancias.

RD 58/2005, de 21 de enero, modificado por el RD 471/2006, de 21 de abril, y por las OO.MM. APA/4139/2005, de 23 de diciembre, 725 y 1242/2006, de 10 de marzo y 26 de abril, por el que se adoptan medidas de protección contra la introducción y difusión en el territorio nacional y de la Comunidad Europea de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se limita a reducir el tope mínimo de la pena de prisión de *seis* a cuatro meses, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Artículo 334.

1. El que cace o pesque especies amenazadas, realice actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de fauna silvestre, comercie o trafique con ellas o con sus restos será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cuatro años.

2. La pena se impondrá en su mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

Versión procedente de la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 332, concordantes y concordancias.

L 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca marítima del Estado.

RD 747/2008, de 9 de mayo, aprobando el Reglamento del régimen sancionador en materia de pesca marítima en aguas exteriores.

RD 1415/2005, de 25 de noviembre, por el que se regula la pesca del coral rojo y su primera venta, y OM APA/1592/2006, de 18 de mayo, reguladora del procedimiento de autorización.

Acuerdo sobre la conservación de cetáceos del Mar Negro, el Mar Mediterráneo y la Zona Atlántica contigua, en Mónaco el 24 de noviembre de 1996 (*BOE* de 23 de junio de 1999).

RD 1727/2007, de 21 de diciembre, estableciendo medidas de protección de los cetáceos.

L de 20 de febrero de 1942 de pesca fluvial.

L 1/1970, de 4 de abril, de caza.

RD 1095/1989, de 8 de septiembre, declarando las especies objeto de caza y pesca y estableciendo normas para su protección.

RD 1118/1985, de 15 de septiembre, sobre especies comercializables objeto de caza y pesca.

L 31/2003, de 27 de octubre, de conservación de la fauna silvestre en los parques zoológicos.

Ver normativa autonómica aplicable, en su caso, a la materia.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se limita a reducir el tope mínimo de la pena de prisión de *seis* a cuatro meses, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Las especies típicas son las «amenazadas», no las catalogadas como de «interés especial» o «protegidas» por su valor «científico, ecológico, cultural o por su singularidad» (829/1999, de 19 de mayo [LA LEY 6814/1999]). Se separa aparentemente de este criterio la STS 589/2002, de 27 de marzo [...], pero en realidad se mantiene la condena por no haber incluido el recurrente este motivo en el recurso. En igual sentido se pronuncian abundantes Sentencias de AA.PP. Es irrelevante que la especie amenazada haya nacido en libertad o en cautividad (SAP de Barcelona de 8 de abril de 2002). Es atípica la conducta de cazar con carencia de permiso administrativo, si la especie cazada no está amenazada (SAP de Soria de 23 de enero de 2008 [LA LEY 91290/2008]).

La mera tenencia no constituye acción típica consumada, aun cuando esté preordenada al tráfico, pues para que exista tráfico o comercio hace falta traslado, transferencia o circulación de la posesión a terceros (2227/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 933/2002]). Si es delictivo cualquier tráfico de animales catalogados, salvo que su destino sean centros zoológicos, instituciones científicas o afines, de acuerdo con lo previsto en el RD 1881/1994 (SAP de Madrid, Sec. 6.ª, de 13 de febrero de 2008 [LA LEY 72008/2008]), pero sólo se considerará cometido en grado de tentativa, si las crías de halcón peregrino fueron intervenidas por la Guardia civil antes de proceder a su tráfico (2227/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 933/2002]).

Parece que respecto al delito previsto en el apartado f) del art. 2.1 de la LC, se produciría un mero concurso de leyes, al ser idéntico bien jurídico protegido.

Artículo 335.

1. El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, cuando esté expresamente prohibido por las normas específicas sobre su caza o pesca, será casti-

gado con la pena de multa de ocho a 12 meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de dos a cinco años.

2. El que cace o pesque especies a las que se refiere el apartado anterior en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años, además de las penas que pudieran corresponderle, en su caso, por la comisión del delito previsto en el apartado 1 de este artículo.

3. Si las conductas anteriores produjeran graves daños al patrimonio cinegético de un terreno sometido a régimen cinegético especial, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de cazar y pescar por tiempo de dos a cinco años.

4. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando las conductas tipificadas en este artículo se realicen en grupo de tres o más personas o utilizando artes o medios prohibidos legal o reglamentariamente.

Versión procedente de la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 334 y concordantes.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La versión anterior, cuya constitucionalidad estaba cuestionada por el TS (cuestión de inconstitucionalidad 4196/2002, *BOE* de 10 de diciembre de 2002), decía lo siguiente:

«El que cace o pesque especies distintas de las indicadas en el artículo anterior, no estado expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses».

Constituye una mera infracción administrativa la caza o captura de especies que en general esté permitida por la ley, hay cuando el sujeto no goce de la licencia o autorización específica para tal práctica (SSTS 1302/2000, de 8 de febrero [LA LEY 5217/2000], 1726/2002, de 22 de octubre [LA LEY 125/2003] y 187/2006, de 23 de febrero [LA LEY 511/2006]). La STS 1826/2000, de 22 de noviembre [LA LEY 125/2003] parece inclinarse por una interpretación menos benigna, castigando a quien cazó en Andalucía una hembra y una cría de cabra montés. La SAP de Toledo, Sec. 1.ª, de 19 de febrero de 2008 [LA LEY 30986/2008], recuerda que la especie no protegida ha de estar prohibida su caza de modo expreso.

El apartado 2 se ha considerado sistemáticamente extravagante, por su carácter patrimonialista ajeno a la protección de los intereses colectivos propios de este título. La causación de daños cinegéticos al dueño del terreno merece la consiguiente indemnización (SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 29 de septiembre de 2008 [LA LEY 221154/2008]). La SAP de Soria de 23 de enero de 2008 [LA LEY 91290/2008], realizando una interpretación estricta de este apartado 2, conforme a las SSTS 1826/2000, de 8 de febrero [LA LEY 5217/2000], y 22 de noviembre [LA LEY 256/2001] (en igual sentido la 1726/2000, de 22 de octubre), considera que la prohibición

no deviene por el hecho de cazar en un espacio ajeno o para el que no se tiene permiso, sino de la naturaleza del animal cazado que tiene que estar incluido en la descripción del apartado 1 de este artículo. Las dudas al respecto deben interpretarse restrictivamente a favor del acusado (SAP de Madrid, Sec. 26.ª, de 21 de enero de 2009 [LA LEY 22765/2009])

Es típica la conducta de cazar aves excluidas de las que puedan ser objeto de caza o prohibidas por estar en vigor el período de veda por la Ley de caza de Aragón, y además merece la agravación del apartado 4. por el empleo de artes o medios prohibidos, como son los lazos y los cepos no amortiguados (SAP de Huesca de 18 de febrero de 2008 [LA LEY 28648/2008]).

Diversas Sentencias, citadas por la de la AP de Tarragona, Sec. 2.ª, de 19 de enero de 2009 [LA LEY 8340/2009], consideran que no se conculca el principio acusatorio que se termine condenando por este precepto al que venía acusado por el delito del art. 334.

Artículo 336.

El que, sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva para la fauna, será castigado con la pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a 24 meses y, en todo caso, inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de uno a tres años. Si el daño causado fuera de notoria importancia, se impondrá la pena de prisión antes mencionada en su mitad superior.

Versión procedente de la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 335 y concordantes.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003, que se limitó a reducir el tope mínimo de la pena de prisión de *seis* a cuatro meses y a introducir la pena de inhabilitación especial, antes prevista en el modificado artículo siguiente. Entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2.ª) ha condenado a España por incumplir la Directiva 79/409 CEE sobre conservación de aves silvestres, que limita el empleo de la «liga» (*parany* en la Comunidad Valenciana) a la captura de aves en pequeñas cantidades, considerando que el empleo de dicha técnica para la caza de «zorzales alirrojos» viene superando dicho límite. Una nueva condena por S de 9 de mayo de 2005 [LA LEY 130676/2005], por incumplir la misma normativa, la acordó el mismo Tribunal por la práctica de la caza en «contrapasa» (durante el regreso de la paloma torcaz a los lugares de cría y nidificación (migración prenupcial) que se practica en Guipúzcoa.

Se ha considerado como medio similar al veneno, el empleo del «lazo» para cazar jabalíes (SS.AA.PP. de Tarragona de 22 de febrero de 2000 [LA LEY 8597/2000], Asturias de 29 de octubre 2001 y Huesca de 11 de octubre de 2001). También la utilización en la caza de aves del método «de barraca con liga» (SAP de Tarragona, Sec. 4.ª, de 3 de diciembre de 2007 [LA LEY 287775/2007]) y la fijación de varillas en los árboles con un producto tóxico que permite atrapar

las aves, por ser un método masivo de caza que causa daños funcionales a las aves e incluso la muerte (SAP de Tarragona, Sec. 2.^a, de 4 de febrero de 2008 [LA LEY 25314/2008]). En cambio, no se han considerado asimilables al veneno el empleo de luz artificial (SS.AA.PP. de Cáceres de 20 de noviembre de 1998 [LA LEY 1199466/1998] y Teruel de 10 de noviembre de 1997) o de redes (SSAP de Badajoz de 9 y 10 de junio, 19 de octubre y 2 de noviembre de 1998), ni el «cepo» se ha considerado atípico por no tratarse de «un medio de caza indiscriminado ni repercute en la fauna» (SAP de Tarragona, Sec. 4.^a, de 18 de julio de 2008 [LA LEY 225653/2008]).

Constituye una mera infracción administrativa la caza o pesca de especies autorizadas en lugares, momentos, cantidad o modos no permitidos (SAP de Tarragona, Sec. 4.^a, de 18 de julio de 2008 [LA LEY 225653/2008]).

Artículo 337.

Los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico serán castigados con la pena de prisión de tres meses a un año e inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales.

Versión procedente de la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 631 y 632.

Directivas de la CEE 86/609, 74/577, 77/489 y 79/409 respectivamente relativas a los animales de experimentación, aturdimiento de animales previo a su sacrificio, transporte internacional de animales y protección de las aves.

Convenio europeo para la protección de animales vertebrados utilizados para fines experimentales u otros fines científicos de 22 de junio de 1998 y Protocolo de enmienda de 1 de julio de 2003 (BOE de 9 de diciembre de 2005).

L 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio.

Ver en su caso la legislación autonómica sobre la materia.

Versión procedente de la reforma introducida por la LO 15/2003 que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La versión anterior era la siguiente:

«En los supuestos previstos en los tres artículos anteriores, se impondrá además a los responsables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar por tiempo de tres a ocho años».

Se ha considerado típica la conducta de ahorcamiento de un perro y posterior aplastamiento contra el suelo cuando aun no había muerto, constituyendo delito conforme a este precepto y no mera falta (SAP de Zamora, 12 de diciembre de 2008 [LA LEY 274459/2008]), también el apaleamiento de un gato hasta causarle la muerte, debiendo indemnizarse a la propietaria con 600 euros por daños morales (SJP 20 de Barcelona, de 9 de mayo de 2008 [LA LEY 132309/2008]).

Se ha absuelto en cambio al que propinó una patada al perro de una vecina (SAP de Valencia, Sec. 1.ª, de 22 abril 2008 [LA LEY 67897/2008]).

La tenencia y empleo de gallos de pelea se ha considerado falta del art. 632.2 CP, por no concurrir el elemento típico de «maltratar personalmente a un animal, ensañándose con él hasta matarlo o herirlo gravemente» (SAP de Valencia, de 3 de abril de 2009 [LA LEY 74333/2009]).

CAPÍTULO V

Disposiciones comunes

Artículo 338.

Cuando las conductas definidas en este título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 330 y concordantes.

Conculcaría la prohibición del *non bis in idem* sancionador aplicar esta agravante al castigado por delito urbanístico del art. 319.1 por edificar en un lugar no urbanizable, destinado al uso agrícola extensivo de especial protección, ubicado en un Parque natural (SAP de Cádiz, Sec. 8.ª, de 24 de noviembre de 2008 [LA LEY 258199/2008]).

Artículo 339.

Los Jueces o Tribunales, motivadamente, podrán ordenar la adopción, a cargo del autor del hecho, de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 109, 110, 129.

Esta medida cautelar puede adoptarse exigiendo la restauración al responsable civil subsidiario, en este caso la Junta de Andalucía, a tenor de la naturaleza de los hechos y del carácter del bien afectado (1318/2005, de 17 de noviembre [LA LEY 130/2006]).

Artículo 340.

Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 21.5.^a.

La demolición de lo construido supone la restauración del equilibrio ecológico perturbado (SAP de Jaén, Sec. 2.^a, de 21 de enero de 2008 [LA LEY 89277/2008]). Esta atenuación puede apreciarse en su caso como muy cualificada, rebajando en un grado la pena, cual fue el caso de la clausura del vertedero ilegal antes de la presentación de la querrela (1183/2003, de 23 de septiembre [LA LEY 251/2004]).

TÍTULO XVII**DE LOS DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD COLECTIVA****CAPÍTULO I****De los delitos de riesgo catastrófico****SECCIÓN 1.^a**

De los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes

Artículo 341.

El que libere energía nuclear o elementos radiactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325.2, 342 a 345 y Disp. Derogatoria 1.f).

L 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear, modificada por la L 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional.

L 15/1980, de 22 de abril, que crea el Consejo de seguridad nuclear, modificada 33/2007, 7 de noviembre.

RRDD 1157/1982, de 30 de abril, 2209/1995, de 28 de diciembre, y 469/2000, de 7 de abril, reguladores del Estatuto orgánico de dicho consejo.

RD 1836/1999, de 3 de diciembre, modificado por el 35/2008, de 18 de enero, que aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y Radiactivas.

RD 2967/1979, de 7 de diciembre, sobre ordenación en el ciclo del combustible nuclear.

RD 1464/1999, de 17 de septiembre, sobre actividades de la primera parte del ciclo de combustible nuclear, modificado por la OM ITC/2821/2005, de 7 de septiembre.

Convención de Seguridad Nuclear, en Viena el 20 de septiembre de 1994 (BOE de 30 de septiembre de 1996).

Convención conjunta sobre seguridad en la gestión del combustible gastado y sobre seguridad en la gestión de desechos radiactivos, en Viena el 5 de septiembre de 1997 (BOE de 23 de abril de 2001).

Código internacional para la seguridad del transporte de combustible nuclear irradiado, plutonio y desechos de alta actividad en bultos a bordo de los buques (Código CNI) de 1971 (*BOE* de 14 de septiembre y 26 de octubre de 2001), de obligado cumplimiento en virtud del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar de 1974, y enmiendas de 2001 a dicho Código CNI (*BOE* de 26 de septiembre de 2005) y de 2004 (*BOE* de 14 de febrero de 2007).

RD 158/1995, de 3 de febrero, sobre protección física de los materiales nucleares.

RD 2088/1994, de 20 de octubre, sobre vigilancia y control de los traslados de residuos radiactivos entre estados europeos.

RD 783/2001, de 6 de julio, que aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes.

RD 815/2001, de 13 de julio, sobre justificación del uso de las radiaciones ionizantes para la protección radiológica de las personas con ocasión de exposiciones médicas.

RD 413/1997, de 21 de marzo, sobre protección operacional de los trabajadores externos con riesgo de exposición a radiaciones ionizantes por intervención en zona controlada.

RD 229/2006, de 24 de febrero, sobre el control de fuentes radiactivas encapsuladas de alta actividad y fuentes huérfanas.

RD 348/2001, de 4 de abril, sobre comercialización de productos tratados con radiaciones ionizantes.

RD 1546/2004, de 25 de junio, que aprueba el Plan Básico de Emergencia Nuclear y Acuerdo del Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006 (*BOE* de 21 de julio) aprobando los Planes Directores correspondientes a los Planes de Emergencia Nuclear Exteriores a las Centrales Nucleares. Modificado por RD 1428/2009 de 11 de septiembre.

Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, en Nueva York el 13 de abril de 2005 (*BOE* de 19 de junio de 2007).

Artículo 342.

El que, sin estar comprendido en el artículo anterior, perturbe el funcionamiento de una instalación nuclear o radiactiva, o altere el desarrollo de actividades en las que intervengan materiales o equipos productores de radiaciones ionizantes, creando una situación de grave peligro para la vida o la salud de las personas, será sancionado con la pena de prisión de cuatro a diez años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 341 y concordancias.

Artículo 343.

El que exponga a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad, salud o bienes, será sancionado con la pena de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a diez años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 341 y concordancias.

Artículo 344.

Los hechos previstos en los artículos anteriores serán sancionados con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave.

Artículo 345.

1. El que se apodere de materiales nucleares o elementos radiactivos, aun sin ánimo de lucro, será sancionado con la pena de prisión de uno a cinco años. La misma pena se impondrá al que sin la debida autorización facilite, reciba, transporte o posea materiales radiactivos o sustancias nucleares, trafique con ellos, retire o utilice sus desechos o has uso de isótopos radiactivos.

2. Si la sustracción se ejecutara empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior.

3. Si el hecho se cometiera con violencia o intimidación en las personas, el culpable será castigado con la pena superior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8, 234, 237 y 238.

SECCIÓN 2.^a*De los estragos***Artículo 346.**

1. Los que, provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivo, o la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de un mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio malicioso de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental incurrirán en la pena de prisión de 10 a 20 años, cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas.

2. Cuando no concurriere tal peligro, se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este Código.

3. Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido.

Redactado de acuerdo con la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Dicha reforma añadió al apartado 1 la «perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental» y reagrupó en los actuales tres apartados su contenido.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 265 y 266.

LPPNA (§ 2.4): art. 13.

CPM: art. 58.

El apartado 1 de este artículo tiene dos requisitos: la utilización de instrumentos de gran poder destructivo y la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas. Es un delito de doble naturaleza de resultado y lesión —daños materiales— y de peligro, que admite las formas imperfectas (136/2006, de 15 de febrero [LA LEY 399/2006]). El riesgo para las personas, diferencia específica del delito de daños, es un peligro abstracto (12376/1998, de 24 de octubre [LA LEY 1001/1999]), más bien abstracto-concreto al precisar verificación, al configurarlo como «necesario y concreto» (73/1999, de 8 de marzo [LA LEY 2955/1999], y 2201/2001, de 6 de marzo de 2002 [LA LEY 4997/2002]), aun cuando afecte sólo a personas indeterminadas (538/2000, de 25 de abril [LA LEY 8300/2000]), cumpliéndose en el supuesto de colocación de un coche bomba en un lugar con afluencia de público (963/2004, de 23 de julio [LA LEY 13508/2004]), de lanzar granadas sobre los depósitos de una refinería estando cerca uno de los empleados (349/2002, de 22 de febrero [LA LEY 40725/2002]) y de provocar la explosión de un edificio habitado (278/2005, de 2 de marzo [LA LEY 1332/2005]). También se han considerado típicas la explosión derivada de una escape deliberado de gas butano, destrucción de un edificio aunque parcial —dos pisos— y causación de un peligro para la vida e integridad de las personas, acreditado en las lesiones sufridas por la víctimas (30/2001, de 17 de enero [LA LEY 15418/2001]), la causación de daños con explosivos en una oficina pública (417/1996, de 14 de mayo [LA LEY 6455/1996]), la voladura con gasolina de un emisor de TV (1669/1993, de 2 de julio [LA LEY 33822-JF/0000]), y el varamiento de nave con explosión para cobrar el seguro concurrente con una tentativa de estafa (956/1995, de 3 de octubre [LA LEY 14748/1995]), considerándose sólo estafa un caso análogo por existir sólo intención de defraudar (1669/1993, de 2 de julio [LA LEY 33822-JF/0000]).

Artículo 347.

El que por imprudencia grave provocare un delito de estragos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

SECCIÓN 3.^a

De otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes

Artículo 348.

1. Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de seis a doce años.

2. Los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos que puedan causar estragos que, contraviniendo la normativa en materia de explosivos, hayan facilitado su efectiva pérdida o sustracción serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de seis a doce años.

3. Las penas establecidas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando se trate de los directores, administradores o encargados de la sociedad, empresa, organización o explotación. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

4. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años los responsables de las fábricas, talleres, medios de transporte, depósitos y demás establecimientos relativos a explosivos que puedan causar estragos, cuando incurran en alguna o algunas de las siguientes conductas:

a) Obstaculizar la actividad inspectora de la Administración en materia de seguridad de explosivos.

b) Falsear u ocultar a la Administración información relevante sobre el cumplimiento de las medidas de seguridad obligatorias relativas a explosivos.

c) Desobedecer las órdenes expresas de la Administración encaminadas a subsanar las anomalías graves detectadas en materia de seguridad de explosivos.

Artículo modificado por la LO 4/2005, de 10 de octubre (en vigor desde el 12 de octubre de 2005), que también reformó el rótulo de la sección (añadiendo el término «explosivos»), siendo la antigua redacción:

«Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieran las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años.»

CONCORDANCIAS

CP: arts. 325 y ss.

Protocolo sobre cooperación, preparación y lucha contra los sucesos de contaminación por sustancias nocivas y potencialmente peligrosas, en Londres el 15 de marzo de 2000 (*BOE* de 23 de agosto de 2006).

Acuerdo europeo sobre transporte internacional de mercancías peligrosas por carretera, en Ginebra el 30 de septiembre de 1957 (*BOE* de 10 de junio de 1997, 16 de diciembre de 1998, 4 de agosto de 2003 y 21 de enero de 2005).

RD 1196/2003, de 19 de septiembre, aprobando la Directriz básica de protección civil ante el riesgo de accidentes graves con sustancias peligrosas.

RD 230/1998, de 16 de febrero, modificado por el RD 277/2005, de 11 de marzo, que aprueba el Reglamento de explosivos, con Instrucciones técnicas complementarias modificadas por diversas órdenes ministeriales.

RD 412/2001, de 20 de abril, sobre transporte de mercancías peligrosas por ferrocarril, con anexos modificados por diversas órdenes ministeriales.

RD 1749/1984, de 1 de agosto, que aprueba el Reglamento sobre transporte de mercancías peligrosas por vía aérea, con Instrucciones técnicas modificadas mediante órdenes ministeriales.

RD 1253/1997, de 24 de julio, sobre transporte por vía marítima.

RD 210/2004, de 6 de febrero, sobre tráfico marítimo.

RD-L 9/2002, de 13 de diciembre, sobre buques tanque que transporten mercancías peligrosas o contaminantes.

RD 551/2006, de 5 de mayo, sobre transporte de mercancías peligrosas por carretera.

RD 653/2003, de 30 de mayo, sobre incineración de residuos.

Artículo 349.

Los que en la manipulación, transporte o tenencia de organismos contravinieren las normas o medidas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para el empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 348 y concordantes.

L 9/2003, de 25 de abril, sobre utilización de organismos modificados genéticamente

L 43/2002, de 20 de noviembre, modificada por L 9/2003, de 30 de diciembre, de sanidad vegetal.

RD 401/1996, de 1 de marzo, estableciendo condiciones para introducir en territorio nacional determinados organismos nocivos, vegetales, productos vegetales y otros objetos, con fines científicos de selección de variedades.

RD 58/2005, de 21 de enero, modificado por RD 471/2006, de 21 de abril, regulando la introducción en territorio nacional y de la Unión Europea de organismos nocivos para los vegetales o productos vegetales, y la exportación y tránsito hacia terceros países, con anexos modificados mediante órdenes ministeriales.

Artículo 350.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 316, incurrirán en las penas previstas en el artículo anterior los que en la apertura de pozos o excavaciones, en la construcción o demolición de edificios, presas, canalizaciones u obras análogas o, en su conservación, acondicionamiento o mantenimiento infrinjan las normas de seguridad establecidas cuya inobservancia pueda ocasionar resultados catastróficos, y pongan en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 316, 348, 328 a 331, 350 y concordantes.

RD 863/1995, de 2 de abril, aprobando el Reglamento general de normas básicas de seguridad minera.

L 31/1995, de 8 de noviembre, modificada por L 54/2003, de 12 de diciembre, sobre prevención de riesgos laborales.

CAPÍTULO II**De los incendios****SECCIÓN 1.ª***De los delitos de incendio***Artículo 351.**

Los que provocaren un incendio que comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas, serán castigados con la pena de prisión de diez a veinte años. Los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendidas la menor entidad del peligro causado y las demás circunstancias del hecho.

Cuando no concurra tal peligro para la vida o integridad física de las personas, los hechos se castigarán como daños previstos en el art. 266 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 266, 346, 352, 358, 571, 573 y 577.

CPM: arts. 57, 58, 73 y 177.2.

LPPNA (§ 2.4): arts. 13 y 40.2.

RD 22/2004, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra los incendios en los establecimientos industriales.

El párrafo segundo fue introducido por LO 7/2000, de 22 de diciembre.

Aspectos generales

Tipo básico

La Sentencia 753/2002, de 26 de abril [LA LEY 5951/2002], recoge la doctrina unánime de la Sala Segunda respecto al tipo básico del delito de incendios, estableciendo como elementos necesarios para su comisión en la descripción típica que introduce innovadoramente el vigente Código, los siguientes: a) la acción de prender fuego a una cosa, sea propia o ajena; y b) el que ese fuego provocado ocasione un peligro para la vida o la integridad física de las personas. (STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007]).

Bien jurídico protegido

Estamos, continúa la Sentencia, ante un delito que la jurisprudencia, contra la opinión de una parte de la doctrina científica, unánimemente considerada de peligro abstracto, siendo el bien jurídico tradicionalmente protegido tanto el patrimonio como la vida e integridad personal, ya de personas concretas como potenciales (STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007] y STS 560/2009, de 27 de mayo [LA LEY 92059/2009]). Tratándose asimismo de infracción, no de mera actividad, sino de resultado, porque es el resultado de la acción, la producción del incendio, lo que la convierte en peligrosa o, en todo caso, de peligro abstracto en el que «el incendio es el medio generador de un peligro» (Sentencia 1342/2000, de 18 de julio [LA LEY 11185/2000 y Auto 411/2007, de 1 de marzo [LA LEY 8800/2007]). Carácter abstracto que incluso se habría visto acentuado en el Código Penal de 1995, con el art. 351, «(...) *en la medida que se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor*» (Sentencias 1457/1999, de 2 de noviembre [LA LEY 1230/2000]; así como las 991/2000, de 7 de junio [LA LEY 8841/2000], y 384/2000, de 13 de marzo [LA LEY 6565/2000], 1208/2000, de 7 de julio [LA LEY 10836/2000], 2201/2001, de 6 de marzo de 2002 [LA LEY 4997/2002]). La SAP de La Rioja 268/2005, de 26 de mayo, afirma que este tipo penal constituye un delito de peligro en abstracto, aunque de naturaleza concreta, no de mera actividad sino de resultado, porque el mismo está constituido por el incendio que es lo que convierte el hecho en peligroso, de modo que su punición descansa no sólo en la cuantía del daño ocasionado sino especialmente en el riesgo desencadenado para las personas. En el mismo sentido, la Sentencia STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007], considera que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el referido artículo, no es el necesario y concreto, sino el potencial o abstracto (en ese mismo sentido, la SAP de Murcia 40/2004, de 12 de noviembre). También la SAP de Guipúzcoa 124/2004, de 24 de junio [LA LEY 1834265/2004], afirma, citando jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no es un delito de peligro concreto en sentido estricto, pues en realidad la naturaleza de este tipo delictivo debe configurarse como de peligro hipotético o potencial, a medio camino entre el peligro concreto y el peligro abstracto. En estas modalidades delictivas no se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. De esta forma, la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro. Igualmente ha señalado la jurisprudencia que se consuma por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas. En el mismo sentido, las SSAP de Madrid, 17 y 108/2004, de 18 de febrero y 12 de diciembre, de Cádiz 72/2004, de 6 de mayo, y de Murcia de 27 de enero de 2006 [LA LEY 11404/2006].

También la Sala Segunda ha admitido en alguna ocasión que el delito de incendio común es un delito de peligro concreto. Así, SS 973/1999, de 14 de junio; 840/2002, de 6 de mayo [LA LEY 6311/2002]; 1515/2002, de 16 de septiembre [LA LEY 11470/2002]; 2071/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 855/2003]; 218/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1790/2003], y 724/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2280/2003]. La SAP de Las Palmas 75/2005, de 22 de abril [LA LEY 1996859/2005], repasa los elementos del tipo y también considera que se trata de un delito de peligro concreto, ya que viene integrado por dos elementos típicos definitorios. De un lado, la provocación de un incendio, lo que conlleva la producción humana de una combustión, no espontánea, con potencialidad para su posterior propagación, siendo indiferente la mayor o menor intensidad y entidad del incendio producido. De otro lado, exige el tipo que exista peligro para la vida o la integridad física de las personas, configurándose así en un delito de peligro concreto («que comporta») para la vida o integridad física de las personas una potencialidad lesiva, la cual dependerá en cada caso particular de la multiplicidad de factores concurrentes en el incendio. Si bien, la intensidad o entidad de éste será uno de los parámetros más determinantes para considerar existente o no aquel peligro.

Nos encontramos ante un delito de peligro en todo caso, por tanto, cuyo resultado material, la producción del incendio, ha de completarse con la generación de un riesgo, al que la propia descripción típica se refiere como «*peligro para la vida o integridad física de las personas*», poniendo hoy un énfasis mayor que en los Textos punitivos precedentes en el bien jurídico personal digno de protección. La Sentencia 1457/1999, de 2 de noviembre [LA LEY 1230/2000], aplica este tipo al acusado que abrió la puerta de la vivienda que fue conyugal de una patada derramando en la planta baja la botella de gasolina que llevaba y prendiendo fuego, en tanto que en la planta superior de las dos que tenía la vivienda se encontraban su esposa, una hermana de ésta y la hija común del matrimonio, las que tuvieron que ser rescatadas por la Guardia Civil a través de la terraza del piso superior. Este relato pone de manifiesto que el incendio puso en peligro a las concretas personas que se encontraban en el piso superior. La Sentencia 1208/2000, de 7 de julio [LA LEY 10836/2000], afirma que se trata de un peligro abstracto y por eso se cumple el tipo cuando se prende fuego a la puerta del domicilio ya que se consume tan pronto el fuego pasa del medio incendiario —cerilla, líquido inflamable, etc.— al objeto que se desea incendiar, articulándose como un delito de riesgo abstracto, en el que el bien jurídico protegido es tanto el patrimonio como la protección de la vida e integridad personal, ya sea de concretas personas como de potenciales; y la más reciente 697/2005, de 6 de junio, recoge esta doctrina castigando por este artículo al acusado que prende fuego coches con líquido inflamable, llegando las llamas a la altura de las azoteas de las casas colindantes quedando los moradores atrapados en sus casas.

Además el peligro no sólo deriva del efecto de las llamas, es decir, de poder ser alcanzado por las llamas y morir calcinado o sufrir graves quemaduras, el peligro es más extenso. La jurisprudencia admite que el peligro para las personas puede derivarse de la inhalación del humo liberado en la combustión. Así, la Sentencia 924/2004, de 16 de julio [LA LEY 2574/2004], en relación con un incendio provocado en el segundo piso de un inmueble de cinco plantas, todas ellas habitadas, que hizo que sus ocupantes salieran, atropelladamente, de las viviendas, pudiendo algunos alcanzar la calle y otros teniendo que subir a la azotea del edificio, imposibilitados de bajar por la escalera, a consecuencia del humo que por ella se expandía. También la SAP de Palencia 15/2002, de 30 de mayo [LA LEY 6467/2002]; SAP de Sevilla 38/2003, de 3 de julio de 2003.

Elementos objetivos

Conducta típica

La Sentencia 932/2005, de 14 de julio [LA LEY 2025056/2005], resume la doctrina de la Sala Segunda. El **tipo objetivo** del delito de incendio del art. 351 CP consiste en prender fuego a una cosa no destinada a arder, o si estándolo se da el peligro exigido, comportando su potencial propagación, es decir, la creación de un peligro para la vida o integridad física de las personas, según la descripción contenida en el delito aplicado.

Elementos subjetivos

Dolo

La Sentencia 724/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2280/2003], destaca el **elemento subjetivo del tipo** que comentamos, consistente en el propósito de hacer arder dicha zona espacial y en la conciencia del peligro para la vida y para la integridad física de las personas originado (STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007]). Por eso, acogiendo las consideraciones de la anterior Sentencia citada, señala que la generación del riesgo abstracto, al no requerir la concreción de la persona puesta en peligro, debe ser también querida por quien provoca el fuego, en el momento mismo de la ejecución de la acción de prenderlo. Esta intencionalidad, de otra parte, podrá integrarse como dolo directo o, cuando menos, eventual si la creación del peligro se presenta como probable y se consiente su acatamiento. La Sentencia de la AP de Lérida de 26 de abril de 2004 [LA LEY 1538/2004] aprecia la eximente incompleta de embriaguez al acusado en estado de dependencia alcohólica que afecta a sus aptitudes intelectivas y volitivas cuando provocó el incendio y acuerda su internamiento en un centro de deshabitación. En consecuencia, concluyen ambas resoluciones, la intención ha de abarcar no sólo la acción misma de la provocación del incendio, el concreto acto de prender fuego al objeto que ha de servir de foco inicial para su propagación, sino también la inteligencia de que, con esa acción, se está creando una situación que entraña riesgos reales para alguna persona, incluso indeterminada.

Desde el punto de vista **subjetivo** se exige el propósito de hacer arder la cosa o lugar de que se trate y la conciencia del peligro para la vida o integridad física de las personas que ello comporta, teniendo en cuenta el riesgo de propagación. Ahora bien, debemos tener en cuenta —como recuerda la Sentencia 969/2004, de 29 de julio [LA LEY 2583/2004]—, en relación con el elemento objetivo, que es irrelevante la entidad real que el fuego pueda alcanzar siendo lo esencial el peligro potencial, la propagación, generado por la acción de prender fuego, y desde el punto de vista subjetivo, el dolo no comprende la voluntad de causar daños personales siendo suficiente la intención del agente de provocar el incendio y la conciencia del peligro (Sentencia 381/2001, de 13 de marzo [LA LEY 4717/2001]). La **intención del agente** en este delito ha de abarcar sólo el hecho mismo de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido por él, dolo eventual (Sentencias 142/1997, de 5 de febrero, 2201/2001, de 6 de marzo [LA LEY 4997/2002], 724/2003, de 14 de mayo [LA LEY 2280/2003], y STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007]). Continúa la citada Sentencia 932/2005, de 14 de julio [LA LEY 2025056/2005], afirmando que es cierto que la jurisprudencia ha tratado este delito como de peligro concreto o de naturaleza abstracta y ha considerado que el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego, a que se refiere el art. 351 CP, no es el necesario y concreto (exigido en cambio para el delito de estragos en el art. 346 CP), sino el potencial o abstracto, o incluso se ha referido a él como a medio camino entre el peligro concreto y el abstracto (delito de aptitud), pues

configura un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico, que a partir del CP 1995, dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, ya no lo es el patrimonio sino la seguridad general y sólo incidentalmente la propiedad, pero, en cualquier caso, lo que exige el precepto es que la acción incendiaria comporte un peligro para la vida o integridad física de las personas pero no que ponga en peligro real dichos bienes personales, y menos aún que sea necesario identificar a los sujetos pasivos de la acción, bastando por ello el riesgo de propagación, y como consecuencia la existencia de peligro para la vida o integridad física de las personas.

Dolo eventual

En cuanto a la compatibilidad del dolo eventual y la alevosía, argumento fundamental utilizado en el escrito de recurso, precisamente en estos casos de incendios provocados sin avisar respecto de edificios habitados y a una hora de la madrugada en que la mayoría de las personas se encuentran durmiendo, es donde podemos percatarnos de la validez del dolo eventual para conformar el concepto de alevosía: hay total indefensión en las víctimas derivada precisamente del modo en que se originó el acto provocador del riesgo contra su vida, la propagación rápida del fuego con la consiguiente humareda que produjo el fallecimiento de dos personas, padre e hija de once meses que quisieron salir a la calle por la escalera, así como lesiones de muchos que se vieron precisados a salir al exterior desde las ventanas (STS 437/2009, de 22 de abril [LA LEY 67194/2009]).

Consumación y tentativa

La Sentencia 1263/2003, de 7 de octubre [LA LEY 2838/2003], señala, para apreciar la **tentativa** en este delito, que el hecho de prender fuego a una cortina de una casa habitada constituye una acción potencialmente idónea para propagarse y producir peligro para la vida e integridad física de las personas que en ella se encuentran; ahora bien, precisa la Sentencia, la consumación exige que el fuego ocasionado alcance una dimensión suficiente para que su propagación pueda poner en peligro la vida o integridad física de las personas, por lo que ha de estimarse que en aquellos supuestos en los que el fuego ha sido extinguido de forma inmediata, sin alcanzar una mínima dimensión, el delito debe sancionarse como mera tentativa (Auto del TS 369/2007, de 1 de marzo [LA LEY 8780/2007], STS 1021/2007, de 3 de diciembre [LA LEY 199848/2007], STS 62/2008, de 32 de enero [LA LEY 12945/2008] y STS 616/2008, de 8 de octubre [LA LEY 164153/2008]).

La tentativa, resume esta última Sentencia, requiere la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del agente.

Delito continuado

Por último, la Sentencia 1389/2003, de 24 de octubre [LA LEY 11316/2004], admite el delito continuado en este tipo penal cuando, en este caso, los dos incendios obedecen a un proyecto previo en cuyo desarrollo se realizaron.

Subtipo atenuado del segundo inciso

A propósito del último párrafo de este art. 351, la Sentencia 1806/2002, de 5 de noviembre [LA LEY 11562/2002], castiga por un delito de daños y no por un delito de incendio que comporte peli-

gro para la vida o integridad física de las personas, en el incendio de un almacén contiguo a vivienda, ya que el escenario de los hechos no permite tener por probado un peligro para los moradores.

Según se argumenta en la Sentencia 1457/1999, de 2 de noviembre [LA LEY 1230/2000], la consideración del delito de peligro abstracto se ha acentuado en la medida en que el inciso segundo del art. 351 se prevé una atenuación de la pena cuando la entidad del peligro sea menor. Precisamente por ello se trata de un delito de **consumación anticipada** (STS 259/2009, de 17 marzo [LA LEY 14403/2009]), pues se produce cuando se aplica el medio incendiario al objeto que se trata de incendiar con posibilidad de propagación, siendo por ello indiferente su mayor o menor duración y el daño efectivamente causado, consumándose por la simple causación del incendio siempre que el agente conociera la estancia en el edificio que incendia de una o varias personas.

La acción de esparcir gasolina en el vestíbulo del local y prenderle fuego, incendiándose esa parte del establecimiento contigua a donde se encontraban las personas, empezando a entrar las llamas por debajo de la puerta que separaba el lugar inicial del fuego, resulta un comportamiento idóneo para producir el peligro contra la integridad física de las personas por la potencialidad de la propagación del fuego provocado a la vista de la cantidad de bebidas alcohólicas existentes cuya naturaleza inflamable es de todos conocida. Ahora bien, la declarada concurrencia del riesgo contra el bien jurídico protegido por el tipo, no empece que en el ámbito de la censura casacional, esta Sala puede valorar la entidad de ese peligro producido por la acción incendiaria del acusado y determinar si pudiéramos estar ante el subtipo atenuado de «menor peligro» que prevé el mismo precepto penal. Consideramos que así es, pues al analizar las circunstancias concurrentes, sobresale una con especial importancia a estos efectos, cual es el hecho probado de que en el interior del local donde se encontraban las personas amenazadas por el fuego que —repetimos— ya empezaba a penetrar, había una salida de emergencia que, si bien estaba cerrada con llave y con la persiana metálica también cerrada, pudieron ser abiertas por el encargado del local lo que permitió la salida de aquéllas y su puesta a salvo. Este dato —sin duda relevante— no excluye la realidad del peligro típico, pero sin duda lo mitiga y, por ello, permite la aplicación del referido subtipo atenuado, que debe beneficiar a ambos acusados (STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007]).

No puede apreciarse riesgo de menor entidad cuando tres vecinos, que se encontraban atrapados en el piso superior, tuvieron que ser rescatados por los bomberos y que habían inhalado humo, más en concreto, monóxido de carbono compuesto altamente tóxico, capaz de producir un desmayo en 45 segundos y la muerte en un minuto o un minuto y medio. Más al contrario, existió, sin duda, un peligro cierto y real para la vida de los vecinos y se originaron daños materiales importantes. El fuego adquirió unas dimensiones que sólo pudo ser dominado por la actuación de los bomberos (Auto del TS 1263/2007, de 21 de junio [LA LEY 244030/2007]).

Los daños del art. 263 son exclusivamente los causados en propiedad ajena que no estén comprendidos en otros títulos del Código Penal. Y el subtipo agravado del art. 266-1.º; apreciable cuando el daño se comete mediante incendio exige que no se haya puesto en peligro la vida o la integridad física de las personas. Así resulta del párrafo último del art. 266 que se remite en los casos de incendio al art. 351, que a su vez castiga la provocación de un incendio que comporte ese peligro para la vida o la integridad física de las personas, disponiendo que cuando no concurra tal peligro se castigará como daños del art. 266 del Código Penal. No cabe plantearse seriamente que no hubiese algún peligro para la vida de los moradores de la casa incendiada, cuando uno de ellos precisamente murió a resultas del incendio. El delito cometido es, por tanto, el del art. 351, no el del art. 266 (STS 201/2009, de 29 de febrero).

Concursos

Concurso ideal o instrumental

Se aprecia concurso ideal con el delito de asesinato el elemento utilizado para matar es el fuego y éste crea un riesgo para la vida o la integridad de las personas (STS 596/ 2006, de 28 de abril). También STS 437/2009, de 22 abril, que confirma la SAP Cádiz, Sec. 1.ª, de 2 de julio de 2008 que condenó, en concurso ideal, por un delito de incendio, dos asesinatos y lesiones.

Concurso de normas

El núcleo esencial del delito de amenazas es el anuncio mediante actos o expresiones de causar a otro un mal que constituya uno de los delitos enumerados en el tipo; anuncio de mal que debe ser serio, real y perseverante. En el caso, la indudable ambigüedad de la expresión proferida por el acusado y la indefinición del daño futuro, priva a aquélla del elemento nuclear del tipo. Si a ello se añade que la acción de provocar el incendio se produjo prácticamente sin solución de continuidad, después de proveerse el acusado del combustible necesario al fin perseguido, puede concluirse que el delito de incendio absorbe a la frase amenazadora en un supuesto de progresión delictiva enmarcado en un mismo escenario fáctico. Por ello, debe estimarse esta censura y casar y anular la Sentencia de instancia en este punto, absolviendo al recurrente del delito de amenazas (STS 449/2007, de 29 de mayo [LA LEY 42170/2007]).

SECCIÓN 2.ª

De los incendios forestales

Artículo 352.

Los que incendiaren montes o masas forestales, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y multa de doce a dieciocho meses.

Si ha existido peligro para la vida o integridad física de las personas, se castigará el hecho conforme a lo dispuesto en el art. 351, imponiéndose, en todo caso, la pena de multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: art. 1.2.

L 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

Ley 5/2007, de 3 de abril, de Red de Parques Naturales.

L 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes.

L 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, modificada por L 40/1997, de 5 de noviembre.

RD 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

RD-Ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.

RD 949/2005, de 29 de julio, por el que se aprueban medidas en relación con las adoptadas en el Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.

RD 1123/2005, de 26 de septiembre, por el que se declara, para incendios acaecidos en diversas Comunidades Autónomas, la aplicación de las disposiciones contenidas en el RD-Ley 11/2005, de 22 de julio.

RD 609/2006, de 19 de mayo, por el que se aprueba, para incendios acaecidos en diversas comunidades autónomas, la aplicación de las disposiciones contenidas en el Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio.

Orden TAS/2859/2005, de 14 de septiembre por la que se dictan normas para la aplicación de lo dispuesto en el art. 5 del Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio.

Orden APA/2860/2005, de 15 de septiembre, por la que se dictan disposiciones para el desarrollo del Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio, sobre medidas urgentes en materia de incendios forestales en la provincia de Guadalajara.

Orden APA/1111/2006, de 7 de abril, por la que se dictan disposiciones para el desarrollo del Real Decreto 1123/2005, de 26 de septiembre.

Resolución de 28 de julio de 2005 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del acuerdo de convalidación del Real Decreto-Ley 11/2005, de 22 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de incendios forestales.

Aspectos generales

Tipo básico, tipos cualificados y tipos agravados

La Sentencia 1389/2003, de 24 de octubre [LA LEY 11316/2004], analiza la relación existente entre este precepto y los siguientes arts. 353 y 354, estando todos ellos referidos a «incendios forestales». El último contempla la que, en el contexto, es la acción de menor relevancia objetiva, concretamente, la de prender fuego sin propagación. El primero castiga el incendio de montes o masas forestales. Y, en fin, el segundo citado, esa misma acción cuando produce consecuencias de especial gravedad por razón de la superficie afectada o de la intensidad de la afectación.

Bien jurídico protegido

El tipo protege de forma específica un bien colectivo que satisface funciones de conservación del suelo frente a la erosión; funciones de producción de madera, frutos, pastos, etc., y funciones de esparcimiento, al conservar la calidad ambiental y paisajísticas. Se trata, en suma, de evitar mediante la sanción penal daños al medio ambiente y alteraciones graves en el equilibrio ecológico (SAP Cantabria, Sec. 1.ª, 60/2007, de 29 de octubre [LA LEY 279447/2007]).

El propio ataque a la riqueza forestal es la causa de la reacción penal ante tal conducta, afectando dicho tipo al medio ambiente y no a la seguridad colectiva (SAP Murcia, Sec. 4.ª, 3/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 233305/2001]).

Elementos objetivos

Conducta típica

El precepto, de forma distinta a como lo hacía el art. 553 bis.a) del CP de 1973, sanciona los incendios forestales atendiendo al daño, en sí mismo considerado, infligido a los montes y masas forestales, como elementos ecológicos y bienes patrimoniales. La antijuridicidad de la conducta enunciada queda

abarcada por la mera acción de incendiar, constituyendo la ausencia de riesgo para la vida o integridad física de las personas factor necesario de tipicidad, de ahí que el párrafo segundo de dicha norma penal describa un subtipo agravado del delito de incendio, tipo básico del art. 351, cuando se comprometen dichos bienes (SAP Murcia, Sec. 4.ª 3/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 233305/2001]).

La determinación de qué haya de entenderse por incendios forestales requiere acudir a la Ley de incendios forestales, que a su vez se remite al art. 1 de la Ley de Montes, al encontramos ante una norma penal en blanco, cuyo tenor literal en lo que nos afecta es el siguiente: «2. Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo. No obstante se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral Cantábrico. 3. Bajo la denominación de montes se comprenden todos los terrenos que cumplan las condiciones que se especifican en el apartado 2 y aquellos otros que, sin reunirlos, hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las leyes que regulen esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser repoblados o transformados, por lo tanto, en terrenos forestales» (SAP Cantabria, Sec. 1.ª, 60/2007, de 29 de octubre [LA LEY 279447/2007]).

Elemento subjetivo

Dolo

La misma Sentencia resume el dolo exigido en este tipo, afirmando que se tipifica una conducta dolosa en la que la intención del agente abarca sólo el hecho de provocar el incendio, no el peligro resultante para las personas, aunque éste debe ser conocido y asumido por el autor (véase también la Sentencia 381/2001, de 13 de marzo [LA LEY 4717/2001]). Al contrario del art. 358, que castiga el delito de incendio forestal culposo, lo que excluye la comisión dolosa.

Una lectura de las disposiciones recogidas, continúa la Sentencia de referencia, a la luz de estas consideraciones, evidencia que el art. 354 tiene como supuesto de hecho el de aquellos casos en los que se inicia la combustión de algún material, arbustivo o similar, por la aplicación a éste del fuego procedente de alguna fuente externa. El art. 352.1 reclama la existencia inicial de un foco de la misma clase, pero desbordado por un ulterior desarrollo. Y, en fin, la aplicación del art. 353 exigirá un incendio de notable intensidad y proporciones, con particulares consecuencias.

Apartado segundo

En relación al tipo previsto en el apartado segundo, la Sentencia 88/2005, de 31 de enero [LA LEY 1926260/2005], considera que se dan los requisitos de aquél, porque por la propagación del fuego tuvieron que ser desalojadas unas doscientas personas de unos chalés que se hallaban en las parcelas colindantes al lugar del incendio, al existir peligro de propagarse el fuego a los inmuebles que se especifican a continuación, lo que determina la existencia de peligro cierto para la vida de las personas. Recuerda que el tipo no requiere un riesgo real y efectivo para las personas y que, según la jurisprudencia, el peligro para la vida e integridad física de las personas desencadenado por el fuego a que se refiere el art. 351 CP, no es un peligro necesario y concreto, sino potencial o abstracto.

Artículo 353.

1. Las penas señaladas en el artículo anterior se impondrán en su mitad superior cuando el incendio alcance especial gravedad, atendida la concurrencia de alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que afecte a una superficie de considerable importancia.

2.º Que se deriven grandes o graves efectos erosivos en los suelos.

3.º Que altere significativamente las condiciones de vida animal o vegetal o afecte a algún espacio natural protegido.

4.º En todo caso, cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados.

2. También se impondrán dichas penas en su mitad superior cuando el autor actúe para obtener un beneficio económico con los efectos derivados del incendio.

CONCORDANCIAS

CP: art. 352.

Circunstancia 1.ª

La Sentencia 69/1998, de 27 de enero aplica este tipo agravado cuando el incendio afectó a 2.350 hectáreas. La SAP de Barcelona 16/2001, de 12 de mayo [LA LEY 1926260/2005], también aplica esta primera circunstancia cuando se prende fuego en ocho puntos distintos de pista forestal y afecta a 1.200 m² de espacio natural protegido.

Circunstancias 2.ª y 3.ª

La SAP de Lugo 166/2003, de 5 de diciembre [LA LEY 1557634/2003], declara existente este subtipo cuando se prende fuego un monte utilizando un artefacto casero fabricado por el acusado, y un informe pericial llega a la conclusión que ha producido graves efectos erosivos en el suelo con alteración de la vida vegetal y animal.

Artículo 354.

1. El que prendiere fuego a montes o masas forestales sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.

2. La conducta prevista en el apartado anterior quedará exenta de pena si el incendio no se propaga por la acción voluntaria y positiva de su autor.

CONCORDANCIAS

CP: art. 352.

L 42/2007, de 13 de diciembre, sobre Patrimonio Natural y de la Biodiversidad

L 81/1968, de 5 de diciembre, sobre incendios forestales.

L 4/1989, de 27 de marzo, sobre espacios naturales.

Aspectos generales

Lo más significativo de este precepto, como señala la SAP de Palencia de 17 de septiembre de 1999 [LA LEY 124651/1999], es que el art. 354 del Código Penal en realidad castiga una tentativa de incendio consumado, que tiene como finalidad la penalización de una concreta situación que pone en evidente riesgo de pérdida o extinción un monte o masa forestal. Y el núm. 2 contempla una excusa absoluta que conlleva la exención de pena cuando la falta de propagación del incendio sea consecuencia de una acción voluntaria del sujeto activo.

No se entiende cometido el tipo cuando está acreditada producción de fuego y la originación en ambos casos de daños y perjuicios. Ello evidencia la propagación de los incendios, de ahí la imposibilidad de desplazar la tipicidad, como interesa la defensa, hacia el tipo recogido por el art. 354.1 del mismo texto legal. (SAP Murcia, Sec. 4.ª, 3/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 233305/2001]).

La STSJ de Castilla y León 4/2004 de 11 de octubre, destaca las diferencias entre el tipo previsto en este art. 354 y el contemplado en el párrafo 1.º del art. 352 y señala que aunque partimos de una misma conducta —la de incendiar o prender fuego—, el elemento que las diferencia es su construcción, así en el art. 354 se subraya «sin que llegue a propagarse», y en el art. 352 recoge que aquél se propague, es decir, la dañosidad implícita del incendio que se propaga, la destrucción de la riqueza forestal y su valor ecológico, acciones que el legislador ha querido claramente diferenciar, que es lo que separa ambos tipos, no las consideraciones anteriormente aludidas de la Defensa, que en nada pueden enervar o modificar la calificación jurídica adoptada por el Magistrado-Presidente, o disminuir la pena aplicada. Acción que, por otra parte, puede implicar riesgo y peligro para la seguridad colectiva. Todo ello porque, en todo caso, la degradación ambiental provocada por el incendio, querida en este caso por el condenado como se recoge en los hechos declarados probados, «que prendió fuego a un pastizal próximo a la cuneta procediendo a continuación a abandonar el lugar» poniendo en peligro grave la continuidad de la vida ecológica en condiciones normales, no sólo de las masas de vegetación arbóreas, sino también de otras realidades, como el monte bajo de determinada entidad y relevancia y objeto material también de este delito de incendio forestal. No se debe olvidar que con el tipo del art. 352 se protege un bien colectivo que satisface condiciones de conservación del suelo frente a la erosión, funciones de producción de madera, de esparcimiento y paisajística, defendiendo además, acertadamente, la capacidad de oxigenación atmosférica, que se extienda la contaminación y se perjudique la fauna silvestre.

Artículo 355.

En todos los casos previstos en esta sección, los Jueces o Tribunales podrán acordar que la calificación del suelo en las zonas afectadas por un incendio forestal no pueda modificarse

en un plazo de hasta treinta años. Igualmente podrán acordar que se limiten o supriman los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención administrativa de la madera quemada procedente del incendio.

SECCIÓN 3.^a

De los incendios en zonas no forestales

Artículo 356.

El que incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: art. 332.

Elementos objetivos

Como señala la SAP de Zamora de 11 de abril de 2001, este art. 356 recoge el delito de incendio en zonas no forestales y exige expresamente para su existencia un elemento constituido por la existencia de un perjuicio grave para el medio natural, configurándose, pues, como un delito de lesión y no un delito de peligro.

La SAP Cádiz, Sec. 7.^a, 186/2001, de 19 de noviembre [LA LEY 208122/2001], realiza un detallado estudio del tipo penal al señalar que «entre los tipos penales de incendio, y atendiendo al objeto sobre el que recaen (bien jurídico protegido) el vigente Código Penal dedica la Sección 2 del Capítulo correspondiente a los incendios (II del Título XVII del Libro II) a los forestales, distinguiéndolos de los no forestales, castigados en la Sección 3.^a del mismo capítulo. Los forestales recaen sobre “montes o masas forestales”, penados en su art. 352, con agravaciones y atenuaciones en sus arts. 353 y 354. Por el contrario, los no forestales recaen sobre “zonas de vegetación no forestales”, siendo castigados en el art. 356. Por tanto, resulta esencial delimitar entre “montes o masas forestales” y “zonas de vegetación no forestales”. En todo caso, y ante la ausencia de definición penal, nos hallamos ante una norma penal en blanco que debe ser rellenada acudiendo a la legislación administrativa sobre la materia». (SAP Burgos, Sec. 1.^a, 137/2006, de 13 de octubre [LA LEY 139504/2006]).

La SAP de Sevilla 116/2005, de 16 de marzo, aplica este tipo por imprudencia grave, cuando se realizan tareas de corte de malla metálica en pleno mes de agosto, con fuerte calor, emitiendo chispas y limaduras candentes a unos cinco metros en una zona de pasto seco y matorral, provocando un incendio que quemó 33 hectáreas de monte bajo y arbolado.

En cambio, las anteriores Sentencias de la AP Asturias 29/2003, de 14 de febrero, y la de la AP de Zamora 45/2001, de 11 de abril, niegan la existencia de este delito cuando los informes periciales son contradictorios o, en la segunda, el perjuicio económico causado fue de poca importancia.

SECCIÓN 4.^a*De los incendios en bienes propios***Artículo 357.**

El incendiario de bienes propios será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 248 y ss., 289 y 332 y ss.

L 8/2007, de 28 de mayo, sobre régimen del suelo y sus valoraciones.

Elementos objetivos*Sujeto activo*

Este precepto contiene un delito especial, pues el sujeto activo viene determinado por la relación del autor con los bienes, ya que la conducta típica de incendiar ha de recaer sobre bienes de su propiedad. Por eso, la Sentencia 2071/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 855/2003], confirma la aplicación que el Tribunal de Instancia hizo del art. 351, rechazando la existencia del delito previsto en el art. 357, porque ni todos los bienes quemados eran de su propiedad, al incluir bienes muebles de la cónyuge y los pisos de propiedad de otras personas, ni el art. 357 puede ser aplicado cuando no sólo se produjo peligro para edificio ajeno, sino también para la vida o integridad física de las personas que los habitaban. El acusado, explica dicha Sentencia más adelante, tuvo conciencia que al incendiar el piso de su ex cónyuge, ponía en peligro, no sólo otras partes del edificio que no le pertenecían, sino también que, siendo el destino de esos otros pisos, la habitación de ellos por otras personas pondría también en concreto peligro las vidas de quienes en ellos se encontraran en aquel momento. Es pues, concluye, correcta la subsunción de los hechos en el art. 351 y no en el art. 357 CP.

Con anterioridad, la Sala Segunda en Sentencia 1799/2002, de 31 de octubre [LA LEY 11526/2003], afirma la improcedencia de aplicar este tipo por afectar el incendio a un «bien ajeno», pues antes de los hechos se adjudicó a los copropietarios mediante subasta judicial.

Buscando las reales vinculaciones e intereses del acusado con el bien incendiado y, por ende, beneficiándose de la póliza de la compañía de seguros, la Sentencia 991/2002, de 31 de mayo [LA LEY 7335/2002], acude al «*levantamiento del velo*» que permite considerar las relaciones económicas reales que se encuentran detrás de una formalidad jurídica, y, así, comprobar que el acusado tenía realmente una activa participación en los negocios de la sociedad propietaria del edificio. De esta manera, termina la Sentencia, se pone de relieve que el recurrente era quien materialmente tenía sobre los bienes siniestrados todos los poderes que están implícitos en el concepto de propiedad y, consecuentemente, es correcto concluir que se dan los elementos de la autoría del delito del art. 357 CP (STS 634/2006, de 2 de junio [LA LEY 63076/2006]).

Conducta típica

También las Sentencias de la AP de Baleares 11/2001, de 16 de enero [LA LEY 722698/2001], y de la AP de La Coruña 162/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 1043746/2001], aplican el tipo

del art. 357 cuando se incendian en locales propios para cobrar el seguro. La última Sentencia recuerda los requisitos del tipo: a) un incendio; b) que éste haya recaído sobre bienes propios, y c) que concurra una de las circunstancias que el precepto propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales.

La SAP de Barcelona de 12 de julio de 2004 [LA LEY 1746321/2004] señala que los indicios existentes —el hecho de la presencia de los acuitados en el momento de la ignición, cuando nadie más que ellos había entrado en el local desde la marcha de la Policía, la existencia de doce focos de inicio del fuego, la tenencia de útiles aptos para transportar material inflamable y forzar las cerraduras del local y de monedas presuntamente procedentes de las máquinas recreativas— en los que correctamente se ha basado la Juez a quo, resultan suficientes para considerar probada la comisión del delito del art. 357.

Concursos

La Sentencia 979/2004, de 28 de julio [LA LEY 2563/2004], declara la compatibilidad de este delito de incendio en bienes propios con la intención de defraudar a la compañía de seguros y el delito de estafa conforme al CP de 1973 a resolver como un concurso medial. Aclara que según la jurisprudencia al respecto, puede existir concurso de ambos delitos si concurren tanto el dolo incendiario como el defraudatorio, de modo que además del primero, el dolo se dirige a engañar al asegurador, creando en el mismo un estado intelectual erróneo o de falsa apreciación de las causas del incendio y como consecuencia de todo ello indemniza al asegurado.

Y considera que no concurre el delito de **estafa** por el que el acusado fue absuelto porque la jurisprudencia ha señalado la diferencia entre el dolo propio de la estafa y el del incendio en que en aquél no basta con la intención de defraudar o de causar daño efectivo al asegurador, sino que es menester que el asegurado, en este caso el incendiario, realice su conducta con propósito de inducir a error al asegurador y de lograr la correspondiente indemnización, término dicho de modo que si se lleva a conducta habrá lugar a estimar el delito de estafa de seguro en concurso con el delito de incendio de cosa propia, cuanto que para este último, basta que produzca el incendio con propósito de defraudar y que se cause incluso el perjuicio al asegurador, pero sin que éste haya sufrido error alguno como actividad engañosa (STS 5 junio 1991). Así pues, aun excluido el delito de estafa (por las consideraciones expuestas, que no es preciso revisar al no haberse recurrido por el Ministerio Fiscal), habría que examinar si ha existido o no el propósito de defraudar a la aseguradora (*sic*). Delito de estafa que si se aprecia, aun en grado de tentativa, en la Sentencia de la AP de Baleares.

SECCIÓN 5.^a

Disposición común

Artículo 358.

El que por imprudencia grave provocare alguno de los delitos de incendio penados en las secciones anteriores, será castigado con la pena inferior en grado, a las respectivamente previstas para cada supuesto.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 351 a 357.

RD 786/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de seguridad contra incendios en los establecimientos industriales.

Conducta típica

El ATS 2151/2000, de 27 de abril, recuerda que la doctrina de la Sala Segunda sobre la imprudencia requiere: a) una acción u omisión voluntaria no maliciosa; b) infracción del deber de cuidado; c) creación de un riesgo previsible y evitable; y d) un resultado dañoso derivado, en adecuada relación de causalidad de aquella descuidada conducta. Y el concepto de imprudencia grave equivale al anterior de imprudencia temeraria, es decir, que requiere para su existencia una conducta en que se omita la adopción de las cautelas más elementales. En el relato de hechos probados se evidencia la ausencia, olvido o subestimación de las más elementales normas de cautela y reflexión, fácilmente asequibles a cualquiera y vulgarmente previsibles, como es encender un fuego soplando un fuerte viento y en las proximidades de una zona boscosa, lo que refleja una desatención exigible a cualquier persona, omitiendo primarias normas de cuidado y originando un amplio riesgo o peligro, no pudiendo calificarse el resultado como de mero accidente al ser previsible las consecuencias por cualquier persona de capacidad psíquica normal.

Acogiendo esta doctrina la Sentencia 753/2002, de 26 de abril [LA LEY 5951/2002], refiriéndose al tipo del art. 358, explica que se trata de aquel supuesto en el que, dejando al margen la crítica que merezca el hecho del empleo de tan equívocos términos como «(...) *provocare alguno de los delitos (...)*», la generación del incendio, el hecho mismo de trasladar el fuego del instrumento incendiario (cerilla, encendedor, antorcha, líquido inflamable o cualquier otro medio incendiario) al objeto que se prende fuego, ha de deberse, en primer lugar, a una conducta no intencionada, o que no pretenda ese resultado. Resultado que sin embargo llega a producirse por una grave falta de cuidado del sujeto.

Esta Sala no comparte el criterio según el cual, provocar supone necesariamente el generar. Siguiendo al mismo autor citado (Sáinz-Cantero Caparrós), en el planteamiento que sigue el nuevo CP, el delito de incendios imprudentes sólo se perfeccionará cuando la infracción del deber de cuidado provoque o cause un incendio que comporte las exigencias resultativas que se exigen para la completa aparición de los tipos dolosos. Es decir se admite la figura imprudente derivada de una infracción del deber de cuidado y, en el propio escrito de recurso se alude a un buen número de Sentencias de la Sala 2.^a TS, según la cual es perfectamente posible la comisión por imprudencia e incluso se hace alusión al dolo eventual, que podría no estar muy lejos de la situación que ahora nos ocupa (SAP Salamanca, Sec. 1.^a, 81/2006, de 7 de noviembre [LA LEY 250782/2006]).

La Sentencia 2201/2002, de 6 de marzo, declara la procedencia de aplicar este tipo de imprudencia grave al acusado que aplica un cigarrillo encendido a los asientos del vehículo dentro del garaje donde había otros vehículos y un depósito de combustible en la parte baja del edificio de casi setenta viviendas, creando el riesgo que el fuego se propagase al resto de los vehículos y al inmueble, o la más reciente Sentencia 88/2005, de 31 de enero [LA LEY 1926260/2005], que confirma la condena por este delito al acusado que en pleno solsticio de verano encendió una serie de velas en un pinar que provocaron un incendio forestal, debiendo ser desalojadas unas doscientas personas de una zona de *chalets* ubicada a unos cien metros de donde se originó el incendio. La SAP de Málaga 220/2004,

de 16 de abril, aplica el tipo de imprudencia grave cuando se prende fuego a dos piras de ramaje en agosto con viento y a escasos metros de una zona boscosa, abandonando el lugar para atender otras labores agrícolas. Por el contrario, la SAP de Ávila 213/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 1440/2005], considera atípica la conducta que provoca un incendio forestal a causa de una pavesa que se desprende de la barbacoa de los acusados, quienes disponían de una manguera para el caso de que el fuego se avivara, no teniendo la barbacoa un «apagachispas» o una chimenea. Aunque son medidas insuficientes, la imprudencia hay que calificarla como leve y, como tal, atípica.

Resulta atípica la imprudencia consistente en lanzar un cigarrillo al agua de un río mientras hacía sus necesidades en un lugar escondido para no ser visto y lanzarlo, aunque encendido, de forma potente entre los dedos pulgar e índice en la creencia de que éste llegaría con la fuerza lanzada al río aunque no se cerciorase de que no fue así, con el escollo de que era pleno mes de agosto, período en el que se dispara el riesgo de incendios forestales y la proximidad de la masa forestal existente en la zona. No obstante, no se puede calificar de temeraria la conducta realizada por el acusado y tampoco como imprudencia grave. Primeramente por hacer algo normal y usual en esas circunstancias a cualquier fumador sin que pudiera ni siquiera prever que se produciría un fuego en lugar y tiempo absolutamente inapropiado, ni con un altísimo riesgo de que el mismo pudiera propagarse a los montes próximos; y en segundo lugar, por ausentarse del lugar sin cerciorarse de que no quedase el cigarrillo encendido, produciendo rescoldos susceptibles de ser reavivados por la acción del viento. La acción desarrollada por el acusado supone una flagrante falta de atención y cuidado que debe ser calificada como de simple imprudencia o negligencia leve, derivándose de la misma un pavoroso incendio forestal que produjo el trágico desenlace, no obstante lo cual su conducta en base a los artículos invocados por la acusación pública y particular debe considerarse atípica y sin respaldo legal (SJP núm. 1 Motril 258/2005, de 1 de julio). Del mismo modo, se considera igualmente atípica la quema de rastrojos realizada en terrenos de influencia forestal que provocó un incendio que afectó a terreno agrícola y monte bajo, al realizar un pequeño cortafuegos y apagar con agua las brasas al levantarse aire, esperando media hora para comprobar que estaba realmente apagado y reavivando las brasas el viento horas después (AP Granada, Sec. 2.ª, 436/2007, de 17 de julio [LA LEY 211701/2007]).

Concursos

A su vez, la falta de dolo respecto a la muerte causada se desenvuelve en el ámbito de la tipicidad del homicidio no en lo del incendio, dentro del cual su causación imprudente y no dolosa conduce al tipo del incendio del art. 358 del C. Penal, que es el apreciado correctamente por la Sala (STS 201/2009, de 29 de febrero [LA LEY 8802/2009]).

CAPÍTULO III

De los delitos contra la salud pública

Artículo 359.

El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 45, 148.1.21.^a y 149.1.16.^a.

L 14/1986, de 25 de abril, de sanidad: art. 32.

L 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear: arts. 84 y ss.

L 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios.

LOPJ.

CP: arts. 65.1.d) y 346.

Decreto 2484/1967, de 29 de enero, que aprueba el Código Alimentario.

L 22/1994, de 16 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

RD 1109/1991, de 12 de julio, sobre normativa relativa a alimentos ultracongelados.

RD 349/1988, de 15 de abril, sobre reglamentación de productos cosméticos, modificada por RD 1415/1995, de 4 de septiembre.

RD 1466/1995, de 1 de septiembre, por el que se deroga el art. 9 de la Norma General relativa a los alimentos ultracongelados destinados a la alimentación humana, aprobado por RD 1109/1991, de 12 julio.

RD 1397/1995, de 4 de septiembre, sobre medidas adicionales para el control oficial de productos alimenticios.

RD 1462/1986, de 13 de junio, sobre transformación y comercialización de productos agrarios y pesqueros.

Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, que aprueba el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.

Decreto 414/1996, de 1 de marzo, sobre productos sanitarios.

Orden PRE/137/2005, de 16 de mayo, por el que establecen medidas de vigilancia y control de determinadas salmonelosis en explotaciones de gallinas ponedoras, a efectos del establecimiento de un Programa Nacional.

Orden APA/1438/2005, de 17 de mayo, por el que se modifica la Orden de 15 de diciembre de 2000, por el que se establecen los baremos de indemnización por sacrificio obligatorio de animales afectados de lengua azul.

RD 893/2005, de 22 de julio, por el que se regulan las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria sobre los aditivos en la alimentación animal.

Orden SCO/495/2006, de 22 de febrero, por la que se modifica el anexo 1 del Real Decreto 294/2003, de 7 de marzo, por el que se establecen los métodos de toma de muestras y de análisis para el control oficial del contenido de ocratoxina A en cereales y uvas pasas.

Orden PRE/1594/2006, de 23 de mayo, por la que se modifica el anexo del Real Decreto 465/2003, de 25 de abril, sobre sustancias indeseables en la alimentación animal.

RD 639/2006, de 26 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 2551/1994, de 29 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de sanidad animal y sanitarias aplicables a los intercambios e importaciones de productos no sometidos a las normas específicas establecidas en el Real Decreto 49/1993, de 15 de enero, y en el Real Decreto 1316/1992, de 30 de octubre.

RD 640/2006, de 26 de mayo, por el que se regulan determinadas condiciones de aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de higiene, de la producción y comercialización de los productos alimenticios.

La Sentencia 2727/1992, de 16 de diciembre [LA LEY 12958/1992], precisa que el art. 341 del Código Penal de 1973, precedente del actual art. 359, establecía que los elementos del tipo son

la fabricación y venta de productos químicos que puedan causar estragos. No la utilización de los mismos que podría ser constitutivo del tipo penal previsto en los preceptos siguientes.

La Sentencia 1207/2004, de 11 de octubre [LA LEY 13/2005], recuerda que todos los delitos del Capítulo III tienen como denominador común el incidir de forma negativa sobre la colectividad, afectando a la salud pública, concepto éste que se conecta con la sociedad en su conjunto, y no con la salud individual de cada uno de sus miembros, y añade que el delito del ahora art. 359 del Código Penal, y con anterioridad, en el art. 341 del Código Penal de 1973, ha sido considerado como un delito de riesgo abstracto o potencial, de resultado cortado o anticipado, que protege la salud pública o de la colectividad. Como elementos se descompone en los siguientes: a) la elaboración (también el despacho, suministro o comercio en general) de sustancias nocivas para la salud pública o productos químicos que puedan causar estragos, entendiendo por estragos, no grandes daños (como se tipifican en el art. 346), sino grandes males, que han de afectar a la salud pública, en función del rótulo del capítulo en donde se aloja el precepto; la distinción entre sustancias y productos es poco precisa porque las sustancias nocivas suelen ser, de ordinario, productos químicos, si comprendemos por lo «químico» aquello que se refiere a un compuesto molecular; b) que el autor del delito no se halle autorizado debidamente —dice el precepto—, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo, para tales acciones; c) finalmente, que tal conducta sea intencional, en el sentido de dolosa, conociendo y queriendo dicha actividad, incidiendo negativamente la teoría del error. Por eso incurre en este delito el Médico que obtiene licencia para fabricar productos para adelgazar compuestos de plantas vegetales inocuas y cuando elabora y comercializa lo hace con una composición diferente, con psicotrópicos, diuréticos de alta gama y polvo de tiroideos lo que puede afectar gravemente a la salud del que lo consume, además las cápsulas se fabricaban sin control técnico y sin composición homogénea.

Artículo 360.

El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 359.

La Sentencia de 18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000], referida al art. 343 bis precedente del actual art. 360, recuerda que el delito en él previsto es una infracción de peligro y mera actividad, peligro a la salud pública tan cualificado que sin ese dato se convertiría el hecho en una mera infracción administrativa. Se consuma despachando medicamentos de cualquier clase sin cumplir las formalidades legales. Era, al igual que el precepto ahora vigente, un tipo en blanco que precisa de la remisión a una norma que es condicionante para la definición del hecho delictivo. También en la definición del tipo actual se exige la existencia de una voluntad de despachar o expender los medicamentos con conciencia de que se vulnera e infringe determinada normativa reglamentaria.

Artículo 361.

Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros, y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 359.

Reglamento para la elaboración y venta de especialidades farmacéuticas, aprobado por RD de 9 de febrero de 1924, modificado por Decreto 2201/1959, de 3 de diciembre.

RD 726/1982, de 17 de marzo, sobre caducidad y devolución de especialidades farmacéuticas.

RD 1910/1984, de 26 de septiembre, de receta médica.

L 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, modificada por la L 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la L 50/1998, de 30 de diciembre, por L 55/1999, de 29 de diciembre, por L 14/2000, de 29 de diciembre, y por L 24/2001, de 27 de diciembre.

RD 478/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos derivados de la sangre y plasma humano.

RD 767/1993, de 21 de mayo, por el que se regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, modificado por RD 2000/1995, de 7 de diciembre, y por RD 711/2002, de 19 de julio.

RD 1416/1994, de 25 de junio, por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano.

RD 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios, modificado por RD 710/2002, de 19 de julio.

RD 520/1999, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española del Medicamento.

RD 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales.

RD 711/2002, de 19 de julio, por el que se regula la farmacovigilancia de medicamento de uso humano.

Orden de 15 de julio de 2002, del Ministerio de Sanidad y Consumo, por el que se aprueba la segunda edición de la Real Farmacopea Española.

Este delito gira alrededor de los medicamentos con lo que este concepto se configura en el eje del tipo. Ya la Sentencia de 18 de noviembre de 1991 [LA LEY 31474-JF/0000] se remitía a la base 16.^a de la Ley de 25 de noviembre de 1944 de Sanidad Nacional, que entendía por medicamentos las sustancias simples o compuestas, preparadas y dispuestas para su uso medicinal inmediato, tanto si proceden del reino mineral, vegetal o animal, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos, tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica, bien sean destinados a la medicina humana o veterinaria.

Sin embargo, como recuerda esa Sentencia, falta una definición legal o reglamentaria de los medicamentos que sea válida en el Derecho penal. Con anterioridad, la Sentencia de 9 de julio de

1982 [LA LEY 26099-NS/0000] ofrecía un concepto más sencillo y acertado cuando se refiere a las sustancias químicas «con operatividad para producir determinados efectos curativos en las personas». Por eliminación, concluye la primera de las Sentencias citadas, la definición de medicamento queda concretada a «todo aquel producto que se aplique para la medicina en su sentido más amplio».

También la Sentencia más reciente proporciona la definición jurisprudencial del concepto de «medicamento deteriorado» como aquel que ha perdido su efecto terapéutico o ha adquirido algunos elementos que alteran su composición y sus efectos medicinales. Pero es necesario que ese deterioro sea trascendente para la salud pública, a la que pone en peligro tanto por acción (por efecto de nuevos elementos perjudiciales ajenos a la composición oficial del medicamento) como por omisión (pérdida de virtudes terapéuticas).

La Sentencia de 31 de enero de 1990 [LA LEY 1226-JF/0000] interpreta que «expender» equivale a «vender» y toda venta entraña un «precio» como contraprestación, no pudiéndose entender, por tanto, que una persona que traslade a otra unas medicinas que posea, no gratuitamente, pero sí sólo a cambio del costo por él desembolsado con anterioridad, haya de ser considerada como vendedor o expendedor del producto, máxime cuando éste había sido adquirido legalmente en un oficina de farmacia.

Artículo 361 bis.

1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que la víctima sea menor de edad.

2.ª Que se haya empleado engaño o intimidación.

3.ª Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional

CONCORDANCIAS

Artículo introducido por la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, que entró en vigor el 23 de febrero de 2007.

Artículo 362.

1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años:

1.º El que altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

2.º El que, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera, imite o simule medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

3.º El que, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas, tenga en depósito, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite o utilice en cualquier forma los medicamentos referidos y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas.

2. Las penas de inhabilitación previstas en este artículo y en los anteriores serán de tres a seis años cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos, o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados, en cuyo nombre o representación actúen.

3. En casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho, podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 361.

L 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad.

RD 1416/1994, de 25 de junio, sobre publicidad de medicamentos de uso humano.

RD 1907/1996, de 2 de agosto, sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

Una de las últimas Sentencias que se refieren a alguna de las modalidades previstas en el art. 362, es la 1612/2002, de 1 de abril [LA LEY 1599/2003], que confirma la condena por estafa y contra la salud pública. En lo que afecta al tipo ahora comentado, dice que las conductas sancionadas en el párrafo 2.º del art. 262, antes 344 ter.3.º, consisten en la imitación o simulación de medicamentos o sustancias análogas, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos y poniendo con ello en peligro la vida o salud de las personas. Refiriéndonos específicamente a los medicamentos de imitación, exige la existencia de un modelo del medicamento real que se trata de suplantar. La simulación no pretende suplantar modelo alguno sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido legalmente reconocida como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee. Respecto a la puesta en peligro de la vida o salud de las personas, en el caso de la Sentencia, se dice que la puesta en peligro concreto de la salud o la vida de los pacientes no se produce en este caso por los efectos nocivos de la sustancia en sí misma, sino por el hecho de su absoluta inoperancia y porque como reconoce el condenado, su administración sustituía al tratamiento médico convencional, con lo cual en una enfermedad

de tan acusada gravedad como el cáncer, la confianza de los pacientes en esta sustancia inocua impedía que acudiesen o conservasen otros tratamientos más efectivos, poniendo con ello en grave peligro su salud y su vida.

Artículo 363.

Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

- 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.**
- 2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público, y nocivos para la salud.**
- 3. Traficando con géneros corrompidos.**
- 4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.**
- 5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.**

CONCORDANCIAS

CP: art. 359.

RD 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria.

L 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, modificada por L 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

RD 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, modificado por RD 238/2000, de 18 de febrero.

RD 1397/1995, de 4 de agosto, por el que se aprueban medidas adicionales sobre el control oficial de productos alimenticios.

RD 2207/1995, de 28 de diciembre, por el que se establecen las normas de higiene relativas a los productos alimenticios.

L 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

La Sentencia de 27 de febrero de 1991 [LA LEY 1770/1991] desestima la pretensión de la acusación particular respecto a que el procesado hubiera incurrido en negligencia, al no adoptar las debidas medidas para que un alimento perecedero, cual la mayonesa, mantuviera su «comestibilidad» durante cierto tiempo. La Sentencia considera que no se acreditó que el acusado haya quebrantado norma alguna de cuidado (comprendida o no en el Código Alimenticio Español o en la reglamentación complementaria) en relación con la conservación de alimentos perecederos y

atendida su condición de «restaurador». Consiguientemente no pudo apreciarse la existencia de negligencia (menos aún la de dolo) encuadrable en el anterior art. 346 CP.

Interpretando al anterior art. 346.2, que recogía algunas figuras ahora previstas en algunos de los apartados del actual art. 363, la Sentencia 2216/1992, de 16 de octubre [LA LEY 15094-R/1993], entiende que se tipifica la gran toxicidad del producto en cuestión, que viene a ser equivalente a venenoso, o sea, según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, «cualquier sustancia que, introducida en el cuerpo o aplicada a él en poca cantidad, le ocasiona la muerte o graves trastornos», y que tal condición la tiene el líquido incautado que consistía en Bacter-102. En consecuencia, concluye, para confirmar la Sentencia de instancia, que los acusados no sólo venden sustancias nocivas para la salud que alteran un comestible como el jamón, sino que señalan, como fabricantes del producto, cómo ha de utilizarse sobre tal alimento, haciéndolo peligroso para el consumo. La autoría desde el punto de vista objetivo y causal no ofrece dudas: fue causa eficiente y determinante su actuación, y con tal valor productivo, que eliminada conceptualmente desaparecería el hecho.

Por último, también de aplicación general a los tipos previstos en este precepto, la Sentencia de 22 de mayo de 1982 [LA LEY 23626-NS/0000] ya señalaba la infrecuente perpetración de estos delitos, las escasas aportaciones doctrinales sobre los mismos y las raras ocasiones en las que la Sala Segunda ha tenido ocasión de ocuparse de ellos. No obstante, recoge los elementos del tipo que son aún vigentes. En concreto, en lo que sería el actual núm. 5 de este art. 363 (antiguo art. 347.1) señala que, en cuanto al objeto, ha de tratarse de efectos destinados a ser inutilizados, es decir, a su destrucción física o a su invalidación respecto a su primitivo destino, o desinfectados, esto es, saneados o liberados de su nocividad o de los gérmenes o factores que les hacían peligrosos para la salud; en lo que respecta a la dinámica comisiva o acción, es preciso que el agente los oculte, o sea, los esconda o ponga fuera del alcance de las autoridades sanitarias, colocándolos en lugar recóndito e ignorado, o bien los sustraiga, lo que tanto vale como, siendo de titularidad ajena, tomarlos, aprehenderlos o apoderarse de ellos, o que, de cualquier modo, siendo propios, los ponga fuera del alcance del órgano público encargado de velar por el bienestar general y, por consiguiente, de destruirlos o desinfectarlos; y finalmente, desde el punto de vista subjetivo, además del dolo que, en lo cognoscitivo, debe abarcar el conocimiento de que los efectos están destinados a su inutilización o inocuización, es preciso que el sujeto activo obre, finalísticamente, con el *animus* de ulterior y potencial venta o compra, aunque ni una ni otra llegue a efectuarse.

Artículo 364.

1. El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

1.º Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.

2.º Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior.

3.º Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1.º.

4.º Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.

CONCORDANCIAS

CP: art. 363.

RD 465/2003, de 25 de abril, sobre las sustancias indeseables en la alimentación animal.

Como manifiesta la Sentencia 1210/2001, de 11 de junio [LA LEY 7858/2001], el art. 364 no tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de salud individual», sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad.

Dicha Sentencia recoge la doctrina ya sentada de la Sala en Sentencias 1397/1999, de 4 de octubre [LA LEY 1012/2000], 1546/1999, de 6 de noviembre [LA LEY 1011/2000], 517/2000, de 22 de marzo [LA LEY 8282/2000], 1973/2000, de 15 de diciembre [LA LEY 1245/2001], y 18/2001, de 20 de enero [LA LEY 1949/2001], expresando que el principio de lesividad y de intervención mínima determinan que la sanción penal queda reservada para los casos más graves: aquellos en los que el objeto material (el producto alimenticio afectado) sea efectivamente nocivo para la salud de los consumidores y en que dicha nocividad adquiera una cierta relevancia.

Se trata, sigue la Sentencia 1210/2001, de 11 de junio [LA LEY 7858/2001], de un delito de peligro abstracto o, si se quiere, de un delito de peligro hipotético o potencial —que no es más que una modalidad de peligro abstracto— en el sentido de que lo relevante para su perfeccionamiento es únicamente constatar: a) que se ha administrado la sustancia prohibida, y b) que dicha prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas.

La Sentencia 1442/2002, de 14 de septiembre [LA LEY 7928/2002], aclara que no se trata de un delito de propia mano, sino de un delito que puede ser considerado de infracción de deber y que, como tal, se comete por quien está obligado a su cumplimiento y que puede ser cometido tanto de forma activa como omisiva, es decir, también cuando se omite impedir que quienes están a las órdenes del titular de la empresa cometan la acción infractora. La Sentencia 2169/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 1539/2002], aprecia el delito del núm. 1 del apartado 2 **cuando se detecta en una ternera anabolizante estanozolol, así como el tranquilizante diazepam. Las Sentencias 1/2004, de 12 de enero [LA LEY 894/2004], y 1767/2003, de 15 de abril de 2004 [LA LEY 1707729/2003], consideran que se trata de un delito de peligro abstracto en el que se cumple el tipo suministrando clenbuterol a terneros para su engorde artificial.**

La SAP de Badajoz de 20 de febrero de 2006 [LA LEY 23632/2006] considera típica la conducta de incluir un principio activo prohibido en un preparado alimenticio utilizado en dietas de adelgazamiento, sin informar de ello en su contenido.

Artículo 365.

Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 363 y 364.
L 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad.

Artículo 366.

En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el art. 129.

CONCORDANCIAS

CP: art. 129.

Artículo 367.

Si los hechos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado.

Artículo 368.

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a nueve años y multa de tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

CONCORDANCIAS

Convenio de 26 de junio de 1936 para la suspensión del delito de tráfico ilícito de drogas nocivas, ratificado por Instrumento de 8 de mayo de 1970.

Convenio de 21 de febrero de 1971 sobre sustancias psicotrópicas: Instrumento de Adhesión de 2 de febrero de 1973.

Recomendación de 8 de junio de 1971 sobre intercambio de información en lo relativo al tráfico ilícito de estupefacientes, aceptada por España el 5 de marzo de 1974.

Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Instrumento de Adhesión de 30 de julio de 1990 y la Convención Única sobre estupefacientes de 30 de marzo de 1961, enmendada por Protocolo de 25 de marzo de 1972.

Acuerdo entre el Reino de España y la República de Letonia sobre cooperación en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia organizada, el tráfico de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y precursores y otros delitos, hecho en Madrid el 24 de noviembre de 2003 entró en vigor el 18 de julio de 2005.

Acuerdo entre el Reino de España y la República del Paraguay sobre cooperación en materia de prevención del consumo y control ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, hecho en Asunción el 1 de agosto de 2003 entró en vigor el 4 de septiembre de 2005.

Decisión marco 2004/757/JAI del Consejo de Europa, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

Orden SCO/2004/2006, de 19 de junio, por la que se modifica la Orden SCO/469/2002, de 19 de febrero, por la que se incluyen determinados principios activos en el anexo I del Real 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y productos psicotrópicos.

L 17/1967, de 8 de abril, de estupefacientes.

L 51/1988, de 24 de marzo, por la que se crea la Fiscalía Especial para la prevención y represión del tráfico ilegal de drogas.

L 19/1993, de 28 de diciembre, sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales, el RD 925/1995, de 9 de junio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla dicha Ley, y la L 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

L 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas, desarrollada por el RD 865/1997, de 6 de junio, que aprueba su Reglamento.

LECrim.: arts. 263 bis y 338.

CPM: art. 177.3.

LOPJ: art. 23.4.f).

LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando: art. 2.3.a).

Bien jurídico protegido

La jurisprudencia ha caracterizado el delito del art. 368 CP como un delito de peligro abstracto. Los delitos de peligro abstracto, a su vez, han sido definidos en la doctrina como aquellos cuyo fundamento de punibilidad es la peligrosidad general, independientemente del caso concreto, por lo que no se requiere que el bien objeto de protección haya corrido un peligro real. Ello permite que estos delitos sean formulados como delitos de desobediencia en los que la acción tenga una determinada aptitud generadora de peligro. Este punto de vista ha sido ratificado por la decisión del Pleno no jurisdiccional del 3 de febrero de 2005. En el caso del tipo del art. 368 CP el objeto de protección mencionado por el legislador es especialmente inconcreto, pues la salud «pública» no existe como un objeto real ni como la suma de la salud de personas individualmente consideradas. La finalidad del legislador, más que la de evitar daños en la salud individual de las personas,

es impedir la difusión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que puede causar en la población. La jurisprudencia más reciente de esta Sala ha superado las discrepancias que existieron en relación con la caracterización e la peligrosidad de la acción, afirmando que todo acto de tráfico con dosis psicoactivas es suficiente para configurar el nivel de peligro típicamente exigido (714/2005, de 15 de marzo [LA LEY 61072/2005]).

Aspectos generales

En los AATS 2022/2000, de 19 de julio, y 2116/2000, de 26 de julio, ya se recogen los requisitos del delito, al considerar que el art. 368 del vigente Código Penal requiere: a) la concurrencia de un elemento de tipo objetivo, cual es la realización de algún acto de producción, venta, permuta o cualquier forma de tráfico, transporte, tenencia con destino al tráfico o acto de fomento, propaganda o formulación de ofertas de dichas sustancias; b) que el objeto material de esas conductas sea alguna sustancia de las recogidas en las listas de los Convenios Internacionales suscritos por España, los que tras su publicación se han convertido en normas internas (art. 96.1 CE), y c) el elemento subjetivo tendencial del destino al tráfico, ilícito por carente de autorización legal o reglamentaria, de las sustancias en cuestión; elementos que, frecuentemente, han de inferirse de una serie de circunstancias que rodean el hecho, como son la cantidad de droga, medios o instrumentos adulterantes o, para la comercialización de la droga concomitantemente poseída, las circunstancias y medios con que cuente el sujeto que sean incongruentes con su situación económica, singularmente su condición de no consumidor ni adicto a drogas y cualquier otra reveladora de sus intenciones de participar en las conductas antedichas.

Objeto material

Lo constituyen las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Conceptos que han de fijar los Tribunales. La Sentencia 1290/2003, de 11 de octubre [LA LEY 11297/2004], recuerda que se debe señalar que el objeto de la acción en el delito de tráfico de drogas no constituye un elemento normativo del tipo, sino un elemento descriptivo del tipo mismo, pues se trata de una sustancia que debe ser determinada por medio de análisis químicos y por los efectos que realmente producen.

Ya la Sentencia 1193/1993, de 21 de mayo [LA LEY 23111-JF/0000], reconocía que nuestro sistema jurídico no ofrece un concepto jurídico penal de droga y sigue un criterio enumerativo, por remisión a los Convenios Internacionales suscritos por España y publicados en el *BOE* —art. 96 CE— utilizando el sistema de listas o la determinación por Orden Ministerial del Departamento de Sanidad y Consumo de ser una concreta sustancia psicotrópica o estupefaciente, lo que convierte a los preceptos que sancionan las conductas de cultivo, elaboración o tráfico, o la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo, en preceptos penales en blanco que obligan a llenar la norma punitiva con preceptos y normativa extrapenal.

Conducta típica

En general, respecto a las conductas típicas, la Sentencia 825/2003, de 9 de junio [LA LEY 13034/2003], establece que la ejecución de acciones de tráfico de drogas, en el sentido del art. 368 CP, no se reduce en todos los casos a la tenencia directa o inmediata de la droga, sino que el tipo penal alcanza también a la realización de negociaciones con drogas y a la organización de su introducción en el territorio nacional, de su transporte, etc. Es claro que la tenencia de droga constituye una alternativa típica al tráfico mismo. Las acciones de tráfico, por lo tanto, en un gran

número de casos revisten exteriormente el aspecto de comportamientos socialmente adecuados propio, por regla, de cualquier operación mercantil. El elemento diferencial de las operaciones mercantiles y de las actividades empresariales con las acciones típicas de tráfico es simplemente el objeto del comercio, es decir, la droga prohibida. Consecuentemente, la prueba del objeto de las actividades mercantiles no puede ser, en principio, combatida mediante la descripción del aspecto externo de las conductas: reuniones, comunicaciones telefónicas, etc.

La Sentencia 2054/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 1385/2003], delimita el concepto cultivo acogiendo la que es la doctrina pacífica de la Sala y, así, considera que el cultivo entra dentro de la tipicidad del art. 368 en razón de la consideración del delito contra la salud pública como peligro abstracto conforme a nuestra jurisprudencia (véase, remite dicha Sentencia, la 1553/1997, de 17 de diciembre, referida a actos de cultivo). Ahora bien, continúa la Sentencia, la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto. La Sentencia 2054/2002, de 9 de diciembre [LA LEY 1385/2003], sostiene que la tipicidad que se predica de todo cultivo, en tanto que pone en peligro el bien jurídico protegido, no significa sin más que el delito alcance el grado de consumación por la sola acción de su plantación o semillado: se requiere que tal cultivo se encuentre en condiciones de servir a la finalidad que se persigue con el mismo, cual es la extracción de los productos naturales necesarios para obtener su fruto, en este caso, el látex necesario en la cápsula de donde extraer el opio; hasta ese momento, el bien jurídico protegido estará en peligro, y por consiguiente, será posible la tentativa, pero no se habrá alcanzado aún el grado de la consumación delictiva. Sin embargo, la 457/2007, de 29 de mayo [LA LEY 26741/2007], señala que el delito no se comete sólo en casos de explotación industrial sino de cultivo con destino al consumo de terceros, que es la justificación que da la Audiencia para entender perfeccionado el delito. No se requieren mayores precisiones para integrar el tipo, ni siquiera las operaciones a realizar para ser consumidas.

Según la Sentencia 153/1999, de 2 de febrero [LA LEY 3583/1999] (que a su vez recoge una amplísima recopilación de jurisprudencia), la actividad de vender las sustancias prohibidas siempre se ha estimado incardinada en la tipicidad del art. 344 (hoy art. 368).

En cuanto a la mera posesión, cuando se trata de una cantidad que excede de lo que un toxicómano pueda tener acopiado para unos días, salvo casos excepcionales que habrán de acreditarse o al menos alegarse para que el Tribunal los valore, es legítimo considerar que esa tenencia está destinada total o parcialmente a transmitir a otras personas el objeto poseído (762/2008, 21 de noviembre [LA LEY 189395/2008]). La jurisprudencia, aun en los casos en que el portador de la sustancia estupefaciente sea consumidor, ha venido considerando que la droga está destinada al tráfico cuando la cuantía de la misma exceda del acopio medio de un consumidor (281/2003, de 1 de octubre [LA LEY 153643/2003]). Ya en Sentencias anteriores, esta Sala (de 4 de mayo de 1990 [LA LEY 2016-2/1990], 1143/1995, de 15 de diciembre [LA LEY 1458/1996], y 1778/2000, de 21 de noviembre [LA LEY 1308/2001]) había fijado el consumo medio diario de cocaína en 1,5 gramos, de conformidad con el criterio del Instituto Nacional de Toxicología, y tal cifra de consumo diario se aceptó por el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de 19 de octubre de 2001. En relación con el hachís, la Sentencia referida 281/2003, de 1 de octubre [LA LEY 153643/2003], declara que la doctrina jurisprudencial ha considerado destinados a la transmisión a consumidores los importes de la indicada droga que excedan de los 50 gramos. En

consecuencia, si la cuantía de cocaína intervenida asciende a 3,840 gramos con una pureza de 73,7% no alcanzan la cuantía establecida por la jurisprudencia para presumir finalidad de tráfico, concluye la última Sentencia citada.

La posesión o tenencia en funciones de depositaria de la droga con fines de transporte y el transporte mismo siempre se ha considerado como actividad favorecedora o facilitadora del consumo de drogas y, por ende, de autoría. Así, la Sentencia 1165/2001, de 13 de junio [LA LEY 7521/2001], que recoge el criterio general expresado por las Sentencias que cita. Y también la 300/2009, de 18 de marzo [LA LEY 23088/2009], y 144/2009, de 16 de febrero [LA LEY 6924/2009], entre otras. Permitir que otro utilice la propia vivienda para cometer un delito es, en todo caso, una forma de favorecimiento (cometido omisivamente) que, por sí misma, es ajustada al tipo del art. 368 CP (262/2009, de 19 de marzo).

En los supuestos de envío de droga a larga distancia, sea cual sea el medio utilizado, el tráfico existe desde el momento en que el remitente pone en marcha el mecanismo de transporte previamente convenido con el receptor, consumándose el delito siempre que exista un pacto o convenio para llevar a cabo la operación (Sentencia 28/2001, de 20 de enero [LA LEY 6127/2001]). Así, la Sentencia 791/2005, de 22 de junio [LA LEY 2025030/2005], recuerda que la jurisprudencia ha considerado la posibilidad de la **tentativa** delictiva, en el delito de narcotráfico, sobre todo en los casos de **envío de droga desde un país extranjero**, por correo u otro medio de transporte, respecto a la persona que recoge la mercancía, se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado (Sentencia 1673/2003, de 2 de diciembre [LA LEY 442/2004]). En definitiva: 1.º sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercebidos, en los supuestos de entregas vigiladas. En el caso enjuiciado, se consideró la existencia de tentativa al no constar relación alguna con el remitente, y no haber participado en el proceso previo de envío, siendo detenidos Luis María y Aurelio, antes de cualquier contacto con la droga. De hecho, el paquete se encontraba en poder de la policía al ser objeto de intervención judicial. De modo que Luis María, junto a Aurelio, serán autores de un delito contra la salud pública, en grado de tentativa, imponiéndoles la penalidad que razonaremos en segunda Sentencia. En cambio, la Sentencia 99/2005, de 2 de febrero [LA LEY 11086/2005], declara la existencia del delito cuando el acusado tenía conocimiento de que en las garrafas que le remitieron había droga al tratarse de un envío que le era propio de su negocio, lo pagó y fue a recogerlo personalmente.

En cuanto a la distribución, la Sentencia 896/2001, de 21 de mayo [LA LEY 6152/2001], recuerda que la Sala Segunda tiene declarado que en los supuestos en los que la droga se envíe por correo y no llegue materialmente al destinatario previsto, se entiende que tanto remitente como

destinatario de la droga son jurídicamente poseedores en cuanto gozan del poder de disposición, al entenderse que, a efectos penales, equivale la posesión mediata a la inmediata, por quedar la disponibilidad de la droga sujeta a la voluntad del destinatario y considerar que existe un dominio funcional del hecho cuando es patente la preordenación al tráfico.

La 273/2009, de 25 de marzo [LA LEY 30368/2009], en relación con el denominado **principio de insignificancia**, ha declarado que el ámbito del tipo no puede ampliarse de forma tan desmesurada que alcance a la transmisión de sustancias que, por su extrema desnaturalización cualitativa o su acentuada nimiedad cuantitativa, carezcan de los efectos potencialmente dañinos que sirvan de fundamento a la prohibición penal o bien porque ante la imposibilidad de ocasionar cualquier efecto perjudicial a la salud carece la acción de antijuricidad material, en ausencia de un verdadero riesgo para el bien jurídico protegido. La necesidad de dar fijeza aproximada a las cuantías de principio activo, a partir de las cuales la sustancia en cuestión es susceptible de producir daño a tercero, sin perjuicio de las matizaciones del caso (supuestos de niños, enfermos, mujeres embarazadas, etc.) ha venido señalando las siguientes magnitudes o dosis mínimas psicoactivas, por citar las más usuales:

- a) Heroína: 0,66 miligramos.
- b) Cocaína: 50 miligramos.
- c) Hachís: 10 miligramos.
- d) MDMA: 20 miligramos.

El Acuerdo de la Sala Segunda de fecha 3 de marzo de 2005 decide continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psicoactivas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa. El criterio de dicho Instituto es el siguiente:

DOSIS MÍNIMAS PSICOACTIVAS

- a) Heroína: 0,66 mg ó 0,00066.
- b) Cocaína: 50 mg ó 0,05 gr.
- c) Haschis: 10 mg ó 0,01 gr.
- d) LSD: 20 mg ó 0,000002 gr.
- e) MDMA: 20 mg ó 0,02 gr.
- f) Morfina: 2 mg ó 0,002 gr.

Los datos que se consignan en este cuadro, expresan en gramos, miligramos o microgramos, las dosis mínimas psicoactivas, esto es, que afectan a las funciones físicas o síquicas de una persona.

Las Sentencias 901/2003, de 21 de junio [LA LEY 109823/2003], y 1743/2003, de 22 de diciembre [LA LEY 440/2004], consideran que una papelina de heroína de 0,006 gramos con una pureza del 35,84%, es una cantidad insignificante incapaz de producir efecto nocivo en la salud.

La Sentencia 719/2003, de 25 de junio [LA LEY 13297/2003], afirma que cuando la droga aprehendida es tan insignificante que resulta incapaz de producir efecto nocivo en la salud, la acción carece de antijuridicidad penal aunque aparezca enmarcada en una acción de tráfico y cita las Sentencias que expresan la evolución jurisprudencial en tal sentido:

— La de 12 de septiembre de 1994 [LA LEY 1524/1995]: dos papelinas de 0,05 gramos de heroína y otra de 0,04.

— La de 28 de octubre de 1996 [LA LEY 1704/1997]: 0,06 gramos de heroína.

— La de 22 de enero de 1997 [LA LEY 1469/1997]: 0,02 gramos de heroína.

— La de 11 de diciembre de 2000 [LA LEY 1362/2001]: 0,02 gramos de crack.

— La de 9 de julio de 2001 [LA LEY 8284/2001]: 0,009 gramos de heroína.

— Sentencia 1441/00, de 22 de septiembre [LA LEY 704/2001]: 0,03 gramos de heroína más 0,1 de cocaína.

— Sentencia 1889/00, de 11 diciembre [LA LEY 1362/2001]: 0,02 gramos de cocaína.

— Sentencia 216/2002, de 11 de mayo [LA LEY 6683/2002]: 0,43 gramos de heroína al 8,4% de concentración.

— Y, finalmente, Sentencia 1829/2002, de 31 de octubre [LA LEY 11529/2003]: 214 pastillas que contienen «trazas» de MDMA.

No obstante, la reciente Sentencia 91/2005, de 4 de febrero [LA LEY 12487/2005], casa y anula una Sentencia en la que se había absuelto al acusado por considerar que, por la cantidad de droga aprehendida (0,164 g de heroína, con un 7,1% de riqueza) faltaba el requisito de la antijuridicidad material. Recuerda que los **mínimos psicoactivos** son aquellos parámetros ofrecidos por un organismo oficial y de reconocida solvencia científica, como es el Instituto Nacional de Toxicología, que suponen un grado de afectación en el sistema nervioso central, determinando una serie de efectos en la salud de las personas, desde luego perjudiciales, al contener unos mínimos de toxicidad, y producen también un componente de adicción, que ocasiona que su falta de consumo incite hacia la compulsión. Se trata, pues, de drogas que ocasionan daño en la salud pública. Esos mínimos, sigue dicha Sentencia, colman el tipo objetivo del delito e inciden tanto en la antijuridicidad formal como en la material. En el mismo sentido, las anteriores Sentencias de 19 de enero [LA LEY 366/2004] y 23 de mayo de 2004. Y la Sentencia de 13 de febrero de 2004 tras afirmar que no existe más salud que la individual, mantiene que el tipo penal del art. 368 CP trata de evitar la difusión masiva de drogas cuyo consumo perjudica la salud. Desde este punto de vista, añade, es claro que también la venta de una reducida cantidad de droga pone en peligro la vigencia de la norma del art. 368, pues se trata de una conducta que constituye una forma de difusión del consumo de drogas tóxicas, que la norma quiere evitar atacando, precisamente, toda manifestación individual de comportamientos que acumulativamente llegarían a poner en peligro real la salud de muchas personas. Por esta razón, concluye, conductas cuya peligrosidad individual sólo tiene carácter marginal son también peligrosas para la vigencia de la norma cuando se permite su generalización y su acumulación. En la misma línea, la Sentencia de 3 de marzo de 2004 [LA LEY 12484/2004]. También la Sentencia 716/2004, de 3 de junio [LA LEY 1953687/2004], manifiesta que, en principio, las acciones de venta de pequeñas cantidades

de droga son acciones típicas y además son también antijurídicas, no sólo desde el punto de vista formal, sino también en su sentido material en cuanto crean un riesgo para la salud pública, sin que se aprecie con carácter general la concurrencia de ninguna causa de justificación legal o supralegal. En los casos en los que la cantidad transmitida es tan insignificante que no es capaz de producir los efectos propios de esa sustancia y por lo tanto no puede provocar el riesgo prohibido por la norma, la conducta no puede considerarse delictiva por falta de antijuridicidad material. Sin embargo, en el caso enjuiciado, el acusado medió en la venta de una bola de cocaína con un peso de **0,32 gramos**. No consta en los hechos probados de la Sentencia, ni tampoco en su fundamentación jurídica, el porcentaje de cocaína pura que contenía la sustancia transmitida. Es un dato que se desprende de la experiencia aportada por la realidad práctica que las papelinás o bolas de droga adquiridas en circunstancias similares a las descritas en el hecho probado no contienen la sustancia pura, sino en porcentajes muy variables. La cantidad bruta transmitida en este caso no superaría los umbrales de la dosis psicoactiva antes referida con porcentajes inferiores al 15%, lo que no puede descartarse, sin que sea posible presumir lo contrario en contra del reo. Por lo tanto, concluye, no constando suficientemente que lo transmitido fuera cocaína en cantidad que pueda considerarse creadora del riesgo prohibido para el bien jurídico protegido, no es posible considerar que la conducta descrita sea constitutiva de delito.

La Sentencia 2460/2001, de 21 de diciembre, acude a los nuevos límites señalados en el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda celebrado el 19 de octubre de ese año, en el que se barajaron importantes razones sustentadoras de la decisión adoptada, relativas: a la alteración de las **dosís de consumo de un drogadicto medio**; a necesidades imperiosas de ampliar las posibilidades ponderativas de la cuantía de la pena, ensanchando el recorrido u horquilla penológica del delito base acomodándola a las diferentes cantidades de droga objeto del delito; a la evitación de agravios comparativos producidos, al ser exigible la cantidad límite a partir de la cual se consideraba notoria importancia (120 gramos de cocaína, reducidos a pureza), tanto a pequeños traficantes, sorprendidos con menos de un kilo de droga, como a aquellos que se les ocuparan centenares de ellos, etc. La reciente Sentencia 657/2005, de 20 de mayo [LA LEY 2017469/2005], anula la Sentencia de instancia absolviendo a los acusados que fueron condenados por un delito contra la salud pública por tráfico de drogas recordando que uno de los elementos del tipo objetivo es la droga que constituye el objeto del delito. En los casos en que ese objeto está constituido por **pequeñas cantidades** de droga, esta Sala ha atendido a los mínimos psicoactivos, entendiendo que cuando la sustancia objeto del delito, dada su **cantidad y composición**, puede producir los efectos propios que la caracterizan, su difusión incontrolada es creadora del riesgo para la salud pública que ha llevado al legislador a sancionar las conductas de favorecimiento del consumo ilegal. Consecuentemente, este extremo debe quedar debidamente probado. Y, en el caso enjuiciado, no se ha identificado a ninguna de las personas que parecían actuar como compradores, según la apreciación del testigo aceptada por el Tribunal, por lo que no se ha podido establecer de forma consistente que se tratara de adictos a la droga, ni concretamente a cuál. La Sentencia se refiere al «aspecto de drogadictos», pero no los describe, por lo que sólo se trata de una apreciación subjetiva de quien los observó directamente, sin contar con un apoyo en su identificación personal y en los datos eventualmente obtenidos con ella. Tampoco se ha podido identificar la naturaleza, características y composición concreta de lo adquirido por ellos, lo cual, por otra parte, resultaba dificultoso dado que, al parecer, lo consumían en el mismo lugar de la adquisición. Además, no se ha precisado el porcentaje de cocaína pura que tenía la sustancia incautada al único testigo interceptado, y no se ha ocupado ninguna cantidad de droga en poder de los acusados recurrentes. En estas condiciones, y aunque existen indicios de que las anteriores operaciones

que presenció y describió el testigo pudieran tratarse efectivamente de intercambios de cocaína por dinero, no puede establecerse con la necesaria certeza que en todo caso se tratara de cocaína, ni tampoco que, en caso de serlo, las cantidades globales vendidas por los acusados superaran las dosis mínimas psicoactivas, a las que se ha atendido como límite inferior de la conducta que puede considerarse típicamente antijurídica. Por lo tanto, concluye dicha Sentencia, no se puede considerar suficientemente acreditado que los acusados tenían en su poder y vendieron a terceros cantidades de cocaína de suficiente entidad como para poner en riesgo la salud pública, por lo que la conducta no puede considerarse delictiva.

Se ha venido requiriendo, para reputar atípica la conducta consistente en el **consumo conjunto de droga por diversas personas** —376/2000, de 8 de marzo [LA LEY 5818/2000], 1969/2002, de 27 de noviembre [LA LEY 11563/2003], 286/2004, de 8 de marzo [LA LEY 1245/2004], y 378/2006, de 31 de marzo [LA LEY 27557/2006]— que concurren las siguientes circunstancias:

a) Los consumidores que se agrupan han de ser adictos, ya que si así no fuera, el grave riesgo de impulsarles al consumo o habituación no podría soslayar la aplicación del art. 368 CP ante un acto tan patente de promoción o favorecimiento —SS de 25 de junio de 1993 [LA LEY 3919-5/1993], 3 de marzo [LA LEY 2843/1994], 3 de junio [LA LEY 3424/1994], y 25 de noviembre de 1994 [LA LEY 1911/1995], 27 de enero [LA LEY 2105/1995], y 3 de marzo de 1995 [LA LEY 16760-R/1995]—.

b) El proyectado consumo compartido ha de realizarse en lugar cerrado, y ello en evitación de que terceros desconocidos puedan inmiscuirse y ser partícipes en la distribución o consumo; aparte de evitar que el nada ejemplarizante espectáculo pueda ser contemplado por otras personas con el negativo efecto consiguiente. La referencia a lugar cerrado es frecuente en la jurisprudencia —SS de 26 de noviembre de 1994 y 2 de noviembre de 1995 [LA LEY 11843/1995]—.

c) La cantidad de droga programada para la consumición ha de ser insignificante —SS de 25 de junio [LA LEY 3919-5/1993] y 10 de noviembre de 1993 [LA LEY 1959/1994], 21 de noviembre de 1994 [LA LEY 1815/1995] y 28 de noviembre de 1995 [LA LEY 764/1996]—.

d) La coparticipación consumista ha de venir referida a un pequeño núcleo de drogodependientes —S de 3 de marzo de 1995 [LA LEY 764/1996]—, como acto esporádico e íntimo, sin trascendencia social.

e) Los consumidores deben ser personas ciertas y determinadas, único medio de poder calibrar su número y sus condiciones personales.

f) Ha de tratarse de un consumo inmediato de las sustancias adquiridas —SS de 25 de junio de 1993 [LA LEY 3919-5/1993], 25 de septiembre [LA LEY 2709/1995] y 2 de noviembre de 1995 [LA LEY 11843/1995]— (357/2009, de 3 de abril [LA LEY 34611/2009]).

La valoración social de los actos de consumo compartido de drogas entre adictos, siempre con carácter gratuito, es la misma que pudieran tener los actos de consumo que estas personas pudieran realizar aisladamente, de manera que nada valorable como antijurídico tienen estos actos de autoconsumo, ya sean llevados a cabo en común o individual y aisladamente (424/2003, de 1 de septiembre [LA LEY 134813/2003]). La Sentencia de 8 de marzo de 2004 [LA LEY 1245/2004] contempla el consumo compartido como causa excluyente de la responsabilidad criminal por ausencia de antijuridicidad material. Al tiempo, aporta, siguiendo una tendencia jurisprudencial

«que se va abriendo paso» en la Sala Segunda, una ampliación del término «consumidor habitual» a los efectos de este consumo compartido y considera que debe reputarse adictos a los consumidores habituales de fin de semana.

Sin embargo, con la misma unidad de criterio se considera que es delito **la donación** o entrega gratuita o desinteresada de droga, porque una reducción de la figura penal sólo a aquellos casos en los que el autor percibiera un precio carecería de sentido si éste no es una condición esencial de la lesión del bien jurídico ni del reproche jurídico penal de la conducta. La entrega de sustancias de esa naturaleza a persona ya drogadicta, cualquiera que sea la intención que la presida, incluso la de ayudarla para calmar su estado de carencia, constituye ilícito penal definido en el Código en cuanto denota una conducta favorecedora del consumo (1306/1994, de 23 de junio [LA LEY 3566/1994], y 1782/1994, de 14 de octubre [LA LEY 1641/1995]). Si bien otras Sentencias más recientes, como la 789/1999, de 14 de mayo, consideran que los supuestos en los que un familiar o persona allegada proporciona pequeñas cantidades de droga con la sola y exclusiva idea de ayudar a la deshabituación o a impedir los riesgos que la crisis de abstinencia origina, movidos pues de un fin loable y altruista, sin ventaja ni contraprestación alguna, no puede llegarse al delito si de ninguna forma se potencian los actos o los verbos contenidos en el art. 344 (hoy 368). En estos casos falta evidentemente el sustrato de antijuridicidad pues no existe entonces posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indiscriminadamente, lo que lleva a la ausencia del peligro abstracto que integra el tipo penal.

Para la **consumación** del delito contra la salud pública sólo es necesario que la posesión del producto estupefaciente sea mediata, sin que se exija el contacto material o la posesión inmediata de la droga. Basta con tener el dominio sobre ella, su disponibilidad. Es la doctrina unánime de la Sala Segunda recogida en la Sentencia 825/2003, de 9 de junio [LA LEY 13034/2003], que asume el criterio fijado por otras Sentencias como las 909/1993, de 26 de abril [LA LEY 3379-5/1993], y 1442/2001, de 10 de julio y el ATS de 26 de febrero de 1997. Por eso, la mera detentación momentánea de un paquete de droga sin disponibilidad alguna de ella es atípica (1442/2001, de 10 de julio).

A efectos penológicos, el tipo distingue entre sustancias que causan grave daño a la salud y las que no lo causan. Según constante doctrina de la Sala Segunda, **son sustancias que causan grave daño a la salud:** la cocaína (288/2009, de 13 de febrero [LA LEY 2256/2009], y 99/2008, de 6 de febrero [LA LEY 12962/2008], entre otras muchas); incluso aunque no se conozca su principio activo (832/2007, de 5 de octubre [LA LEY 170359/2007]); la heroína (288/2009, de 13 de marzo, y 1396/2005, de 23 de noviembre [LA LEY 229163/2005], entre otras muchas); el éxtasis (897/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226066/2008], 846/2007, de 19 de octubre [LA LEY 170370/2007], 829/2005, de 27 de junio [LA LEY 143797/2005], 829/2004, de 22 de junio [LA LEY 1729134/2004]), 819/2004, de 18 de junio [LA LEY 1729187/2004], 459/2004, de 13 de abril [LA LEY 1482/2004], 210/2004, de 23 de febrero [LA LEY 46278/2004], 533/2003, de 11 de abril [LA LEY 69614/2003], y 402/2000, de 6 de marzo [LA LEY 5813/2000], entre otras muchas); el ácido lisérgico (LSD) (897/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226066/2008], y 402/2000, de 6 de marzo de 2000 [LA LEY 5813/2000]); las anfetaminas (897/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226066/2008], 320/2008, de 6 de junio [LA LEY 74079/2008], 682/2007, de 18 de julio [LA LEY 79546/2007], y 902/2006, de 18 de septiembre [LA LEY 110258/2006], entre otras muchas); la metanfetamina (1015/2005, de 7 de septiembre [LA LEY 13619/2005]); el MDMA (Pleno no jurisdiccional de esta Sala, celebrado el día 7 de junio de 1994, 378/2006, de 31 de marzo [LA LEY 27557/2006], 1486/1999, de 25 de octubre [LA LEY 1221/2000], 1380/1999, de 6 de octubre [LA LEY 12109/1999], entre otras); el MDA (80/1999, de 27 de enero

[LA LEY 2684/1999], 275/2000, de 28 de febrero [LA LEY 5809/2000]); y el MDEA (466/2003, de 4 de abril [LA LEY 65962/2003], y 1181/1999, de 14 de julio [LA LEY 9396/1999]). Por el contrario, son sustancias que **no causan grave daño a la salud**: el flunitrazepan (Rohipnol) (1213/2001, de 22 de junio [LA LEY 8922/2001], 1365/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 172624/2000], y 139/1998, de 18 de mayo [LA LEY 6515/1998], y el clonazepam (Rivotril) (1213/2001, de 22 de junio de 2001 [LA LEY 8922/2001]); el fenetilamina de anillo sustituido (586/2004, de 10 de mayo [LA LEY 12783/2004]); tranxilium (215/2002, de 7 de mayo [LA LEY 6310/2002]); trankimazin (54/2006, de 1 de febrero); el hachís (1392/2005, de 1 de diciembre, 281/2005, de 3 de marzo [LA LEY 11767/2005], 945/2002, de 17 de mayo [LA LEY 7330/2002], 970/2004, de 22 de julio [LA LEY 2092/2004]).

El Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2004 [LA LEY 261473/2004] establece que la sustancia GHB (gammahidroxibutirato y ácido gammahidroxibutírico) debe considerarse causa de grave daño a la salud, y que de dicha sustancia, la cantidad de notoria importancia debe fijarse en 10.500 gramos en estado puro. Igual criterio debe seguirse para la sustancia denominada GBL, abreviatura de gammabutirolactona. Recogiendo estos criterios en relación a estas sustancias, la Sentencia 1224/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 356/2005].

La Sentencia 210/2005, de 22 de febrero [LA LEY 1952802/2005], establece que el hecho de no estar determinada la pureza de la droga no autoriza a degradar la calificación de una sustancia que es gravemente perjudicial para la salud en otra que no lo es, y en nuestro caso es determinante la catalogación de la misma en los Convenios internacionales suscritos por España y la jurisprudencia invariable de esta Sala, que siempre ha considerado a la «cocaína» entre las denominadas vulgarmente «drogas duras» y acudiendo a la jurisprudencia de la Sala sobre dosis mínimas psicoactivas considera que el producto analizado (cocaína), con adulterante, en la cuantía de 21,45 gramos, era susceptible de dañar la salud de tercero. A esa inferencia extraída de las manifestaciones del experto, se unía la consideración de que constituye criterio de experiencia el hecho de que la droga que circula por el denominado «mercado negro» es prácticamente imposible que no posea más del 1% de pureza, como lo atestigua la sociología criminal y la estadística. Pues bien, acogiendo tal criterio de experiencia y aunque reputáramos que la droga aprehendida posee ese grado de pureza, todavía rebasaría en más de cuatro veces el mínimo psicoactivo de la cocaína, señalado, con carácter orientativo por esta Sala, en 0,05 gramos.

Como señala la Sentencia 1616/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 198177/2001], para la correcta aplicación del inciso primero del art. 368, relativo a sustancias o productos que causan grave daño a la salud, debe estar acreditado que entre las sustancias que suministran, si éstas son diversas, se encuentren algunas de las que entren en esa categoría. En el registro se encontraron 2 porciones de cocaína con un peso de 0,07 gramos y la Sentencia citada considera que la mención sobre el suministro de sustancia estupefaciente diversa es poco precisa, y no cabe incluir en ella tanto los productos gravemente dañinos como los que no lo son, y a favor del reo debe considerarse referida a estos últimos, y la cocaína hallada en la vivienda no puede estimarse destinada al tráfico dado su ínfima cuantía y, en consecuencia, ha de aplicarse el inciso segundo de ese precepto.

Iter criminis

Nos hallamos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado o consumación anticipada, desde el punto de vista de la acción típica que excluye o no precisa de la producción de

resultado alguno, sin olvidar la nota delimitadora del bien jurídico como pauta para commensurar la existencia e intensidad de la antijuricidad y que está integrada por un concepto de naturaleza abstracta (la salud pública en general). Con esa caracterización el legislador ha redactado un tipo abierto a las posibilidades conductuales de ejecutar el hecho en concepto de autor, con detrimento de las conductas colaterales o secundarias, que son elevadas a la categoría de autoría; y a su vez el grado de consumación se entiende alcanzando con el más mínimo despliegue de una conducta causalmente encaminada (no se precisa que sea exitosa) a la promoción o favorecimiento de cualquier actividad relacionada con el cultivo, elaboración o tráfico en cuanto se dirija a obtener (basta el intento) el consumo por terceros de las sustancias estupefacientes prohibidas. El legislador construyó un tipo flexible («tipos de caucho») que ensancha considerablemente las conductas punibles, y se conformó con una aportación causal mínima al hecho criminal para responder como autor de un delito consumado, dada la automática perfección del injusto típico, que tiene lugar con el solo hecho de desplegar cualquier actividad tendencial en tanto se halle prevista en el art. 368 CP. Sólo muy excepcionalmente esta Sala ha estimado la tentativa o la complicidad (328/2009, de 31 de marzo [LA LEY 34624/2009]).

Como se ha dicho, el delito de tráfico de drogas es de riesgo o peligro abstracto y de mera actividad, que no necesita que se produzca ningún resultado concreto para su consumación. Por ello, es de aquellos supuestos delictivos en los que la terminación y agotamiento del resultado no es consustancial al tipo (ATS de 28 de septiembre de 2001).

La Sala Segunda ha venido considerando que el tipo previsto en el art. 368, como delito de peligro y de consumación anticipada, supone que la simple tenencia preordenada al tráfico con terceros ya cumple todos los requisitos objetivos y subjetivos del tipo penal (906/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9638/2000], y 916/2000, de 29 de mayo [LA LEY 8992/2000], y 1387/2000, de 14 de septiembre [LA LEY 11559/2000], 207/2002, de 11 de febrero [LA LEY 1060054/2002], 11/2005, de 14 de enero [LA LEY 10964/2005]).

En consecuencia, la jurisprudencia se ha venido mostrando reacia a admitir formas imperfectas de ejecución, como recuerda la Sentencia 57/2003, de 23 de enero [LA LEY 11568/2003], bastando la posesión de la sustancia o su transporte. Y, como se ha visto antes, no se precisa que la posesión sea material o física.

Se trata de un delito de los calificados de resultado cortado, razón por la que sólo excepcionalmente se admite la existencia de estados intermedios de la ejecución. Las Sentencias 1234/2003, de 1 de octubre [LA LEY 153631/2003]; 2354/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 984/2002]; 767/2002, de 25 de abril [LA LEY 5939/2002] y 1086/2002, de 11 de junio [LA LEY 7333/2002], expresan que cabe admitir excepcionalmente la tentativa cuando el acusado no ha llegado a tener disponibilidad, ni aun potencial, sobre la droga, que no ha estado en su posesión, ni mediata ni inmediata. Es decir, que el intento de lograr la tenencia, materializado en acciones próximas a su obtención, es punible como tentativa, cuando dicha tenencia no se alcanza por razones ajenas a la voluntad del autor. También se admite la tentativa en supuestos de envíos de droga de un lugar a otro cuando quien acude a recogerla no forma parte del plan inicial, no es el destinatario del envío y no ha tenido contacto de ninguna clase con la droga (25/2003, de 16 de enero [LA LEY 9095/2003]).

En esta línea, ya la Sentencia 1321/1997, de 4 de noviembre [LA LEY 10350/1997], consideró frustrado el delito en un caso de droga controlada por la policía (entrega vigilada del art. 263 bis

LECrim.) cuando ya la destinataria del paquete postal la había recogido de la Oficina de Correos e inmediatamente después fue detenida por los agentes que allí se encontraban.

Las Sentencias 289/2005, de 4 de marzo [LA LEY 1960688/2005], y 791/2005, de 22 de junio [LA LEY 2025030/2005], recuerdan que la jurisprudencia ha considerado la posibilidad de la **tentativa** delictiva, en el delito de narcotráfico, sobre todo en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de transporte, respecto a la persona que recoge la mercancía. Se deben distinguir dos posiciones distintas:

a) Si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico.

b) Si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, se trata de un delito intentado (1673/2003, de 2 de diciembre [LA LEY 442/2004]). En definitiva: 1.º sin haber intervenido en la operación previa destinada a traer la droga desde el extranjero; 2.º sin ser el destinatario de la mercancía; 3.º sin que llegue a tener disponibilidad efectiva de la droga intervenida, por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma o justo en ese momento por agentes policiales ya apercibidos, en los supuestos de entregas.

La primera de las citadas Sentencias considera que no puede ser aplicada esa doctrina de la Sala y se descarta la tentativa porque el acusado participó en las operaciones de envío, dando el nombre de la persona que era la destinataria final. En cambio, en el caso enjuiciado en la segunda se aprecia tentativa al no constar relación alguna con el remitente, y no haber participado en el proceso previo de envío, siendo detenidos los acusados antes de cualquier contacto con la droga. De hecho, el paquete se encontraba en poder de la policía al ser objeto de intervención judicial. En el mismo sentido, la Sentencia 1527/2004, de 28 de diciembre [LA LEY 10965/2005], recuerda que la tentativa se debe aplicar cuando el que recoge el paquete enviado no ha participado en la operación de traer la droga del extranjero. Y la Sentencia 1233/2004, de 3 de noviembre [LA LEY 10409/2005], que admite la tentativa por la colaboración del acusado posterior a la entrega vigilada del paquete que hace prácticamente imposible la consumación.

En la línea de la excepcionalidad de la tentativa, las Sentencias 866/2005, de 30 de junio [LA LEY 2025540/2005], y 163/2005, de 10 de febrero [LA LEY 32759/2005], que declaran inexistente la forma imperfecta al acreditarse acuerdo previo entre remitente y destinatario o participar en la operación de entrega (289/2005, de 4 de marzo [LA LEY 1960688/2005]).

Respecto a la posibilidad de apreciar **delito imposible** en los supuestos en los que se ha planteado, a propósito de envío de sustancias estupefacientes con entrega controlada por la Policía, la jurisprudencia tiende a descartar tal figura bien porque el acusado llegó a tener disponibilidad de la droga, bien cuando se trata de quien proyecta y hace el encargo de adquisición y transporte de la sustancia y, más todavía, si resulta, además, destinatario de la misma. Pues el que así opera es en realidad, además de promotor, el verdadero dueño de la operación, sin cuya iniciativa esencial ésta no se habría producido. Con lo que su aportación colma con plena suficiencia las exigencias del tipo que, sin ninguna razón, se dice infringido (por todas, la 2354/2001, de 12 de diciembre [LA LEY 984/2002]). O la Sentencia 207/2002, de 11 de febrero [LA LEY 1060054/2002], que

rechaza la figura aunque en el paquete postal remitido por el acusado el destinatario no pudiera ser identificado, lo que aleja cualquier posibilidad dogmática de estimar el delito imposible por inexistencia de objeto o de sujeto pasivo en un delito como el de tráfico de drogas que es de peligro abstracto y consumación anticipada.

Tampoco es común que la Sala Segunda aprecie supuestos de **desistimiento** para evitar la consumación de este delito. Así, la Sentencia 392/2005, de 31 de marzo [LA LEY 11946/2005], considera que no hay desistimiento cuando el acusado dice a la policía donde está la droga y el dinero, lo que se hace cuando el delito ya está consumado. Y la anterior 1679/2002, de 17 de octubre [LA LEY 11539/2003], aborda un situación habitual como el abandono de la droga tras ser descubierto por la Policía para descartar la existencia de desistimiento. Es necesario, dice la Sentencia, poner de manifiesto que el abandono de la droga que se poseía, forzado por la presencia de la policía que descubrió el hecho, no elimina la tipicidad del mismo ni permite apreciar desistimiento de una supuesta tentativa, pues el desistimiento en esas condiciones no es voluntario. Ello sin perjuicio de que no cabe desistimiento alguno cuando el delito ya se ha consumado, lo que, en la alternativa típica de la tenencia de droga para el tráfico, no puede ser puesto en duda.

Autoría y participación

La tipicidad del delito contra la salud pública es la de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal de sustancias tóxicas o estupefacientes. Dada la redacción de los verbos nucleares del tipo penal es difícil que quepan conductas ajenas a la realización del tipo en forma distinta de la **autoría** (403/2009, de 23 de abril [LA LEY 49558/2009]). Nos hallamos ante un delito de simple actividad o de resultado cortado o consumación anticipada, desde el punto de vista de la acción típica que excluye o no precisa de la producción de resultado alguno, sin olvidar la nota delimitadora del bien jurídico como pauta para conmensurar la existencia e intensidad de la antijuricidad y que esta integrada por un concepto de naturaleza abstracta (la salud pública en general). Con esa caracterización el legislador ha redactado un tipo abierto a las posibilidades conductuales de ejecutar el hecho en concepto de autor, con detrimento de las conductas colaterales o secundarias, que son elevadas a la categoría de autoría; y a su vez el grado de consumación se entiende alcanzando con el más mínimo despliegue de una conducta causalmente encaminada (no se precisa que sea exitosa) a la promoción o favorecimiento de cualquier actividad relacionada con el cultivo, elaboración o tráfico en cuanto se dirija a obtener (basta el intento) el consumo por terceros de las sustancias estupefacientes prohibidas. El legislador construyó un tipo flexible («tipos de caucho») que ensancha considerablemente las conductas punibles, y se conformó con una aportación causal mínima al hecho criminal para responder como autor de un delito consumado, dada la automática perfección del injusto típico, que tiene lugar con el solo hecho de desplegar cualquier actividad tendencial en tanto se halle prevista en el art. 368 CP. Sólo muy excepcionalmente esta Sala ha estimado la tentativa o la complicidad (328/2009, de 31 de marzo [LA LEY 34624/2009]).

La definición legal del art. 368 del Código Penal es amplia e incluye la realización de cualquier conducta de promoción, favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito de esas drogas o sustancias y, por lo tanto, la facilitación del uso de un medio de transporte para la realización del tráfico es ya por sí solo una participación como autor en la comisión del delito (196/2001, de 14 de febrero [LA LEY 36398/2001]). Si bien la Sentencia 396/2001, de 14 de marzo [LA LEY 4722/2001], precisa que la Sala Segunda ha establecido que, en principio, la mera connivencia no implica por sí sola coautoría en el tráfico de drogas o en la tenencia de éstas para el tráfico, siendo preciso analizar cada caso concreto. La Sentencia 722/2003, de 12 de mayo [LA

LEY 10433/2003], que recoge la doctrina unánime de la Sala Segunda, establece que dados los amplios términos en los que aparece configurado el tipo penal convierte en autores a todos los concertados para la actividad de tráfico de drogas, esto es, cuando existe un previo acuerdo entre los sujetos con independencia de cuál es el rol concreto a ejecutar por cada uno de ellos, siempre que su colaboración contribuya, como establece el art. 368, a promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Cuando se remite la droga por correo o cualquier otro sistema de transporte, y el acusado ha participado en la solicitud u operación de importación, o bien figura como destinatario de la misma, una reiterada doctrina jurisprudencial considera que quien así actúa es autor de un delito consumado por tener la posesión mediata de la droga remitida y por constituir un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico(313/2009, de 25 de marzo [LA LEY 34623/2009], con cita de la 379/2000, de 13 de marzo [LA LEY 58221/2000], 1393/2000, de 19 de septiembre [LA LEY 10954/2000], 1737/2000, de 15 de noviembre [LA LEY 207611/2000], 28/2001, de 20 de enero [LA LEY 6127/2001], y 65/2001, de 29 de enero [LA LEY 24713/2001], entre otras).

Para establecer la cooperación necesaria, la jurisprudencia acude a la teoría de los bienes escasos, que no sea un sujeto que se incorpora decididamente a la actividad básica, tales como la espera, el acompañamiento (76/2001, de 30 de enero [LA LEY 2418/2001]); guardar la sustancia estupefaciente para que el dueño pueda disponer de ella (906/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9638/2000]); la figura del «mediador» o «intermediario» se ha venido identificando como cooperador necesario (376/2000, de 8 de marzo [LA LEY 5818/2000]); actos de vigilancia (916/2000, de 29 de mayo [LA LEY 8992/2000]).

Con respecto a la complicidad, la jurisprudencia advierte que la concepción amplia de la autoría hace que, en la práctica, sean infrecuentes los actos de **complicidad** pura que no desborden su estricta esfera y que no se conviertan en conducta de cooperación necesaria. Así, la Sentencia 356/2001, 6 de marzo [LA LEY 4367/2001], admite que la complicidad es difícilmente apreciable en los delitos de tráfico de drogas, dada la amplitud con la que está redactado el art. 368 del Código Penal, quedando limitada a actuaciones muy secundarias, según la Sentencia 1647/2003, de 3 de diciembre [LA LEY 11984/2003], y en el mismo sentido, la anterior 873/2003, de 13 de junio [LA LEY 121/2003]. No obstante, no puede descartarse la apreciación de este grado menor de participación en el caso de conductas auxiliares que beneficien a quien es el verdadero traficante, es decir, que no favorezcan directamente al tráfico, sino que «favorezcan al favorecedor» (259/2003, de 25 de febrero [LA LEY 12399/2003]); y como recuerdan las Sentencias 1609/2002, de 4 de octubre [LA LEY 775/2003], o 1184/2000, de 26 de junio [LA LEY 11108/2000], las normas generales de la participación delictiva no sufren derogación alguna en relación al delito de tráfico de drogas. El TS ha admitido en algunas Sentencias la complicidad aunque con el carácter restrictivo y excepcional destacado. Así, la Sentencia 120/2003, de 28 de febrero [LA LEY 12415/2003], calificó de complicidad, ratificando la de la Audiencia Nacional, la conducta de quien llevó a cabo una actividad consistente en el ajuste de la frecuencia de la emisora para su conexión (desde tierra) por el espacio radioeléctrico con el barco que transportaba la droga, al ser una actividad meramente auxiliar o periférica, no esencial. También se consideró complicidad la mera indicación a los compradores del domicilio del vendedor (500/2003, de 7 de abril [LA LEY 1406677/2003]); el acompañamiento del tráfico, conociendo que se dedica al comercio de pequeñas cantidades de drogas tóxicas (1386/2001, de 12 de julio [LA LEY 7109/2001]); el llevar en su vehículo y acompañar al traficante en sus desplazamientos (423/2003, de 17 de marzo [LA LEY 12090/2003]); la acción espontánea de intentar hacer desaparecer la droga (1463/2002, de

6 de septiembre [LA LEY 11471/2003]); la ocultación ocasional y pasajera de la droga que otro posee (1933/2001, de 18 de octubre [LA LEY 1822/2002], y 1430/2002, de 24 de julio [LA LEY 10167/2003]); la colaboración en el acarreo de la droga hasta un automóvil en el que iba a ser transportada (110/2001, de 12 de julio); la atención de llamadas telefónicas provenientes de proveedores de drogas, cuando el autor del delito no podía atenderlas (960/2001, de 28 de mayo [LA LEY 6154/2003]); la vigilancia del lugar donde está la droga (2459/2001, de 21 de diciembre); acompañar, contratar alquiler de vehículo y alojamiento de la persona encargada de recuperar un alijo (914/2004, de 12 de julio [LA LEY 1729232/2004]).

No obstante, la Sentencia 233/2004, de 27 de febrero [LA LEY 11951/2004], del mismo modo que la Sentencia 474/2003, de 27 de marzo [LA LEY 12744/2003], establece que todo acto de auxilio al poseedor de la droga con destino al tráfico encaja en alguno de los supuestos del art. 368 CP en calidad de autoría directa, dados los amplios términos en los que aparece configurada esta clase de infracción penal. De tal manera que la jurisprudencia del TS ha llegado a establecer, de forma pacífica y reiterada, que en el delito tipificado en el art. 368 no caben las formas accesorias de participación por cuanto toda forma de colaboración en esta figura se constituye en autoría según la descripción del ilícito en la que el legislador ha querido expresar su voluntad de equiparar a la autoría las formas accesorias de participación en la actividad delictiva (106/2004, de 29 de enero [LA LEY 11965/2004]).

Las últimas Sentencias como la 680/2004, de 31 de mayo [LA LEY 1953723/2004], 11/2005, de 14 de enero [LA LEY 10964/2005], 93/2005, de 31 de enero [LA LEY 894/2005], y 964/2005, de 15 de julio [LA LEY 2025019/2005], consideran que la complicidad en este delito es de aplicación excepcional en supuestos de favorecimiento al favorecedor: ser acompañante del transportista conociendo la existencia de la droga (1371/2004, de 23 de noviembre [LA LEY 772/2005]); los tripulantes de embarcación que transportaba droga y cuyo conocimiento surge a lo largo del trayecto porque colaboran en el tramo posterior de los hechos cuando la mercancía ilícita estaba a disposición de los autores; sabiendo que había droga en el domicilio entregársela a un tercero siguiendo instrucciones de su propietario. Pero en la mayoría de los casos se trataría de autoría: como ser destinatario del paquete postal con cocaína (730/2004, de 8 de junio [LA LEY 1953721/2004]); acompañar en las diversas gestiones y reuniones con terceros para llevar a cabo la actividad de tráfico de drogas (807/2004, de 24 de junio [LA LEY 1729130/2004]); el matrimonio que cede su vivienda a los autores materiales siendo ocupada en el dormitorio de aquél la sustancia ilícita, así como dos balanzas de precisión sobre su armario (1078/2004, de 23 de septiembre [LA LEY 1789612/2004]); participar en la elaboración y transporte de la sustancia (1224/2004, de 15 de diciembre [LA LEY 356/2005]); tener la posesión mediata de la droga en disposición de venta, con capacidad para decidir si se pagaban o no las pruebas que se entregaban a los posibles compradores (93/2005, de 31 de enero [LA LEY 894/2005]); facilitar el camión y el chofer para el transporte de la droga (964/2005, de 15 de julio [LA LEY 2025019/2005]).

También la figura del encubrimiento es de difícil construcción en relación con los delitos de esta naturaleza (1110/2001, de 12 de junio [LA LEY 6639/2001], 1647/2003, de 3 de diciembre [LA LEY 11984/2003], y 986/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 2428/2004]).

Concursos

Típicamente se ha planteado el concurso entre los delitos de contrabando y de tráfico de drogas. A partir de la reunión plenaria de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997 se cambió

el criterio anterior de aplicar el concurso ideal de ambos delitos, considerando que sólo había un concurso de normas. Así lo reconocen las Sentencias 670/2000, de 17 de abril [LA LEY 84033/2000], y 1800/2000 de 12 de enero [LA LEY 3258/2000] y 366/2001, de 6 de marzo [LA LEY 50963/2001], entre otras. La concurrencia del tráfico de drogas y del contrabando de éstas sólo da lugar, en la situación jurídica posterior a la reforma de 1995, a un concurso de normas que se resuelve según lo establecido en el art. 8.3 del Código Penal. En el mismo sentido, considerando que existe concurso de leyes entre ambas infracciones, apreciándose sólo el tráfico de estupefacientes, en el que queda consumido el de contrabando, tenemos las SS 1800/2000, de 12 de enero [LA LEY 3258/2000], y 89/2002, de 25 de enero [LA LEY 3704/2002].

Una pluralidad de actos realizados por el mismo sujeto que favorece el tráfico o el consumo ilegal por otras personas constituye un sólo delito, aunque esté integrado por varias acciones en cuanto sirvan para conformar la descripción típica de los que ejecuten actos de cultivo, elaboración, tráfico. Nos encontramos ante lo que un sector doctrinal denomina tipos que incluyen conceptos globales, es decir, hechos plurales incluidos en una única figura delictiva, lo que obliga a considerar que una variedad de acciones punibles de contenido semejante constituye, no un delito continuado, sino una sola infracción penal (187/2009, 3 de marzo [LA LEY 7032/2009], con cita de la 1183/2000, de 3 de julio [LA LEY 10563/2000], 519/2002, de 22 de marzo [LA LEY 6627/2002], y 118/2005, de 9 de febrero [LA LEY 12327/2005]).

Artículo 369.

1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1.^a El culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, trabajador social, docente o educador y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2.^a El culpable pertenciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.

3.^a El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.

4.^a Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

5.^a Las sustancias a que se refiere el artículo anterior se faciliten a menores de dieciocho años, a disminuidos psíquicos o a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

6.^a Fuere de notoria importancia la cantidad de las citadas sustancias objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

7.^a Las referidas sustancias se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otras, incrementando el posible daño a la salud.

8.^a Las conductas descritas en el artículo anterior tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabitación o rehabilitación, o en sus proximidades.

9.^a El culpable empleare violencia o exhibiere o hiciere uso de armas para cometer el hecho.

10.^a El culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciese la realización de tales conductas.

2. En los supuestos previstos en las circunstancias 2.^a, 3.^a y 4.^a del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo y, además, la autoridad judicial podrá decretar alguna de las siguientes medidas:

1.^a La pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, durante el tiempo que dure la mayor de las penas privativas de libertad impuesta.

2.^a La aplicación de las medidas previstas en el art. 129 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: art. 368.

LO 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor.

LRRPM (§ 3.4).

Circular 2/2005, de 31 de marzo, de la Fiscalía General del Estado referidas a aspectos relativos a los subtipos agravados de este art. 369.

Redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La redacción anterior decía:

«Se impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las respectivamente señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando:

1.º Las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se faciliten a menores de dieciocho años o disminuidos psíquicos, o se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros asistenciales.

2.º Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.

3.º Fuere de notoria importancia la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas objeto de las conductas a que se refiere el artículo anterior.

4.º Las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación.

5.º *Las referidas sustancias o productos se adulteren, manipulen o mezclen entre sí o con otros, incrementando el posible daño a la salud.*

6.º *El culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional.*

7.º *El culpable participare en otras actividades delictivas organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito.*

8.º *El culpable fuere autoridad, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador y obrase con abuso de su profesión, oficio o cargo.*

9.º *Se utilice a menores de dieciséis años para cometer estos delitos».*

Circunstancia 1.ª

La Sentencia 1837/2000, de 28 de noviembre [LA LEY 217220/2000], aplica la cualificación relativa a la condición de autoridad o funcionario público al guarda del Parque Nacional de Doñana donde se desembarcó el hachís, al reconocer que existió abuso de su oficio quebrantando el específico papel de quien tiene a su cargo y cuidado funciones de vigilancia, protección y custodia del parque.

La Sentencia 698/1999, de 30 de abril [LA LEY 6391/1999], ratifica la correcta aplicación de la agravación prevista en el núm. 7 del anterior art. 344 al funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, destinado en la Comisaría de Terrassa y Rubí y que desarrolló la conducta que se declara probada con diversas personas a las que, por razón profesional, suponía que podrían dedicarse al comercio ilegal de drogas. En el mismo sentido tenemos la Sentencia 674/1997, de 7 de julio, que se aplica a un Policía que se prevale de su condición para perpetrar el delito. Y ello aunque en el relato fáctico no exista dato alguno que concrete las ocasiones y razones a cuya virtud el acusado aprovechó su cualidad funcional para delinquir, ya que, indiscutida la cualidad de Inspector del Cuerpo Nacional de Policía del acusado, deviene en correcta la aplicación de la circunstancia citada, la cual se conforma como una agravación unida en este supuesto al carácter de funcionario público y basada, no en la superioridad concreta que se ejerce como derivada de la función, sino en la deslealtad con la causa pública y con la confianza que todo ciudadano deposita en determinadas profesiones, las cuales se ven pervertidas por una dedicación impropia que, como el caso presente, es singularmente relevante por ser el recurrente un Policía encargado de perseguir los delitos que comete. En el mismo sentido, Sentencia 945/1997, de 30 de junio [LA LEY 7683/1997].

También las recientes Sentencias 788/2005, de 18 de junio, referida al Policía Local que sustrae varios fardos de hachís incautados y la 305/2005, de 8 de marzo [LA LEY 11894/2005], que aplica también esta agravación al inspector del Cuerpo Nacional de Policía y jefe del Grupo Tercero de Estupefacientes que para comerciar con ellas sustrae drogas destinadas para su destrucción o las sustituye por sustancias inocuas o de peor calidad.

La Sentencia 139/1998, de 18 de mayo [LA LEY 6515/1998], aplica la circunstancia primera al facultativo que de acuerdo con su esposa expide recetas por precio a drogodependientes para la adquisición de estupefacientes (Rohipnol).

La Sentencia 1370/1992, de 11 de junio [LA LEY 2330/1992], aplica la agravación como facultativo a la ATS en el Servicio de Urgencias de la Seguridad Social que suministró una papelina

de heroína que escondió en el vendaje del detenido lesionado que acudió conducido por la Policía Municipal. También en este caso se pone el acento en el abuso profesional de la facultativa que, por ser ATS, pudo curar la mano lesionada y pudo esconder entre el vendaje la papelina, incluso en presencia de terceros a los que, por las razones que fuera, no pasó desapercibida la torpe maniobra. Esta Sentencia considera que lo importante y definitivo para aplicar esta agravación al facultativo es que actúe en cuanto tal, no como simple particular, ya que esa actuación profesional, como profesional y por profesional, es la que conforma el abuso de su oficio.

Circunstancias 2.^a y 3.^a

El Código no contiene una definición auténtica, previa y concreta, de los términos organización o asociación. No es definitiva, aunque puede aportar alguna luz al esclarecimiento del concepto, la definición de delincuencia organizada que establece el art. 282 bis de la LECrim. al tratar la figura del agente encubierto. De este precepto se pueden extraer las notas de permanencia y reiteración de las conductas. Esta Sala ha considerado que en el concepto de asociación u organización debe incluirse «cualquier red estructurada, sea cual fuere la forma de estructuración, que agrupe a una pluralidad de personas con una jerarquización y reparto de tareas o funciones entre ellas y que posea una vocación de permanencia en el tiempo». No cabe pasar por alto las expresiones que el Código incorpora al configurar esta hiperagravación o cualificación de segundo grado, refiriéndose a la «transitoriedad» de la asociación o a la «ocasionalidad» en la consecución de los fines perseguidos por ésta, lo que amplía en grado sumo las posibilidades subsuntivas de agrupaciones o asociaciones de dos o más personas que respondan a los criterios jurisprudenciales señalados. Una cuestión interpretativa más surge como consecuencia de la aparente desvinculación de esta figura cualificada del tipo básico al que se remite, por el hecho de relacionar la organización o asociación con la finalidad de difundir las sustancias o productos tóxicos o psicotrópicos, aunque debemos entender, desde una elemental interpretación lógica, que la conducta de difusión referida afecta y en definitiva constituye un modo de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas. En todo caso la agravación debe quedar perfectamente deslindada de los supuestos de codeincuencia o transitoria consorciabilidad para el delito. Serán notas diferenciadoras de la idea asociativa u organizativa: a) La forma jerárquica de la misma en la que unas personas, con mayor responsabilidad dan las órdenes que otras ejecutan. Las primeras normalmente están más apartadas del objeto del delito. b) El reparto de papeles o funciones, lo que hace que un miembro con un cometido pueda ser reemplazado por otro sin que resulte afectado el grupo. c) Que posea vocación de estabilidad o permanencia en el tiempo, sin perjuicio de la evolución o acomodación de su estructura originaria a las circunstancias sobrevenidas en busca de una mayor eficacia en sus objetivos ilícitos y mayores obstaculizaciones o dificultades en el descubrimiento de la red criminal. Este complejo de personas con organigrama y planificación previa, pertrechadas normalmente con medios adecuados a los fines delictivos propuestos, hace que resulte más difícil al Estado luchar contra tales redes perfectamente estructuradas, que a su vez realizan, lógicamente, operaciones de mayor envergadura. Ésa y no otra es la *ratio* de la cualificación de la conducta (219/2009, de 19 de febrero [LA LEY 14415/2009], con cita de la 808/2005, de 23 de junio [LA LEY 14104/2005]).

El elemento diferencial de la organización, respecto del concurso de personas, consiste en la reunión de un número de personas vinculadas por una finalidad común que debe ser alcanzada mediante el sometimiento de la voluntad de cada uno a la decisión del conjunto, con una distribución de tareas adecuada para la comisión de uno o varios delitos. Por lo tanto, el concepto de organización a los efectos del delito de tráfico de drogas no consiste sólo en un acuerdo de volun-

tades referido a una manera de actuar, sino que requiere una actuación conjunta en la forma de una organización en la que quepa distinguir un sistema de jerarquías, aunque sea informal, de los miembros, una actividad mercantil ilícita y la ejecución controlada de la ejecución de los delitos o del delito. No se trata, por lo tanto, de los instrumentos más o menos modernos que utilicen los partícipes para comunicarse entre sí o para llevar a cabo el transporte, sino de una estructuración del grupo adoptando especiales medidas para neutralizar la persecución del delito y conseguir de esa manera un aumento cualitativo de la capacidad delictiva (727/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 176103/2008]).

Como organización o asociación debe entenderse una red estructurada, con diverso nivel de formalidad, en la que debe existir una determinada jerarquía, un reparto de papeles y cierta vocación de continuidad. En relación a este último requisito, dado que el legislador incluye en el precepto los supuestos de organización transitorios, no es preciso que se trate de una organización estable; es suficiente con que exista una mínima permanencia que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia (1095/2001, de 16 de julio [LA LEY 7420/2001]). Es más, se admite la constitución de una organización para una operación específica siempre que concurren los elementos que caracterizan a una organización criminal, a saber: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con independencia de las personas (1579/2000, de 10 de marzo de 2000 [LA LEY 57064/2000]).

La Sentencia 108/2003, de 5 de mayo [LA LEY 12580/2003], establece como requisitos: a) la concurrencia de dos o más personas; b) el acuerdo entre ellas de promover la difusión de drogas a gran escala; c) la coordinación entre dichas personas y la programación por ellas de un proyecto o plan para desarrollar la idea criminal, cuya meta final estribará en la comercialización de los estupefacientes. Será necesaria la asignación de distintas tareas, funciones y papeles a los partícipes agrupados, sin que sea preciso el establecimiento de reglas o estatutos.

Por reunir esas características, la Sentencia 184/2002, de 12 de febrero [LA LEY 33752/2002], estima la aplicación correcta de esta circunstancia al grupo dedicado a introducir grandes cantidades de heroína en nuestro país para su posterior distribución, ya que existía una pluralidad de personas con medios idóneos para desarrollar ese plan y con reparto de tareas. En la misma línea, la 2545/2001, de 4 de enero [LA LEY 2536/2002], describe algunos supuestos concretos de actuación en la organización y de reparto de papeles; en concreto la del Abogado que no actúa como tal sino como mediador en el blanqueo de dinero procedente del tráfico ilegal de drogas.

En cambio, la Sentencia 1177/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 108/2004], considera que no procede la aplicación de dicha agravación en los casos en los que se pueda deducir que la organización, por la cantidad de droga intervenida, puede sustentar la existencia de una estructura previa pero no necesariamente como tal organización sino como mera codelinquencia.

La reciente Sentencia 183/2005, de 18 de febrero [LA LEY 12238/2005], recuerda el criterio lineal de la jurisprudencia respecto a esta circunstancia. Así, expresa que la organización ha de entenderse en la amplia extensión de su mismo concepto, abarcando el que varias personas programen un proyecto o propósito para desarrollar una idea criminal, sin que sea preciso una ordenación perfecta. La organización implica así una multiplicación de los efectos gravísimamente nocivos de esta delincuencia porque el número y grupo potencia las posibilidades de realización de la actividad delictiva y por el cierto sentido de protección recíproca que el actuar de forma gru-

pal significa. La S 6-7-90 habla de un plan previamente concertado y dirigido, a veces, por personas que no participan necesariamente en los actos directos de comercio y difusión de la droga, y en las de 18-4-91 y 12-2-93 se añaden las notas de estructura jerárquica y cierta permanencia. Si existen los elementos de acuerdo o plan previo para difusión, distribución de roles y cometidos, utillaje y estructura inmobiliaria, que dotados de una cierta durabilidad y designio de continuidad van más allá de la simple u ocasional consorciabilidad para el delito, se está en presencia del subtipo examinado. La citada Sentencia de 10 de marzo de 2000 ya sintetiza los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido (en igual sentido, Sentencia 18-9-2002 [LA LEY 7786/2002]).

La organización, continúa esta Sentencia, que opera como agravante en el delito del art. 368 CP, requiere que los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos u otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren, aunque ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una «empresa criminal», entendido que para que se dé este subtipo agravado no es preciso que todos los inculpados participasen directamente en sus actos de comercio o difusión de droga.

La Sentencia 1177/2003, de 12 de septiembre [LA LEY 108/2004], precisaba que en nuestro Código no se dice qué ha de entenderse por organización o asociación a los efectos de la concurrencia de esta agravación. Según doctrina de esta Sala al efecto cualquier red estructurada, cualquiera que sea la forma de tal estructuración, que agrupa a una pluralidad de personas, ordinariamente con una jerarquización y un reparto de papeles entre ellas, y siempre que haya alguna duración en el tiempo, bien porque hayan sido varios los hechos delictivos realizados con la misma o similar estructura, bien porque, aunque sólo se haya acreditado un hecho, de éste hayan quedado de manifiesto unas características que revelen una cierta vocación de continuidad. Así las cosas, todas las personas partícipes en el delito integradas en tal estructura («pertenencia») incurrir en este subtipo agravado.

La citada Sentencia 183/2005 [LA LEY 12238/2005] continúa expresando que, pese a los términos «incluso de carácter transitorio» y «aun de modo ocasional» utilizados en este art. 369.3 es imprescindible para su aplicación el mencionado requisito de carácter temporal, así lo deducimos de los propios términos «organización o asociación» que no cabe concebir si no es con una duración más o menos prolongada. Tiene que haber algo más que una mera reunión de personas para adquirir. Es algo más que la simple codelinquencia; la razón de ser radica en la mayor facilidad comisiva y mayor peligrosidad que existen cuando hay esa estructura más o menos ordenada al fin de delinquir en esta clase concreta de delitos tan graves para la salud y la convivencia de los ciudadanos. Dicha resolución concluye admitiendo que los problemas de prueba pueden ser, sin duda, importantes en este subtipo agravado, hasta el punto de que las evidentes dificultades

probatorias que nos podemos encontrar, dada la clandestinidad de la organización y de sus actividades para demostrar directamente los presupuestos que conforman la estructura organizativa sólo pueden ser soslayadas mediante la utilización de la prueba indirecta, circunstancia indiciaria o de presunciones. Las Sentencias 13367/2005, de 2 de febrero, y 358/2005, de 22 de marzo [LA LEY 1961186/2005], acogen también dicha doctrina.

No obstante, advierte la repetida Sentencia 183/2005 [LA LEY 12238/2005], la pertenencia a una organización no puede confundirse con la situación de coautoría o coparticipación. La existencia de personas coordinadas —sin sujeción jerárquica— no supone la existencia de organización. La organización es un *aliud* y un *plus* frente a la mera codelinencia. Por no acreditarse ese *plus*, la Sentencia 1250/2004, de 7 de diciembre [LA LEY 10727/2005], no aplica este subtipo agravado, y la 640/2004, de 20 de mayo [LA LEY 1681/2004], hace lo mismo por ausencia de una clara distribución de funciones, de estructura jerárquica y por la carencia de medios materiales comunes. Y es que, ya la Sentencia 136/1998, de 4 de febrero, subrayaba que aunque no es necesario un organigrama detallado de todas y cada una de las actividades encomendadas a cada uno de los componentes del grupo, hasta que exista un entramado que funcione coordinadamente para potenciar las posibilidades del tráfico y difusión de la droga, sin que sea exigible que cada uno de los integrantes del grupo conozca pormenorizadamente las misiones encomendadas a todos los partícipes en particular. Criterio reiterado ya en la Sentencia 890/1999, de 5 de junio, que manifestaba que la existencia de la organización no depende del conocimiento directo que los niveles jerárquicos más bajos de la trama tengan de los niveles más altos; todo lo contrario, en tanto existe entre unos y otros un sistema organizado de traslado de decisiones que funciona con independencia de la relación personal se pone de manifiesto su existencia.

Circunstancia 4.^a

La jurisprudencia no avala un entendimiento puramente locativo del precepto que establece como circunstancia de agravación que los hechos fueran realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos. El escenario en el que se comete el delito sólo puede ser tomado en consideración para fundamentar la aplicación de un tipo agravado cuando, por sus circunstancias, añade una mayor intensidad de injusto. Se trata, en fin, de evitar que un local adscrito a otras finalidades, sea puesto al servicio de la clandestinidad, facilitando así la impunidad y haciendo más rentable la ofensa al bien jurídico tutelado. La mayor agravación de la pena exige que los presupuestos fácticos que la explican se hallen plenamente acreditados. La existencia misma del establecimiento público y la actividad que en él se desarrollan, han de hallarse subordinadas a la clandestina distribución de estupefacientes. Por regla general, será necesario que la ocupación comercial de quienes regentan el establecimiento sea, en realidad, una fingida excusa para facilitar la difusión de la droga. La agravación, en fin, aparecerá plenamente justificada cuando la actividad principal esté plenamente subordinada a la labor clandestina de favorecimiento del consumo ilegal de drogas. La jurisprudencia de esta Sala ya ha tenido ocasión de delimitar el alcance de la agravación prevista en el art. 369.1.4 CP. En la 1090/2003, 21 de julio [LA LEY 127319/2003], recordábamos que el art. 369 CP contiene varios supuestos en los que procede aplicar una pena gravada respecto de las penalidades básicas señaladas en el artículo precedente, al entender el legislador que la conducta a la que se refieren contiene un mayor contenido antijurídico al suponer un peligro de más entidad para el bien jurídico y merecer por ello un más intenso reproche, siendo uno de esos casos el que tiene lugar cuando los hechos fueran realizados en establecimientos públicos por los responsables o empleados de los mismos. El fundamento de esta agravación se encuentra, como hemos dicho, en el incremento del peligro para el bien jurí-

dico, en cuanto que pone al alcance del consumidor una mayor facilidad de acceso a la droga y permite al vendedor aprovecharse de las condiciones del establecimiento, en cuanto responsable o empleado del mismo, y de la presencia indiscriminada de clientes en aquél para proceder a la ejecución de los actos de tráfico. No es ajena a esta consideración la exclusión de actos puramente esporádicos y aislados en los que no se aprecian las razones agravatorias que se acaban de expresar, al no revelarse en ellos un mayor peligro para el bien jurídico. La 217/2000, de 10 de febrero [LA LEY 35235/2000], señaló en este sentido que «el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (889/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 235224/2008]).

El subtipo agravado no permite una interpretación extensiva, de modo que la venta de esas sustancias en uno de esos establecimientos no implica la aplicación automática de la agravación, sino que es preciso que en los hechos probados conste de alguna manera que el autor se ha aprovechado de las facilidades que tal clase de establecimiento le proporciona para ejecutar el acto delictivo y que tal aprovechamiento ha supuesto un incremento en el peligro prohibido por la norma (217/2000, de 10 de febrero [LA LEY 35235/2000] y 1908/2001, de 23 de octubre [LA LEY 1255/2002]).

La Sentencia 987/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 1777789/2004], recuerda la caracterización y exigencias en la aplicación de la agravación: a) Su aplicación no puede fundamentarse en meras consideraciones formales sino que exige un criterio restrictivo y un riguroso análisis de la concurrencia de los elementos materiales que constituyen la *ratio legis* de la agravación. El subtipo agravado no permite una interpretación extensiva y que cuando no conste la finalidad de tráfico en el local queda sólo a efectos penales la simple tenencia ilícita con tendencial y genérico ánimo de favorecer el consumo. b) Que el fundamento material de la agravación se encuentra en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad. c) Como consecuencia de lo anterior, es necesario constatar en los hechos probados las circunstancias reflejadas, precisándose la acreditación de que la finalidad requerida en el tipo básico planeaba ser desarrollada en tal establecimiento, excluyéndose con ello los supuestos en que el local es mero depósito transitorio de la sustancia poseída, es decir, la modalidad de posesión que conlleva un mayor contenido injusto no es la mera posesión en el local con destino al tráfico, sino la posesión con destino al tráfico en el local.

La jurisprudencia de esta Sala refiere la agravación a la realización de efectivos actos de tráfico con aprovechamiento de un establecimiento abierto al público, no bastando la mera intervención de sustancia tóxica sino resulta acreditada la realización de actos de transmisión que encuentra el fundamento de su grave castigo en la intensificación del peligro para el bien jurídico protegido que representan aquellos supuestos en que parapetados en la apariencia de la normal

explotación de un establecimiento, y merced a las oportunidades que ello reporta, existen montajes de ilegítimo tráfico de sustancias estupefacientes, y en el mayor reproche que, en el plano de la culpabilidad, deriva del desvío dedicacional de unos locales cuya permisión de apertura se ceñía a fines de utilidad o esparcimiento público, y el fraudulento, astuto e ilícito aprovechamiento de facilidades propiciadas por ese aparente marco de legalidad (215/2009, de 4 de marzo [LA LEY 6930/2009], con cita de la de 16 de octubre de 2003 [LA LEY 10653/2004]).

Por eso, las más recientes Sentencias, como la 501/2003, de 8 de abril [LA LEY 12582/2003], descartan la aplicación de esta agravación a la vista de que en los hechos probados conste que las ventas se hacían en el exterior del establecimiento, penetrando los vendedores para entregar lo recaudado al dueño y recoger más sustancia. En este caso, precisa la Sentencia, debe quedar claramente deslindado el hecho de esconder o guardar en el establecimiento la droga o el dinero proveniente del tráfico ilícito y la realización de las típicas actividades del tráfico sirviéndose o utilizando el propio establecimiento. En la misma línea, la Sentencia 1090/2003, de 21 de julio [LA LEY 127319/2003], en la que el acusado se encontraba al frente del pub en el que trabajaba, sin que figure dato alguno que permita afirmar que aprovechaba las facilidades de su trabajo, no se puede apreciar un incremento del peligro para el bien jurídico que justifique una agravación como la prevista en el art. 369 CP. Tampoco aprecia este subtipo agravado la Sentencia 435/2004, de 2 de abril [LA LEY 1677970/2004], en la que se manifiesta que la ocupación de droga a personas que habían abandonado momentos antes el local constituye una mera sospecha de que aquélla había sido vendida en el mismo, aunque en éste se hubieran encontrado sustancias de igual clase. Ni la Sentencia 719/2004, de 28 de mayo [LA LEY 1953710/2004], cuando se ocupa a una persona que salía del bar que regentaba el acusado, una papelina de cocaína, sin que, en ningún momento se le tomara declaración sobre a quién ni el lugar donde se había adquirido. Por el contrario, la más reciente Sentencia 844/2005, de 29 de junio [LA LEY 12990/2005], aplica esta agravación cuando el bar es utilizado como almacén y punto de distribución de la droga. No se trata, precisa la Sentencia, de dos hechos puntuales y esporádicos en que el empleado del Bar suministra a dos personas una dosis de droga, casos de las Sentencias 501/2003, de 8 de abril [LA LEY 12582/2003], 2215/2001, de 23 de noviembre [LA LEY 1690/2002], 217/2000, de 10 de febrero [LA LEY 35235/2000], citados por la Sentencia 111/2004, de 29 de enero [LA LEY 1563791/2004], ya que las investigaciones policiales acreditan que era la práctica habitual en dicho establecimiento.

La aplicación del subtipo supone la acreditación de una pluralidad de ventas, excluyéndose cuando sólo existe alguna venta episódica que tiene como escenario, pero no plataforma, el bar o establecimiento público (722/2008, de 28 de octubre [LA LEY 189399/2008] con cita de 5 de abril de 2001 [LA LEY 5274/2001], 329/2003, de [LA LEY 12500/2003], 1328/2002, de [LA LEY 130359/2002], o 928/2007, de [LA LEY 216841/2007], entre otras).

Circunstancia 5.^a

La jurisprudencia viene considerando que la finalidad que conlleva esta conducta agravada tiene la doble vertiente de, por un lado, proteger a estos compradores o adquirentes de la droga del daño que se les puede inferir con su consumo, evitando así, dada su edad física o mental, la habitualidad a tal consumo y su adicción posterior, y de otro, evitar que existan personas que pretendan introducir a los menores o disminuidos en la adicción a la droga. Así, recuerda la Sentencia 1199/2002, de 28 de junio [LA LEY 10147/2003], que el subtipo agravado tipo consiste en facilitar droga a menores de edad o disminuidos psíquicos y que, por tanto, la tutela reforzada del

mismo ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos la conducta típica, facilitarles droga, constituye un riesgo relevante para la salud. Y añade, en la línea anunciada, que el fundamento de la agravación consiste en la menor capacidad de los menores de edad para autodeterminarse y, en consecuencia, en la disminución de sus defensas autónomas frente a los riesgos para su salud derivados del autoconsumo de drogas.

La Sentencia 781/2003, de 27 de mayo [LA LEY 2424/2003], explica que el subtipo requiere el dolo del conocimiento de que el receptor de la droga es un menor, si bien es reticente la moderna doctrina a la admisión del dolo eventual cuando el autor tiene duda de la edad de la persona a quien se suministra la droga. Pero, sigue, en el supuesto presente la acusada tenía pleno conocimiento de la condición de menor de 18 años del niño y de la voluntad de administrar la heroína a pesar de ello. A efectos penales resulta irrelevante que la acusada tuviera como objetivo no traficar, sino lograr que el menor a quien se suministra la droga «se calle» o «no moleste».

La ya citada Sentencia 1199/2002, de 28 de junio [LA LEY 10147/2003], declara que no es requisito el conocimiento de que el ordenamiento penal trata estos supuestos con especial severidad, siempre que se tenga conciencia de la ilicitud de la conducta básica, que consiste en facilitar droga a menores de edad. Minoría de edad que, según la Sentencia 669/2002, de 15 de abril [LA LEY 6611/2002], se puede deducir de la fisonomía de los compradores.

Por lo que respecta a la cualificación que también incluye el tipo por razón de que el destinatario o receptor sea una persona sometida a tratamiento de deshabituación o rehabilitación, es preciso acreditar que el autor conocía que aquél se hallaba en tal proceso. Por eso, la Sentencia 935/1999, de 12 de junio [LA LEY 8141/1999], considera que no se puede aplicar esta figura agravada al no constar que el acusado conociera que pudiera estar siguiendo un verdadero tratamiento.

La reciente Sentencia 225/2005, de 28 de febrero [LA LEY 1204/2005], admite la posibilidad de incurrir en este primer subtipo agravado por dolo eventual consistente en actuar con indiferencia ante la edad de la persona que compraba la droga, pudiendo suponer y representarse que tenía menos de 18 años. Antes las Sentencias 12/2004, de 20 de enero [LA LEY 1598209/2004], y 244/2004, de 1 de marzo [LA LEY 1649759/2004], entre otras, también acuden a las características físicas del comprador para evidenciar la menor edad. Y la 1610/2004, de 29 de diciembre, añade que el conocimiento de la edad de la persona a la que se suministra la droga forma parte del tipo subjetivo.

Circunstancia 6.^a

Acuerdo del Pleno de la Sala Segunda de fecha 19 de octubre 2001: Cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas [LA LEY 185983/2001].

1. La agravante específica de cantidad de notoria importancia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, prevista en el número 3.º del art. 369 del Código Penal, se determina a partir de las quinientas dosis referidas al consumo diario que aparece actualizado en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001.

2. Para la concreción de la agravante de cantidad de notoria importancia se mantendrá el criterio seguido por esta Sala de tener exclusivamente en cuenta la sustancia base o tóxica, esto es reducida a pureza, con la salvedad del hachís y de sus derivados.

3. No procederá la revisión de las Sentencias firmes, sin perjuicio de que se informen favorablemente las solicitudes del indulto para que las condenas se correspondan a lo que resulta del presente acuerdo.

4. Para facilitar la aplicación de esta agravante específica, según lo acordado, se acompaña un cuadro —sobre la base del remitido por el Instituto Nacional de Toxicología— en el que se determinan las cantidades que resultan de las quinientas dosis, atendido el consumo diario estimado, de acuerdo con el informe de dicho Instituto.

Sustancia	Nombres alternativos o comerciales	Fiscalización	Cantidad de notoria importancia
Opiáceos y sustancias farmacológicamente relacionadas			
Heroína	Caballo	Lista I y IV C.U. 1961	300 gr
Morfina	Cloruro Mórfico Andromaco Cloruro Mórfico Braun Morfina Braun. Morfina Serra Mst Continus Sevedrol Skenan	Lista I.C.U. 1961	1.000 gr
Metadona	Metasedin	Lista I.C.U. 1961	120 gr
Buprenorfina	Buprex. Prefin.	Lista III C. Viena 1971	1,2 gr
Dextropropoxifeno	Darvon. Deprancol	Lista II C.U. 1961	300 gr
Pentazocina	Pentazocina fides Sosegon	Lista III C. Viena 1971	180 gr
Fentanilo	Durogesic Fentanest	Lista I C.U. 1961	50 mg
Dihidrocodeína	Contugesic	Lista II CU. 1961	180 gr

Sustancia	Nombres alternativos o comerciales	Fiscalización	Cantidad de notoria importancia
Levoacetil-Metadol	Laam. Orlam	Lista I C.U. 1961	90 gr
Petidina	Meperidina Dolantina	Lista I C.U. 1961	150 gr
Tramadol	Adolonta Tioner Tradonal Tralgiol Tramadol Asta médica		200 gr
Derivados de cocaína: Clorhidrato de cocaína	Nieve Perico Spedball (junto con heroína)	Lista I.C.U. 1961	750 gr
Derivados de cannabis: Marihuana Hachís Aceite de hachs	Hierba Grifa Costo María Chocolate	Lista I y IV C.U. 1961 Lista II C. Viena 1971 Lista I y IV C.U. 1961 Lista II C. Viena 1971 Idem	10 kg 2 kg 300 gr
LSD (Dietilamina del ácido isérgico)	Tripi. Ácido	Lista I C. Viena 1971	300 mg
Derivados de la feniletilamina: Sulfato de anfetamina Anfepramona Clobenzorex Fenproporex D. Metanfetamina	Anfetas. Speed Centramina (no comercializado ya) Delgamer Finedal Antiobes Retard Grasmin Tegisec Speed Tripi (en ocasiones)	Lista II C. Viena 1971 Lista IV C. Viena 1971 Anexo II RD 2829/77 Lista IV C. Viena 1971 Lista II C. Viena 1971	90 gr 75 gr 45 gr 1,5 gr 30 gr

Sustancia	Nombres alternativos o comerciales	Fiscalización	Cantidad de notoria importancia
Hipnóticos y sedantes: Alprazolam Triazolam Flunitrazepam Lorazepam Clorazepato di potásico	Alprazolam efarmes Alprazolam geminis Alprazolam merck Trankimazin Halcion Rohipnol Donix Idalprem Lorazepam medical Orfidalwyeth Placinoral Sedizepan Nansius Transilium.	Lista IV C. Viena 1971 Lista IV C. Viena 1971 Lista III C. Viena 1971 Lista IV C. Viena 1971 Lista IV C. Viena 1971	5 gr 1,5 gr 5 gr 7'5 gr 75 gr
Fenetilaminas de anillo sustituido (Drogas de síntesis)			
MDA MDMA MDEA	Píldora del amor Éxtasis Eva	Lista I C. Viena 1971 Lista I C. Viena 1971 Lista I C. Viena 1971	240 gr 240 gr 240 gr

Con el acuerdo del Pleno se reafirmaron principios tan esenciales para el orden jurisdiccional penal como el de legalidad, en su vertiente de taxatividad de la norma, el de seguridad jurídica o certeza en la aplicación del precepto, el de igualdad de trato a todos los justiciables, el de proporcionalidad de las penas, a la gravedad del hecho (cantidad «notoria» e «importante») y el de eficacia de la Ley penal (695/2008, de 12 de noviembre [LA LEY 169569/2008]).

La Sentencia 524/2005, de 27 de abril [LA LEY 12405/2005], aprecia este subtipo agravado a 810 gramos puros de cocaína y precisa que no es posible fraccionar dicha cantidad entre los partícipes por cuanto actuaron con acuerdo previo para su transporte, no para su autoconsumo. En el mismo sentido, la 925/2008, de 26 de diciembre, y 776/2008, de 17 de noviembre. Por el contrario, no aprecia la agravación la 427/2005, de 6 de abril [LA LEY 2016871/2005], cuando se trata de 2.607,23 gramos de hachís y destinó 107,23 gramos a su autoconsumo.

La 288/2009, de 13 de marzo [LA LEY 34628/2009], con cita de la 442/2005, de 11 de abril [LA LEY 34628/2009], contempla la posibilidad de apreciarla sumando cantidades de distinta droga de las que causan grave daño a la salud.

Circunstancia 7.^a

Se trata de supuestos de adulteración, manipulación o mezcla de distintas drogas entre sí o con otras sustancias, exigiéndose que se incremente el riesgo para la salud, por lo que cuando tales mezclas no supongan ese aumento de peligro y sean para obtener una mayor cantidad de sustancia y un mayor número de dosis, no sería de aplicación esta circunstancia.

Circunstancia 8.^a

La LO 15/2003, de 25 de noviembre ha modificado la redacción de esta agravante ya que antes de dicha reforma se apreciaba cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en establecimientos penitenciarios y tras la mencionada reforma se dispone su aplicación cuando las conductas descritas en el art. 368 CP tengan lugar en establecimientos penitenciarios o en sus proximidades. Sin embargo, ello no supone que haya de ser rectificada, de modo radical, la doctrina jurisprudencial que había interpretada el alcance de la agravante con la anterior redacción, según la cual sólo se apreciará cuando la acción genere un peligro real de propagación dentro del centro penitenciario, excluyéndose en aquellos casos en los que la cantidad suministrada es reducida y destinada a un sujeto concreto —SS de 15 de abril de 1998 [LA LEY 5711/1998] y 29 de enero de 2001 [LA LEY 3190/2001]—, ya que, no obstante ese cambio de redacción que amplifica el ámbito de su aplicación hasta el extremo de poderse aplicar cuando esas conductas se verifican en las proximidades del centro penitenciario, se mantiene la razón o finalidad que persigue el legislador y que justifica tan importante incremento de la gravedad de la pena, que puede pasar de los tres a los nueve años de prisión en supuestos como el que ahora examinamos. Es evidente, con la lectura del precepto, que en este subtipo ya no se recoge la introducción o difusión de la droga en el centro, sino que se remite a los comportamientos estándares o nucleares previstos en el art. 368 CP, que en este caso particular irían referidos a la posesión de la droga con propósito de entregarla a un interno, producida en el interior del centro penitenciario y que en principio, como se señala en la 784/2007, de 2 de octubre [LA LEY 165801/2007], en una interpretación literal estricta, habría que estimar el motivo, sin embargo, se señala en esa misma Sentencia que la relevancia de la cuestión planteada y su rigurosa incidencia en la penalidad, obliga a llevar a cabo una interpretación más precisa de la nueva cualificación. Es importante en esta línea tratar de hallar la ratio agravatoria del subtipo que analizamos. Alguna idea apunta la Circular 2/2005 de la Fiscalía General del Estado que nos dice: «El sentido de esta modificación es reforzar la protección de los lugares que el precepto menciona y de las áreas exteriores colindantes con los mismos, y por las mayores facilidades que dichos centros o establecimientos ofrecen para la difusión de las drogas, dadas sus características y su estructura organizativa interna, por la perturbación que ello puede provocar en el proceso educativo, rehabilitador o de formación militar y porque concentran de forma regular a un elevado número de personas que, en alguno de los lugares citados, son en sí mismas objeto de una especial protección, como los menores de edad o quienes se encuentran sometidos a tratamientos de deshabitación o rehabilitación». De acuerdo con lo dicho se comprende que realmente los lugares en sí se protegen porque allí residen o desarrollan actividades determinados colectivos de personas, resultando especialmente dañino y perturbador que sus integrantes accedan a la droga. Son grupos de personas extremadamente sensibles, que constituyen mercados atractivos para los traficantes o vendedores de drogas al por menor, que pueden afectar no sólo a su salud, bien jurídico genéricamente protegido, sino indirectamente al funcionamiento de la institución en que están integrados esos colectivos o a la frustración del cumplimiento de los fines propios de esos centros. Junto a tal consideración no hemos de perder de vista que nos hallamos interpretando

una complementación del tipo (subtipo), que va a producir una exasperación notable de la pena, lo que hace que la interpretación deba ser claramente restrictiva, como acabamos de apuntar, si no queremos desbordar los límites que impone el principio de proporcionalidad. Pero esa misma restricción interpretativa deberá operar en orden a la fijación de sus contornos delimitativos si queremos respetar el principio de lesividad, al objeto de que no se castiguen conductas que de antemano tienen cercenadas las posibilidades de lesionar el bien jurídico protegido. En este sentido, el bien jurídico que la ley quiere proteger es el riesgo o peligro de que la droga acceda y se difunda entre estos colectivos de personas que ocupan los centros a que la ley se refiere. Sobre los criterios o principios expuestos debe construirse la cualificación. Por un lado, el subtipo de tenencia de droga en un establecimiento penitenciario o sus alrededores para que acceda a algún interno, debe hallarse superpuesto al delito básico, que está integrado por la posesión de drogas con propósito de destinarlas al consumo de terceros en general. En la superposición, partimos de un tipo delictivo de peligro abstracto, esto es, de la figura delictiva básica de la posesión de drogas para el tráfico del art. 368 en el que se está protegiendo la salud de indeterminadas personas, entre las que no pueden excluirse en el plano teórico o dialéctico a los internos de un centro penitenciario. De ahí que entendamos que a un delito de peligro abstracto, no deba unirse una cualificación también de peligro abstracto, so pena de vulnerar el principio de lesividad en aquellos casos en que no ha existido posibilidad alguna de daño con respecto a determinadas personas, en particular las que el legislador quería proteger de forma especial. En evitación de reiteraciones protectoras de un mismo bien jurídico, que pueden producirse en ese afán disuasorio del derecho al anticipar las barreras defensivas, entiende la Sala que a la cualificación habría que atribuirle una naturaleza de infracción de peligro concreto, que en nuestro caso estaría integrado por el colectivo de personas que residen o desarrollan actividades en dichos centros, cumpliendo determinadas finalidades u objetivos. El subtipo se construirá añadiendo a un delito básico de peligro abstracto, una cualificación de peligro concreto. Dentro de estos parámetros hermenéuticos el caso que nos ocupa no sería subsumible en la agravación, ya que no existió la posibilidad de que la droga accediera a los reclusos. Existió un peligro general ex ante cubierto por el tipo básico, pero el bien jurídico que pretendía proteger la cualificación no tuvo la menor posibilidad de resultar afectado en esta última hipótesis, valorando el caso concreto. Tampoco resultaría afectado si un sujeto vende droga en los alrededores de la cárcel a personas que no son internos, sino terceros que eventualmente tuvieren la oportunidad de comprar en tal lugar. En caso de vender o facilitar la droga «en los alrededores» del centro a un tercero que por su profesión o por circunstancias determinadas puede hacerla llegar a los reclusos (personas que prestan servicios de abastecimiento, por ejemplo), sólo si consiguen burlar los controles interiores podrían responder de la cualificación. No es necesario, sin embargo, que realmente el recluso destinatario de la droga llegue a poseerla y menos consumirla o facilitar el consumo a un tercer recluso, sino que basta con la mera posibilidad, pero real y efectiva, no genérica o abstracta (291/2009, de 17 de marzo [LA LEY 30367/2009]).

La Sentencia 68/2001, de 29 de enero [LA LEY 3190/2001], destaca que el supuesto del subtipo agravado de mera introducción de sustancias alucinógenas o psicotrópicas en el Centro Penitenciario se configura como delito de resultado, que se consuma con la penetración del estupefaciente en el Centro, aunque no hubiese llegado a distribuirse entre los internos y que no opera si la droga es interceptada en los controles de entrada de la cárcel. En cuanto al supuesto del subtipo de mera difusión, se ha estimado por una línea jurisprudencial (2158/1993, de 6 de octubre [LA LEY 15746-R/1994] y 299/1996, de 8 de abril [LA LEY 4813/1996]), que se trata de un delito de resultado que exige la concurrencia de una actividad de extender y propagar la droga entre los reclusos; y por otra corriente jurisprudencial (Sentencias 261/1994, de 12 de febrero, y

415/1997, de 25 de marzo [LA LEY 5544/1997]), se ha considerado integrante del subtipo del art. 369.1 del CP la mera posesión de droga en el Centro Penitenciario, con potencialidad difusora, sin requerirse la existencia de concretos actos de transmisión. Es, finalmente, doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en Sentencias de 25 de abril de 1991, 21 de marzo de 1992 y 2158/1993, de 6 de octubre [LA LEY 15746-R/1994], la que excluye la aplicabilidad del subtipo agravado consistente en el tráfico de estupefacientes en Centro Penitenciario cuando la cantidad de droga alijada es tan reducida que hace prácticamente imposible la difusión.

La Sentencia 1553/2003, de 21 de noviembre [LA LEY 11978/2004], recuerda las posturas jurisprudenciales cuando la droga es interceptada en los controles de entrada al Centro. Así, manifiesta que la difusión en centro penitenciario se ha estimado por una línea jurisprudencial (30-10-1992, 6-10-1993 y 299/1996, de 8-4), que se trata de un delito de resultado, que exige la concurrencia de una actividad de extender y propagar la droga entre los reclusos, y por otra corriente jurisprudencial (12-2-1994 y 415/1997, de 25-3), se ha considerado integrante del subtipo del art. 369.1.º del Código Penal la mera posesión de droga en el centro penitenciario, con potencialidad difusora, sin requerirse la existencia de concretos actos de transmisión, o bien que no concurre el subtipo agravado (aplicándose el básico) cuando la droga es interceptada en los controles de entrada (6-10-1993 y 28-11-1994).

Ante dichas líneas interpretativas, la Sentencia 1553/2003 [LA LEY 11978/2004], se inclina por entender que la interceptación de la droga en los controles de entrada debe considerarse como tentativa acabada de su difusión en el interior del centro penitenciario. En el caso enjuiciado los controles internos del establecimiento penitenciario impidieron la consumación delictiva, quedando el delito en tentativa (acabada) del mismo. Aquí no se exige estrictamente, como en el tipo básico, la posesión preordenada al tráfico, lo que convierte en muy dificultosas (de construcción jurídica) las formas imperfectas de ejecución, aderezadas además con los verbos nucleares (promover, favorecer, facilitar), sino que la introducción debe conectarse con la difusión en el propio centro penitenciario.

Consideran consumada esta modalidad típica las Sentencias 1679/2001, de 21 de septiembre [LA LEY 8357/2001], en el interno en Centro Penitenciario que, aprovechando que se hallaba en destino de reparto de comida, hizo llegar a otro interno un envoltorio de hachís de 0,17 gramos recibiendo de éste 1.000 pesetas; y la 511/2002, de 18 de marzo [LA LEY 4980/2002], al acusado que entregó en el Centro Penitenciario un paquete para una interna, que al abrirlo los funcionarios encontraron ocultas en el dobladillo de una falda 17 bolsitas que contenían heroína y cocaína.

Circunstancia 9.^a

Es un precepto que no tiene correlativo en el preterido art. 369 CP 1995.

Circunstancia 10.^a

Reintroduce el precepto la polémica relación entre el tipo de tráfico de drogas y el tipo de contrabando que, en el plano jurisprudencial, había sido resuelta por el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1997. Este acuerdo entendió que, tras la entrada en vigor del CP 1995, la concurrencia del delito de tráfico de drogas y del delito de contrabando debía solventarse conforme a las reglas del concurso de normas.

La exasperación de la pena no puede justificarse en la mera transgresión de las normas aduaneras y la imposición de una mayor pena resulta razonable cuando se trate de conductas que sean creadoras de un mayor riesgo para la salud pública. En definitiva, es la presencia de ese riesgo, abstracto pero real, lo que explica la sanción penal de esas conductas con una pena superior a la del tipo básico sin afectar al principio de proporcionalidad. Y para apreciar el supuesto agravado es preciso que se produzca no sólo un acto de introducción formal en territorio nacional, sino además que la posibilidad de circulación efectiva de la sustancia sea apreciable, pues en otro caso el riesgo ampliado, justificativo de la agravación, no podría ser afirmado (929/2008, de 19 de diciembre [LA LEY 216122/2008], con cita de la 575/2008, de 7 de octubre [LA LEY 142529/2008]).

Artículo 370.

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 cuando:

1.º Se utilice a menores de 18 años o disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.

2.º Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refieren las circunstancias 2.ª y 3.ª del apartado 1 del artículo anterior.

3.º Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1

En los supuestos de los anteriores números 2.º y 3.º se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 368 y 369.

LECrím.: arts. 263 bis y 282 bis sobre delincuencia organizada.

Redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La redacción anterior decía:

«Los Jueces o Tribunales impondrán las penas privativas de libertad superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al séxtuplo cuando las conductas en él definidas sean de extrema gravedad, o cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones o asociaciones mencionadas en su número 6.º En este último caso, así como cuando concorra el supuesto previsto en el número 2.º del mencionado artículo, la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

a) Disolución de la organización o asociación o clausura definitiva de sus locales o de los establecimientos abiertos al público.

b) Suspensión de las actividades de la organización o asociación, o clausura de los establecimientos abiertos al público por tiempo no superior a cinco años.

c) Prohibición a las mismas de realizar aquellas actividades, operaciones mercantiles o negocios, en cuyo ejercicio se haya facilitado o encubierto el delito, por tiempo no superior a cinco años».

Circunstancia 1.^a

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha examinado esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009 [LA LEY 14331/2009], habiendo tomado el siguiente acuerdo: «El tipo agravado previsto en el art. 370.1.º CP resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaliéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata».

La Sentencia 1142/1999, de 8 de julio [LA LEY 9646/1999], explica que cuando el legislador contempla el subtipo agravado de la utilización del menor, justifica el mismo no sólo por el carácter tuitivo de la norma, sino también por la mayor facilidad que se produce en la consumación delictiva si interviene ese menor, eludiendo responsabilidades penales y, si cabe, dificultando la administración de justicia. Al incorporarse el menor a la mecánica del delito se originan, potenciados, otros efectos y consecuencias en directa relación con distintos bienes jurídicos. Con anterioridad, según la Sentencia 18/1997, de 15 de enero [LA LEY 1498/1997], para que pudiera operar esta agravación resultaba imprescindible que el menor fuera corruptible, es decir, que tuviera capacidad suficiente para comprender lo que hacía, sintiéndose estimulado para repetir en el futuro actos de similar naturaleza. A este respecto, la primera de las Sentencias citadas aclara que lo necesario es que el menor comprenda lo que está haciendo, pero no tiene por qué tener capacidad o entendimiento para saber lo que este acto significa. Ello quiere decir que el menor no tiene por qué saber que se está cometiendo un delito.

La más reciente Sentencia 1039/2004, de 27 de septiembre [LA LEY 14096/2004], reitera el fundamento de la agravación y recuerda la doctrina de la Sala Segunda recogida, entre otras, en la Sentencia 1397/2000, de 15 de septiembre [LA LEY 11603/2000], en donde se lee: «la fundamentación de la agravación viene justificada no solamente por el carácter tuitivo hacia los menores, sino también por otros factores, tales como la mayor facilidad para la comisión del delito, eludiendo responsabilidades penales y dificultando la Administración de Justicia. El verbo nuclear es, pues, «utilizar», comprendiendo en dicha acción cualquier papel que puedan estos menores realizar o coadyuvar a realizar en la mecánica delictiva, con tal que dicha tarea sea relevante, incluso la instrumental, como el transporte o tenencia mediata o el suministro por encargo del verdadero autor, en quien recae la responsabilidad criminal y su agravación específica como consecuencia de la fundamentación que dejamos expuesta más arriba. Como dice la citada Sentencia de 15 de enero de 1997, merecedores de «tutela» son todos los menores de dieciséis años, pues los riesgos y peligros derivados de la prescrita instrumentación no han de cifrarse tan sólo en la corrupción emanante del narcotráfico, pudiendo, incluso, verse afectada la propia vida y la integridad física y/o psíquica del menor. El Código no efectúa distinción alguna, siendo ilógico que la aplicación del precepto hubiera de subordinarse a dictámenes evidenciadores de la presencia en el niño o joven de un suficiente índice de capacidad o entendimiento. Con razón se ha apuntado que el menor no tiene por qué estar al tanto de que está cometiendo un hecho delictivo; ello es

jurídico-penalmente irrelevante, dada su edad, siendo, sin embargo, relevante la implicación a que se le somete para la formación de su personalidad.

Esta Sentencia 1039/2004 [LA LEY 14096/2004] declara inexistente la agravación del tipo cuando la acusada se sirve de una hermanastra de 13 años para entregar drogas a terceros pero falta el conocimiento de que la coacusada utilizaba a la menor para ese fin. Ya que, precisa la Sentencia, en lo que estaban de común acuerdo era en distribuir drogas a terceros, mediante contraprestación económica, pero en momento alguno se dice que la recurrente conociera los extremos referidos a la utilización de la niña en tal acción, y este silencio debe ser interpretado a favor del reo; en consecuencia, no puede mantenerse para ella la concurrencia del subtipo agravado previsto en el art. 369.9.º del Código Penal.

La Sentencia 1199/2002, de 28 de junio [LA LEY 10147/2003], insiste en que el fundamento de la agravación, como sucede por lo general con todas aquellas que proporcionan una mayor tutela penal a los menores, consiste en la menor capacidad de los menores de edad para autodeterminarse, y en consecuencia, en la disminución de sus defensas autónomas frente a los riesgos para su salud derivados del autoconsumo de drogas. Disminución que incrementa el riesgo y exige un proporcionado reforzamiento de la prohibición de facilitación de dichas sustancias, es decir un reforzamiento de la tutela penal. Por ello, esta tutela reforzada ampara tanto a quien todavía no se ha iniciado en el consumo como a quien ya lo ha hecho, pues en ambos casos la conducta típica, facilitarles droga, constituye un riesgo relevante para su salud. En el caso contemplado en dicha Sentencia no se considera de aplicación esta agravación porque el menor no era un intermediario utilizado por el acusado para su actividad de difusión de la droga, sino un simple comprador al fiado que recibía la droga como cosa propia y para darle un destino autónomo. En consecuencia la apreciación del subtipo agravado primero (en la actualidad el núm. 5 del art. 369) excluye en este caso, haciendo innecesaria y redundante, la aplicación del noveno (actual 1.º del art. 370).

En cambio, la Sentencia 533/2003, de 11 de abril [LA LEY 69614/2003], aplica esta agravación en la utilización de menores para distribuir éxtasis por varias discotecas. Y la 541/2004, de 30 de abril [LA LEY 12679/2004], también la admite en la conducta del acusado que oculta la droga en la mochila escolar del hijo.

Circunstancia 2.ª

La Sentencia 241/2003, de 11 de febrero [LA LEY 1791/2003], aplica este subtipo agravado en el caso en que no sólo existe una importante organización internacional para el tráfico de drogas, sino que es precisamente el recurrente quien aparece al frente de la misma y, así, se dice que es quien la programó y distribuyó las distintas competencias y cometidos de cada uno de sus miembros, que fue en sus embarcaciones donde se trasladaron los miles de kilos de hachís y que fue este recurrente quien dio órdenes para que miembros de su organización partieran hacia las costas de Marruecos para recoger hachís.

La Sentencia 340/2001, de 30 de julio [LA LEY 1811/2002], aclara que no todos los partícipes deben ser incluidos en tal agravación, sino únicamente aquellos que por su superior posición en el entramado de la organización delictiva tengan capacidad de decisión sobre los restantes, impartiendo las instrucciones necesarias que serán sucesivamente cumplidas por los distintos niveles de atribución en las tareas organizativas.

La Sentencia 986/2004, de 13 de septiembre [LA LEY 2428/2004], declara correcta la aplicación de esta agravación al acusado por su condición de «responsable de la organización», pues impartía órdenes, proyectaba transportes de sustancias estupefacientes y dinero, encargaba a los otros la realización material de dicho traslado, quedando aparentemente al margen de la operación. Y la posterior 1106/2004, de 22 de octubre [LA LEY 10440/2005], también declara existente este subtipo agravado al encargado de supervisar las entregas de cocaína que se recibían de los proveedores colombianos, asumiendo la dirección de las operaciones en ausencia de ellos, fijando los precios y haciendo llegar el dinero recaudado a otro de los acusados para su blanqueo.

La más reciente Sentencia 1336/2005, de 2 de febrero [LA LEY 11088/2005], dice que se aplica el tipo al que puede considerarse como Director Ejecutivo pues su condición de integrante va más allá del nivel de simple subordinado que pudieran desarrollar los componentes de la tripulación; y la 1368/2005, de 15 de diciembre, que también sigue la línea jurisprudencial de la Sala Segunda al respecto y consideran que se debe aplicar a quienes toman las decisiones, establecen contactos con los suministradores de las sustancias y a quienes asignaban distintas funciones a los miembros de la organización.

Circunstancia 3.^a

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado el 25 de noviembre de 2008 acordó:

«1.º La aplicación de la agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia».

«2.º A los efectos del art. 370.3 CP, no cabe considerar que toda embarcación integra el concepto de “buque”. La agravación está reservada para aquellas embarcaciones con propulsión propia o eólica y, al menos, una cubierta, con cierta capacidad de carga e idónea para realizar travesías de entidad. Por tanto, quedan excluidas de ese concepto, con carácter general, las lanchas motoras, planeadoras y otras embarcaciones semirrígidas que, al carecer de cubierta, no son aptas para efectuar travesías de cierta entidad».

La Sentencia 351/2004, de 17 de marzo [LA LEY 1334/2004], expone los criterios jurisprudenciales para la determinación de la extrema gravedad y manifiesta que para la aplicación de este factor exorbitante de la penalidad deben tomarse en consideración tres reflexiones básicas. En primer lugar «extrema gravedad» no equivale a «extrema cantidad», pues como señala la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 el legislador ha previsto una agravación por la cantidad de primer grado —con un incremento de penalidad ya ciertamente importante— a través del art. 369.3.º del Código Penal (cantidad de notoria importancia), y sobre ésta podría haberse establecido otra segunda referida a los casos extremos al respecto, pero no lo ha hecho así, pues no habla de extrema cantidad sino de extrema gravedad. En consecuencia, la aplicación de esta hiperagravación requiere como requisito imprescindible que nos encontremos ante una cantidad de droga enormemente elevada, ciertamente extrema o absolutamente excepcional, pero dicho requisito único de la cantidad no es suficiente, sino que la agravación exige además la apreciación de otros elementos cualitativos que acentúen al límite la gravedad de la conducta, examinada en su globalidad, es decir, en el conjunto de elementos objetivos y subjetivos que conforman el concreto

comportamiento enjuiciado. En segundo lugar la doctrina jurisprudencial insiste en que la propia indeterminación del concepto exige su interpretación restrictiva y aplicación minuciosa. Así, en la Sentencia de 19 de junio de 1995 se señala que el carácter «sumamente indeterminado» del concepto «suscita dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*», por lo que sin llegar a plantear su inconstitucionalidad —que defiende un sector doctrinal— sí ha de afirmarse «que las debidas garantías del ciudadano exigen una aplicación muy cuidadosa mediante una interpretación restrictiva de la mencionada expresión legal». En esta línea de interpretación restrictiva «entendemos que no basta una exacerbación de la cantidad de droga de que se trate», continúa expresándose en la mencionada resolución, con cita en apoyo de esta concepción, de las Sentencias de 17 de junio de 1993 y 14 de marzo de 1995. En este sentido restrictivo, la referida resolución señala como elementos que han de tomarse en consideración: a) el criterio de la cantidad, que, aunque no único, ha de considerarse imprescindible en estos casos; b) la concurrencia simultánea en el supuesto de varias de las agravaciones recogidas en el art. 369; c) el uso de grandes elementos de transporte especialmente preparados para este tráfico ilícito; d) el papel que el acusado desempeña en el hecho, examinando si actúa en interés propio o al servicio de otra persona, para excluir de tal extrema agravación a estos últimos. En tercer lugar, ha de llegarse a la conclusión de que la exacerbación de penalidad que conlleva esta hiperagravante, la existencia de otros factores de agravación ya contemplados exhaustivamente en el escalón inferior de agravación que representa el art. 369, y el propio sentido gramatical de la expresión utilizada por el legislador, determinan que la extrema gravedad debe situarse en un punto más o menos próximo a aquel en que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas (1331/1995, de 29 de diciembre).

En la misma línea, también la Sentencia 1151/2004, de 21 de octubre [LA LEY 230/2005], se refiere a las circunstancias que han de concurrir para apreciar, en una interpretación restrictiva, esta agravación, llegándose a afirmar incluso en algunas Sentencias la necesidad de que la extrema gravedad presupone, al menos, la concurrencia de dos o más circunstancias de las enumeradas en el art. 369 CP, aunque ciertamente se ha entendido mayoritariamente que ello puede tratarse de un requisito mínimo pero no una regla aplicable en todo caso «porque, si así fuese tomada, se incurriría en un automatismo, de creación jurisprudencial, no exento de riesgos para la proporcionalidad de la respuesta penal» (ni es obligada la aplicación de la «hiperagravación» cuando concurren dos o más circunstancias del art. 369 CP, ni cabe descartar su empleo cuando concorra una sola de ellas). En el caso a que se refiere esa Sentencia, se aprecia la extrema gravedad, no sólo se trata cuantitativamente de 2.990 kilogramos de cocaína, con un valor de más de 109 millones de euros, sino que los medios desplegados por los autores conllevan una logística especialmente importante, mediante la adquisición de un barco en Gibraltar, su reparación en un lugar alejado durante varios meses, su desplazamiento posterior hasta el océano Pacífico, su encuentro con una lancha en alta mar con hombres armados y el transbordo de la carga. Todas estas circunstancias perfilan conductas próximas a los primeros estadios de la distribución de estupefacientes. Por otra parte, su aplicación no se superpone a los subtipos agravados, también aplicados, pues la extrema gravedad ha de apreciarse precisamente teniendo en cuenta la conjunción de todos ellos de forma que no admite parangón con los mismos el resultado global de las conductas contempladas en el art. 370, próximas a las conductas que se encuentran en el límite de lo máximo en la actividad delictiva. Precisamente porque el art. 370 se refiere a las conductas de los sujetos activos del delito no se rompe el título de imputación cuando se aplica al autor y no a los cómplices u otros partícipes cuyas conductas no hayan alcanzado el grado extremo exigido en aquél.

La Sentencia 1336/2005, de 2 de febrero, insiste en que la «extrema gravedad» de este subtipo no se refiere a la «extrema cantidad». La extrema gravedad, aclara, no sólo hay que relacionarla con factores atinentes al bien jurídico protegido específicamente, como es la salud pública general, sino con otros más directamente afectados como es la seguridad pública general que se deriva de la existencia de redes organizadas que trafican con importantes volúmenes de sustancia estupefacientes. Una vez introducidas en el mercado generan unas ganancias inusitadas que convierten a sus beneficiarios en sujetos peligrosos para la sociedad, al manejar las ganancias obtenidas, blanquear los beneficios, corromper funcionarios y particulares, desnaturalizar la economía productiva y erigirse en un factor de desestabilización social, sin descartar la utilización de métodos violentos para mantener esta fuente de ingresos.

Precisamente porque no basta con que la cantidad de droga objeto de tráfico sea desorbitada, sino que, además, han de concurrir otros elementos, la Sentencia 1439/2005, de 21 de marzo [LA LEY 1960721/2005], declara inaplicable al transporte en embarcación de 87 fardos de hachís con más de dos toneladas y media de peso, porque, razona, el concepto de extrema gravedad es «sumamente indeterminado» y, por ello, suscita muchas dificultades en relación a las exigencias propias del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*, por lo que, aun sin llegar a considerarse su posible inconstitucionalidad, como propugna una parte de la doctrina, es necesaria, en aras a las debidas garantías, una interpretación restrictiva de la norma y de la indicada expresión legal. En línea con esta interpretación restrictiva, no basta, según constante y pacífica jurisprudencia, con que la cantidad de droga objeto del tráfico sea desorbitada, sino que además han de concurrir otros elementos que denoten una especial peligrosidad, y en este sentido se ha entendido, por lo general, la concurrencia simultánea de varias de las agravaciones contenidas en el art. 369.3.º. En todo caso, el propio sentido gramatical de la expresión utilizada por el legislador, determina que la extrema gravedad debe «situarse en un punto más o menos próximo a aquel que se encuentra el extremo de los comportamientos posibles en este tipo de conductas». En el caso concreto a que se refiere la Sentencia, no obstante la cantidad bastante considerable de la droga aprehendida e incluso el empleo en su transporte de un barco de recreo, hemos de concluir, en aras de esa interpretación restrictiva que requiere un concepto tan indeterminado como es el de «extrema gravedad», que no es posible aplicar la hiperagravación de que se trata, máxime cuando, aun existiendo acuerdo previo para llevar a cabo la acción delictiva, no existe indicio alguno de que se trate de un grupo organizado.

La Sentencia 582/2005, de 10 de mayo, reitera que el criterio de la cantidad es significativo pero no decisivo. El elemento cuantitativo es, en suma, un requisito indispensable pero no suficiente para apreciar el subtipo del art. 370 CP, lo que explica que la valoración del criterio cuantitativo seguido por la Sala Segunda haya sido dispar en diferentes casos en los que, por acotados sólo al hachís, que es la sustancia a que se refiere la Sentencia, se haya estimado que existía la superagravante cuando la droga ocupada fueron 2.062 kg (S 14-3-1995) y negada en casos de 4.005 kg (S 30-5-97), 4.049 kg (S 19-6-95) o 17.191 kg (S 17-7-93), por citar algunos de los más expresivos. En el aquí enjuiciado se intervinieron 1.080 kg de hachís, cantidad que no es suficiente, por sí sola, para apreciar la agravante. Tampoco tienen entidad bastante los otros indicadores que se señalan en la Sentencia para integrar la superagravante, como la pureza de la droga, la existencia de una mínima organización y la disposición especial de medios, que son criterios orientativos efectivamente establecidos por nuestra jurisprudencia pero insuficientes *in casu*. En relación a la cocaína, la citada Sentencia 1151/2004, de 21 de octubre [LA LEY 230/2005], se estima con 2.290 kg, y negada por la Sentencia 899/2004, de 8 de julio [LA LEY 10406/2005], con 410 kg.

La extrema gravedad puede apreciarse en el caso de sustancias que no causan grave daño a la salud (220/2009, de 2 de marzo [LA LEY 34625/2009]).

Artículo 371.

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 369.2.

CONCORDANCIAS

Convención de las Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988.

LO 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas

L 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.

Redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha modificado el apartado 2 de este artículo, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004. La redacción anterior decía:

«1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena de 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los Jueces o Tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 370».

La Sentencia 477/2001, de 26 de marzo [LA LEY 736935/2001], declara existente esta modalidad típica cuando se interviene acetona, carbohidrato de manitol y pliegos filtrantes para producir cocaína. Dicha Sentencia establece el alcance del tipo expresando que se castiga, entre otros actos, la posesión de los equipos, materiales o sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1988, a sabiendas de que se van a utilizar en el cultivo, la producción o la fabricación ilícitas de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines. Se trata de un tipo delictivo de mera actividad, puesto que su elemento objetivo se realiza por el mero hecho de tener en propio poder los equipos, materiales o sustancias referidos, en el que el dolo no sólo debe cubrir la acción típica sino otras a las que ésta sirve de antesala o presupuesto. A esto se refiere el precepto cuando exige, para la integración del tipo, que el poseedor actúe «a sabiendas» de que los equipos, materiales o sustancias van a ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de tóxicos, estupefacientes o psicotrópicos. No estamos, pues, ante un delito «de sospecha» porque la mera posesión, aun no autorizada, no es suficiente para la incriminación. Y como difícilmente se puede «saber» —no solamente sospechar— cuál va a ser el destino de una cosa sino cuándo dicho destino se lo va a dar quien la posee u otra persona con la que aquél está concertado, puede decirse que el delito descrito en la norma cuestionada es un tipo «de imperfecta realización», esto es, un tipo en que la respuesta penal se adelanta al momento de la realización de actos meramente preparatorios —inspirados por una determinada finalidad de su autor— que quedarían impunes de no ser por la previsión legal. La ratio del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos. El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus «precursores». Ahora bien, así como la posesión de las drogas sólo es punible cuando está acompañada del propósito de difundirlas, la posesión de los precursores sólo lo es cuando se tiene conciencia de que van a ser ilícitamente utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de las drogas cuyo consumo se quiere atajar.

También la Sentencia 38/2004, de 16 de enero de 2003 [LA LEY 11581/2004], aplica el tipo cuando se trata de permanganato potásico pues se encuentra incluido en el Cuadro II del Convenio de Viena de 1988 como sustancia susceptible de ser utilizada para la fabricación de drogas.

Respecto al apartado segundo del artículo, la 557/2003, de 24 de abril [LA LEY 1391391/2003], aplica el tipo a la «mano derecha» del máximo responsable.

Artículo 372.

Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena co-

rrespondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 373.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 368 a 372, se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los preceptos anteriores.

La Sentencia 1257/2003, de 25 de septiembre [LA LEY 148845/2003], hace constar la diferencia que la doctrina jurisprudencial ha establecido con una clara distinción entre lo que es el delito provocado, en el que falta la tipicidad y la culpabilidad al no haber actuado el sujeto sin la conducta incitadora del agente provocador, y los casos en que la actividad policial se dirige tan sólo al descubrimiento de un hecho delictivo que ya se estuviere realizando, y por eso en el supuesto de autos se considera inexistente la pretendida provocación porque la Guardia Civil se limita a descubrir el delito contra la salud pública cometido por iniciativa criminal del acusado, recibiendo las llamadas en las que se le ofrecía la posibilidad de adquirir droga, dando cuenta a sus superiores jerárquicos y a la autoridad judicial, y realizando a continuación las actuaciones necesarias en orden a descubrir una actividad delictiva que ya venía desarrollándose. En la misma línea la Sentencia 270/2003, de 3 de marzo, niega la existencia de delito provocado en la conducta de los agentes que observan diversos actos de venta sin intervenir. Y añade que el delito provocado es el que se realiza en virtud de la inducción engañosa de otra persona, generalmente miembro de las Fuerzas de Seguridad, que proponiéndose la detención de sospechosos incita a perpetrar la infracción a quien no tenía previamente tal propósito, originando así una voluntad criminal en un caso concreto, que sin tal provocación no se hubiera producido (44/2001, de 23 de enero [LA LEY 2559/2001]). La Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad 2/1986, de 13 de marzo, les atribuye la investigación de los delitos, detener y descubrir a los presuntos culpables, y asegurar los instrumentos, efectos y pruebas, poniéndolos a disposición del Juez o Tribunal competente [art. 11.g)], y tienen encomendadas las funciones generales a la Policía Judicial en la averiguación de los delitos (art. 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Real Decreto 769/1987 sobre regulación de la Policía Judicial), con las atribuciones, del art. 282 de la Ley Procesal. En el caso concreto de autos, la acción policial, en suma, no constituyó un factor determinante del delito, aunque sí de su descubrimiento y averiguación y ésta es función de los miembros de los Cuerpos de Seguridad, sin que pueda hacerse reproche alguno a su comportamiento, o a las pruebas obtenidas.

En cambio, sí se consideró por la Sentencia 1552/2002, de 30 de septiembre [LA LEY 462/2003], delito provocado cuando el acusado obró engañado e inducido por un confidente policial que estaba en connivencia con dos funcionarios de tal cuerpo. Esta Sentencia, citando unos amplios antecedentes jurisprudenciales, afirma que **delito provocado** es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona, generalmente miembro de las fuerzas de seguridad, que incita a perpetrar la infracción a quien no tiene previamente tal

propósito, originando así el nacimiento de una voluntad criminal. De tal manera que el delito, de no ser por la provocación no se hubiese producido y añade que tal forma de proceder desconoce la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, contenida en el art. 9.3 de la CE, debiendo entenderse que no hay delito porque éste es imposible y no hay culpabilidad, ni tipicidad. Señala la citada Sentencia 44/2001 [LA LEY 2559/2001] que distinta es la conducta que, sin conculcar legalidad alguna, se encamina al descubrimiento del delito ya cometido, generalmente de tracto sucesivo, como suelen ser los de tráfico de drogas. La apreciación de la provocación, según la jurisprudencia citada precedentemente, comporta que el acusado deba ser absuelto del delito por el que fue condenado.

Por su parte, la Sentencia 1129/2002, de 18 de junio [LA LEY 383/2003], declara existente la conspiración de este artículo en el concierto entre dos personas para la compra de droga, no llevándose a cabo por la intervención de la Policía, y recuerda que respecto a este tipo delictivo, siguiendo una línea jurisprudencial poco discutida, hemos de indicar primeramente y con carácter general lo siguiente: 1.º Se trata de un delito de características híbridas, pues si bien se le ha considerado en muchas ocasiones como un delito de «dinámica propia», no es fácil olvidar que, al mismo tiempo y de una forma indefectible es subsidiario o «dependiente» de otro que podemos llamar «principal», o lo que es lo mismo, podríamos decir que se trata de un delito simplemente «mediato» y no «inmediato», de características parecidas, según una parte de la doctrina, a lo que se ha dado en llamar una tentativa de peligro. 2.º Por tanto, la independencia tipológica de estos delitos es más aparente que real porque, de un lado, el art. 17.1 nos indica que la conspiración siempre habrá de ir dirigida a la «ejecución de un delito» y, de otras, porque el módulo cuantitativo de la pena que pueda corresponder se hace depender de la que haya de aplicarse al delito pretendido (delito «matriz»), en este caso concreto, al tratarse de tráfico de drogas, con la pena inferior en uno o dos grados a los previstos para aquél (art. 373). 3.º Es necesario que este delito de pura intención no se haya iniciado en su ejecución, pues (obvio es decirlo) de así ocurrir entraríamos en el campo de la tentativa, figura jurídica distinta a la de la conspiración, de ahí que en múltiples ocasiones sea muy difícil de diferenciar este tipo delictivo de las formas imperfectas de ejecución. 4.º Se requiere el concierto de dos o más personas para la ejecución delictiva de que se trate y que todas ellas tengan el ánimo de llevar a cabo esta coautoría anticipada que ha de inferirse de «condicionamientos eminentemente psicológicos para su vivencia», cuales son, no sólo el carácter previo o *pactum scaeleris* entre esas formas, sino también la decisión de su efectividad o *resolutio finis*.

En la misma línea, la Sentencia 543/2003, de 20 de mayo [LA LEY 1418378/2003], nos dice que según la doctrina, la jurisprudencia y la propia definición legal, existe conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y deciden ejecutarlo, pero tal infracción desaparece y se disipa como forma punible sancionable cuando el hecho concertado «pasa a vías ulteriores de realización cualesquiera que éstas sean», ya que entonces esas ejecuciones absorben por completo los conciertos e ideaciones anteriores al ser éstos puestos en marcha. Y esto es lo que sucedió en el caso que nos ocupa en el que si bien es cierto (amén de lógico) que existió un concierto previo entre el recurrente y alguno de los otros inculpados, no es menos cierto que tal concierto se llevó adelante hasta el extremo de que tal conspiración (o proposición) se convirtió en un delito consumado de tráfico de drogas desde el momento en que llegó al aeropuerto la maleta conteniendo el producto que él mismo había de transportar, según el acusado, de un lugar a otro, convirtiéndose así en poseedor mediato de la droga que aquélla contenía.

La Sentencia 977/2004, de 24 de julio [LA LEY 13857/2004], considera que conductas como ponerse de acuerdo con otro, «para confirmar que podría ser puesta a disposición de una tercera persona» una determinada cantidad de cocaína, «sin que conste la efectiva puesta del estupefaciente en poder o al alcance de ninguno de ellos», satisfacen más las exigencias de la conspiración criminal, descrita en el art. 17 del Código Penal, y sancionada en esta clase de delitos, en el art. 373 del propio Cuerpo legal, con idéntica pena que la prevista en el aplicado art. 62 en relación con el art. 368.

La Sentencia 982/2004, de 10 de septiembre [LA LEY 13926/2004], declara inexistente la proposición del art. 373, y sí, en cambio, la consumación del tipo del art. 368 porque el caso enjuiciado no se trata de que se proponga la comisión de un delito, en una fase preparatoria del mismo, se trata, por el contrario, de una operación consumada de transporte de una importante cantidad de cocaína en la que el ahora recurrente aparece como responsable de la operación y quien suministra la droga para su transporte y decide a quién se debe entregar, conducta que incardina, sin duda, en el art. 368 del Código Penal. Y la Sentencia 824/2004, de 2 de julio [LA LEY 1769310/2004], establece la aplicación de la proposición sancionada en este precepto en la conducta de un preso que dirige cartas a un traficante para que le proporcione droga con la que traficar, proponiendo un reparto de ganancias.

Artículo 374.

1. En los delitos previstos en los arts. 301.1, párrafo segundo, y 368 a 372, además de las penas que corresponda imponer por el delito cometido, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias con sujeción a lo dispuesto en el art. 127 de este Código y a las siguientes normas especiales:

1.^a Las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas serán destruidas por la autoridad administrativa bajo cuya custodia se encuentren, una vez realizados los informes analíticos pertinentes y guardadas muestras bastantes de las mismas, salvo que la autoridad judicial competente haya ordenado su conservación íntegra. Una vez que la sentencia sea firme, se procederá a la destrucción de las muestras que se hubieran apartado, o a la destrucción de la totalidad de lo incautado, en el caso de que el órgano judicial competente hubiera ordenado su conservación.

2.^a A fin de garantizar de efectividad el decomiso, los bienes, medios, instrumentos y ganancias podrán ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias.

3.^a La autoridad judicial podrá acordar que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, el objeto del decomiso, si fuese de lícito comercio, pueda ser utilizado provisionalmente por la Policía Judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

4.^a Si, por cualquier circunstancia, no fuera posible el decomiso de los bienes y efectos señalados en el párrafo anterior, podrá acordarse el de otros por un valor equivalente.

5.ª Cuando los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito hayan desaparecido del patrimonio de los presuntos responsables, podrá acordarse el decomiso de su valor sobre otros bienes distintos incluso de origen lícito, que pertenezcan a los responsables.

2. Los bienes decomisados podrán ser enajenados, sin esperar el pronunciamiento de firmeza de la sentencia, en los siguientes casos:

a) Cuando el propietario haga expreso abandono de ellos.

b) Cuando su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad públicas, o dar lugar a una disminución importante de su valor, o afectar gravemente a su uso y funcionamiento habituales. Se entenderán incluidos los que sin sufrir deterioro material se deprecien por el transcurso del tiempo.

Quando concurren estos supuestos, la autoridad judicial ordenará la enajenación, bien de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o la representación procesal de las comunidades autónomas, entidades locales u otras entidades públicas, y previa audiencia del interesado.

El importe de la enajenación, que se realizará por cualquiera de las formas legalmente previstas, quedará depositado a resultas del correspondiente proceso legal, una vez deducidos los gastos de cualquier naturaleza que se hayan producido.

3. En los delitos a que se refieren los apartados precedentes, los Jueces y Tribunales que conozcan de la causa podrán declarar la nulidad de los actos o negocios jurídicos en virtud de los cuales se haya transmitido, gravado o modificado la titularidad real o derechos relativos a los bienes y efectos señalados en los apartados anteriores.

4. Los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia, que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 301 y 127.

L 36/1995, de 11 de diciembre, sobre creación de un fondo procedente de bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados, modificada por la L 61/1997, de 19 de diciembre.

RD 864/1997, de 6 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la L 61/1997.

Redacción dada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004. La anterior redacción decía:

«1. A no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito, serán objeto de decomiso las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los equipos, materiales y sustancias a que se refiere el art. 371, los vehículos, buques, aeronaves y cuantos bienes y efectos, de cualquier naturaleza que sean, hayan servido de instrumento para la comisión de cualquiera de

los delitos previstos en los artículos anteriores, o provengan de los mismos, así como las ganancias de ellos obtenidas, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.

2. A fin de garantizar la efectividad del comiso, los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el párrafo anterior podrán ser aprehendidos y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias. Dicha autoridad podrá acordar asimismo que, con las debidas garantías para su conservación y mientras se sustancia el procedimiento, los bienes, efectos o instrumentos de lícito comercio puedan ser utilizados provisionalmente por la policía judicial encargada de la represión del tráfico ilegal de drogas.

3. Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán el Estado».

Artículo 375.

Las condenas de Jueces o Tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en los arts. 368 al 372 de este capítulo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

Artículo 376.

En los casos previstos en los arts. 368 a 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado.

Igualmente, en los casos previstos en los arts. 368 a 372, los Jueces o Tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad.

Redacción dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La anterior redacción decía:

«En los delitos previstos en los arts. 368 al 372, los Jueces o Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, siempre que el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas, y se haya presentado a las autoridades confesando los hechos en que hubiera participado y haya colaborado activamente con éstas, bien para impedir la producción del delito, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la

actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado».

La Sentencia 299/2003, de 4 de marzo [LA LEY 1339798/2003], recuerda que el art. 376 CP concede a los Jueces y Tribunales la facultad de imponer, razonándolo en la Sentencia la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, para el delito de tráfico de drogas de que se trate, al culpable que haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se haya presentado a las autoridades haciendo las manifestaciones y prestando las colaboraciones que en el precepto se detallan. Son necesarios, pues, como antecedentes de la conducta que puede hacerse acreedora de la especial atenuación, de una parte, que el sujeto haya abandonado voluntariamente, es decir, espontáneamente, no condicionado ni inducido por una actuación de las autoridades o funcionarios que ya les haya puesto término, sus actividades delictivas y, por otra, que se haya presentado, con la misma espontánea voluntariedad, a las autoridades. En este caso, el acusado cesó en su actividad delictiva cuando fue detenido, y confesó los hechos y comenzó a colaborar con la Policía cuando la acusación de otro imputado y el registro de su domicilio pusieron de manifiesto dicha actividad y, en consecuencia, considera que no le dé aplicación la atenuación privilegiada establecida en el art. 376. Precisa que, no obstante, la confesión y la colaboración justifican, sin duda alguna, que el Tribunal de instancia haya apreciado en la conducta del acusado elementos suficientes para la aplicación de una circunstancia atenuante por analogía con la prevista en el art. 21.4.º CP, pero no parece razonable la pretensión de que esta atenuante se aprecie como muy cualificada, de acuerdo con la previsión del art. 66.4.º CP, cuando la analogía sirve, como en este caso ocurre, para aplicar una circunstancia en ausencia de alguno de los elementos fácticos que legalmente la integran, puesto que la confesión debe ser realizada antes de conocer el sujeto que el procedimiento se dirige contra él. En la misma línea, la Sentencia 784/2003, de 26 de mayo [LA LEY 1424812/2003], que insiste en los requisitos que el imputado debe realizar en forma conjunta para aplicar el art. 376: abandonar voluntariamente las actividades delictivas, presentarse a las autoridades confesando los hechos y colaborar activamente con éstas, «ya que la norma está redactada de forma copulativa».

Con el mismo rigor, las Sentencias más recientes exigen que se den las circunstancias previstas en el art. 376. La Sentencia 78/2004, de 31 de enero [LA LEY 1649792/2004], dice que dicho precepto requiere como presupuesto fundamental de la atenuación de la pena que el acusado se haya presentado voluntariamente a las autoridades y confesado la participación en el delito. Precisamente es esta conducta la que permite acreditar el abandono de la actividad delictiva que se prevé en dicha disposición. Dicho de otra manera: no se trata de una promesa de no volver a delinquir, sino de la efectiva comprobación de que se abandonó un plan delictivo concreto antes de la consumación y cooperó en impedir la ejecución del delito planeado. Es evidente, por lo tanto, que esta circunstancia atenuante específica no puede ser aplicada cuando el hecho ha sido descubierto por la autoridad. Tampoco aprecia esta figura de «arrepentido» o «colaborador» (figura intermedia entre el arrepentimiento y el desistimiento, dice la Sentencia 851/2004, de 24 de junio [LA LEY 13733/2004]) la Sentencia 459/2004, de 13 de abril [LA LEY 1482/2004], porque el acusado admitió su participación en los hechos cuando ya otros coimputados habían señalado su intervención y además sostiene que la mercancía aportada por el mismo para su venta era marihuana y no hachís. Por otra parte, su confesión parcial tampoco es decisiva pues otros coimputados también reconocen los hechos una vez que se descubre el alijo en la frontera, luego difícilmente su actividad puede impedir la producción del delito o ser decisiva para la identificación o captura de los otros responsables.

La reciente Sentencia 326/2005, de 14 de marzo [LA LEY 11859/2005], se refiere a lo previsto en el **párrafo segundo** y admite la **aplicación retroactiva** del art. 376 manifestando que de conformidad

con la Disposición Transitoria Quinta [apartado c)] de la Ley Orgánica 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, y de lo dispuesto en la primera y art. 2.2 del Código Penal, procede aplicar tal precepto, si en efecto se dan las circunstancias que para ello se disciplinan en dicho artículo.

La novedad consiste en la conducta de los delincuentes del tipo delictivo previsto en el art. 368 del Código Penal, que, siendo drogodependientes, acrediten suficientemente que han finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes, o sustancias psicotrópicas, no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad. Procede la aplicación de la norma cuando de toxicómano se acredite y que llevó a cabo su conducta delictiva con sus facultades intelectivas y volitivas sensiblemente afectadas por su condición de consumidor habitual de sustancias tóxicas.

Artículo 377.

Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los arts. 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener.

Este precepto ha recibido críticas doctrinales, como reconoce la Sentencia 145/2001, de 30 de enero [LA LEY 2467/2001], porque en la valoración del precio juegan de un lado factores que escapan del dominio del autor en el momento de la realización de la conducta para instalarse en futuribles de difícil si no imposible objetivación, y de otro lado no debe olvidarse que se trata de sustancias de tráfico ilícito, y por lo tanto, cualquier aproximación valorativa procede inexcusable de un mercado esencial y radicalmente ilegal, y todo ello puede proyectar sombras sobre el principio de culpabilidad. Esta Sentencia señala el criterio para determinar el valor de la droga cuando es distinto el precio cuando se vende por gramos que si se vende por kilos. Añade que en materia de tráfico de drogas, la multa prevista se rige, precisamente, por el sistema secundario de multa proporcional, y así en el art. 368 y siguientes la multa viene impuesta en relación «al valor de la droga» en una proporción variable que puede llegar del tanto al séxtuplo. Se contiene, además, una norma específica en el art. 377 para la determinación del valor de la multa a imponer en relación a estos delitos, según la cual, para la determinación del valor de la droga, que actúa como presupuesto indispensable para la imposición de la multa «(...) será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)». Debemos constatar que frente a lo que en una primera y apresurada lectura del artículo pudiera pensarse —«(...) el valor de la droga objeto del delito (...) será el precio final del producto (...)»—, el precepto establece otros criterios más flexibles y razonables que permiten un campo de justificada individualización según cada caso, y por tanto una discrecionalidad judicial al añadir «(...) o, en su caso, la recompensa o ganancia, obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)». Recuerda que según la consolidada doctrina de esta Sala, debemos constatar que frente a lo que en una primera y apresurada lectura del artículo pudiera pensarse «(...) el valor de la droga objeto del delito (...) será el precio final del producto (...)», el precepto establece otros criterios más flexibles y razonables que permiten un campo de justificada individualización según cada caso, y por tanto una discrecionalidad judicial al añadir «(...) o, en su caso, la recompensa o ganancia, obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener (...)». Recuerda que según la consolidada doctrina de la Sala Segunda (asi, 542/2000, de 12 de abril [LA LEY 7951/2000], 1085/2000 [LA LEY 1109/2000], y 1501/2000, de

26 de junio [LA LEY 176442/2000], 1997/2000 [LA LEY 418508/2000], y 1998/2000, ambas de 28 de diciembre [LA LEY 236966/2000]) que tiene declarado **presupuesto indispensable para la imposición de la pena de multa**, la determinación del valor de la droga, de suerte que ausente este dato, no procederá la imposición de la pena de multa.

En el mismo sentido, la Sentencia 1186/2004, de 20 de octubre [LA LEY 102/2005], afirma que no se puede imponer la pena de multa al no señalarse el valor de la droga. En el supuesto concreto, no consta en los hechos probados de la Sentencia de instancia el valor de la droga incautada ni tampoco la recompensa o ganancia obtenida por el reo o que hubiera podido obtener, lo que determina que se prescinda de su imposición. Tampoco en la fundamentación jurídica se declara con valor fáctico, de modo claro y terminante, la concurrencia de ninguno de esos aspectos. De manera que, concluye, aplicando la doctrina de la Sala a los casos en los que no consta adecuadamente declarada como probada la base fáctica que el Código Penal exige tener en cuenta para la determinación de la pena de multa, tal imposición no es procedente.

Artículo 378.

Los pagos que se efectúen por el penado por uno o varios de los delitos a que se refieren los arts. 368 a 372 se imputarán por el orden siguiente:

1.º A la reparación del daño causado e indemnización de perjuicios.

2.º A la indemnización del Estado por el importe de los gastos que se hayan hecho por su cuenta en la causa.

3.º A la multa.

4.º A las costas del acusador particular o privado cuando se imponga en la sentencia su pago.

5.º A las demás costas procesales, incluso las de la defensa del procesado, sin preferencia entre los interesados.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 110, 123, 124 y 126.

CAPÍTULO IV

De los delitos contra la Seguridad Vial

Artículo 379.

1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o

a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

Artículo precedente, como los posteriores y el propio rótulo del capítulo, de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. El apartado primero no tenía precedente en el CP de 1995 ni en los anteriores. El segundo apartado decía lo siguiente:

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses y, en su caso, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días y, en cualquier caso, privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años».

(Esta versión procedía a su vez de la reforma de la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y que se limitó a sustituir la pena de arrestos de fin de semana por la de trabajos en beneficio de la comunidad.)

CONCORDANCIAS

CP: arts. 381, 382 y 383.

LECrím.: arts. 175 y concordantes

RDL 339/1990, de 2 de marzo, aprobando el Texto Articulado de la Ley sobre tráfico y circulación de vehículos a motor y seguridad vial, modificado las LL 5/1997, de 23 de marzo, 11/1999, de 21 de abril, 19/2001, de 19 de diciembre, 62/2003, de 30 de diciembre, 17/2005, de 19 de julio, regulando el permiso de conducción por puntos, y por LO 15/2007, de 20 de noviembre.

RD 1428/2003, de 21 de septiembre, que aprueba el Reglamento General de Circulación, cuya última modificación es la procedente del RD 965/2006, de 1 de septiembre.

RD 772/1997, 30 de mayo, que aprueba el Reglamento General de Conductores, modificado por los RRDD 1110/1999, de 25 de junio, 1907/1999, de 17 de diciembre, 62/2006, de 27 de enero, 64 y 1430/2008, de 25 de enero y 29 de agosto.

RD 2822/1998, de 23 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de Vehículos.

RDL 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión del seguro privado.

RDL 7/2004, de 29 de octubre, aprobando el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

RDL 8/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de la circulación de vehículos a motor.

RD 320/1994, de 25 de febrero, modificado por los RRDD 1161/1998, de 30 de enero, 137/2000, de 4 de febrero, y 318/2003, de 14 de marzo.

Orden ITC/3708/2006, de 2 de noviembre, sobre Procedimiento de verificación de aparatos etilómetros.

Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre, que regula el control petrológico del estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de los vehículos de motor.

JG: acuerdos de 14 de diciembre de 1994 y 6 de marzo de 1997 sobre Responsabilidad del asegurador en delitos dolosos, y de 14 de febrero de 2003 sobre Responsabilidad civil derivadas de los delitos y faltas (Interpretación del Baremo de la Ley del Seguro, seguro automovilístico).

FGE: Instrucción 3/2006, de 3 de julio, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos de motor.

Delito del apartado 1

Se trata de un delito de peligro abstracto, potencial o presunto, «de modo que la consumación no requiere demostrar la puesta en peligro concreto de personas o cosas, y mucho menos la causación de un resultado lesivo», «pues basta comprobar el exceso de velocidad para que la conducta aparezca siempre y en todo caso desvalorizada», debiendo estar el «cinómetro» homologado conforme a la Orden ITC/3699/2006, de 22 de noviembre, que lo regula y constar en el parte de denuncia de exceso de velocidad el margen de error para optar por la solución más favorable al acusado (SJP núm. 3 de Jerez de la Frontera, de 17 de febrero de 2008 [LA LEY 1586/2008], y en análogo sentido SSAP de Álava, Sec. 2.ª, de 8 de abril de 2008 [LA LEY 39494/2008], y de 27 de enero de 2009 [LA LEY 30792/2009]; de Teruel de 31 de julio de 2008 [LA LEY 168554/2008]; de Tarragona, Sec. 4.ª, de 29 de septiembre de 2008 [LA LEY 225684/2008], y de Madrid, Sec. 3.ª, de 9 de diciembre de 2008 [LA LEY 249996/2008]), partiendo además de que no parece proporcionado convertir en delito una infracción administrativa, rompiendo el equilibrio que formaba la necesidad de un peligro concreto y de una temeridad manifiesta en la figura de arraigada tradición que hoy se tipifica en el art. 380.

La acreditación de la superación de los correspondientes límites de velocidad ha de ser plena, pues de lo contrario las dudas se resolverán *pro reo*, al poder «existir variaciones significativas entre la velocidad reflejada en el cuentakilómetros y la velocidad real de circulación, existiendo diferencias adicionales en función de la mayor o menor velocidad de circulación, razón por la cual no puede considerarse probado, cuando menos más allá de toda duda razonable, que (...) circulara a una velocidad (...) superior a la reglamentariamente permitida» (SAP de Barcelona, Sec. 2.ª, de 12 de noviembre de 2008 [LA LEY 236681/2008]), pues además de «la conducción de un vehículo de motor y del carácter interurbano de la vía» hay que acreditar «la limitación de velocidad existe en el tramo por el que circulaba el acusado, por una parte, y en la velocidad a que lo hacía, por otra» (SJP núm. 2 de Pamplona de 28 de enero de 2008 [LA LEY 1622/2008]).

Aspectos generales del delito descrito en el apartado 2

Delito de peligro

Según la jurisprudencia anterior a la última reforma, se trata de un *delito de peligro* abstracto-concreto, en el que además de acreditar la superación de la tasa administrativa de alcoholemia en su caso, se ha de considerar por el Juez o Tribunal si se estaba conduciendo bajo la influencia de las sustancias enumeradas en el precepto, para lo cual se precisa de alguna prueba más que el test de alcoholemia (de ordinario la testifical de los agentes) para acreditar tal influencia (1133/2001, de 11 de junio, y 1388/2001, de 11 de julio [LA LEY 140678/2001]). No es, pues, un delito de peligro abstracto puro (presunto), que no requiera verificación de la existencia de una situación de peligro, aun cuando no se precisa la generación de un riesgo concreto y mucho

menos de una lesión, pero sí que exista una «indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas en relación con sus niveles de percepción y reacción» (3/1999, de 9 diciembre [LA LEY 12171/1999], 542/2002, de 22 de marzo [LA LEY 6653/2002], y 636/2002, de 15 de abril [LA LEY 6680/2002]). Precisamente lo que en teoría diferencia este delito de la mera infracción administrativa es la citada «influencia» que debe acreditarse (SSTC 22/1988, de 18 de febrero [LA LEY 53526-JF/0000], 111/1999, de 14 de junio [LA LEY 9267/1999], y 319/2006, de 15 de noviembre [LA LEY 138535/2006], entre otras), pero si la superación de la tasa legal de alcohol en sangre es ampliamente superada —1,20 gramos por 1.000 cc de sangre, por ejemplo—, es obvio que «cualquier persona vería disminuida su capacidad de percepción, reflejos y en definitiva sus facultades para conducción» (STS 1133/2001, de 11 de junio [LA LEY 236181/2001]). Pero es indiferente que se detenga al autor en un «control preventivo» o en un «control efectivo, pues en ambos casos puede llegarse a comprobar la capacidad de conducción disminuida» (SAP de Gerona, Sec. 3.ª, de 7 de abril de 2003 [LA LEY 92481/2003]).

En la nueva versión, «se recogen dos tipos distintos, aun cuando estrechamente relacionados. En el primero se corresponde en términos idénticos al anterior art. 379, en cuyo caso será importante precisar qué grado de afectación o limitación de las facultades es necesario, no bastando con el mero consumo de alcohol si no incide en la merma de la capacidad para conducir, y en el segundo se estructura un delito de peligro abstracto basado en la conducción con una tasa de alcohol concretamente especificada en la norma, siendo la expresión “en todo caso será condenado” lo suficientemente explícita de la rotundidad con la que se concibe el nuevo tipo, sin que haya margen para la apreciación judicial de casos concretos en los que (...) las condiciones físicas el sujeto no se hayan visto afectadas de modo relevante para la conducción» (SAP de Orense, Sec. 2.ª, de 26 de junio de 2009 [LA LEY 114646/2009], entre otras, como la SAP de Guadalajara de 2 de junio de 2009 [LA LEY 107361/2009], que cita otras SSAAPP), si bien algunas Sentencias mantienen la posibilidad de que no sea automática la condena por la superación de la tasa típica cuando «se demuestre que, con independencia del resultado objetivo de la prueba de alcoholemia y siempre que éste no sea exagerado, el conductor conservaba sus facultades inalteradas o tan levemente perturbadas que no quepa presumir una incidencia negativa en la seguridad del tráfico» (SAP de Asturias, Sec. 2.ª, de 28 de mayo de 2009 [LA LEY 89293/2009], recordando otras muchas de la misma sección, anteriores a la reforma).

Pruebas válidas

Respecto a la *prueba* suficiente para acreditar los elementos del tipo, con anterioridad a la reforma ya se consideraba que la prueba de nivel de alcohol en sangre no era imprescindible, si la influencia de bebidas alcohólicas se acreditaba por otros medios, generalmente testificales de los policías que practicaron la detención, pero también por los hechos protagonizados en la conducción (salirse de la vía, accidente etc. SAP de Pontevedra, Sec. 4.ª, de 28 de mayo de 2009 [LA LEY 89932/2009]) desde los que se pueda realizar el juicio de inferencia, estimándose en todo caso complementarias ambas modalidades de prueba (SSAAPP de Madrid, Sec. 1.ª, de 4 de junio de 2009 [LA LEY 100986/2009]; de Valladolid, Sec. 2.ª, de 17 [LA LEY 111916/2009] y 25 de junio de 2009 [LA LEY 111900/2009]; de Zaragoza, Sec. 3.ª, de 5 de junio de 2009 [LA LEY 98947/2009], y de Orense, Sec. 2.ª, de 30 de junio de 2009 [LA LEY 114643/2009], entre otras muchas). Los hechos base aportados por los testigos, sobre los que puede inferirse la ingestión y la influencia del alcohol son generalmente el «fuerte olor a alcohol, ojos brillantes, movimientos oscilantes, no siendo segura su deambulación, no moviéndose con seguridad aunque no llegó a caerse» (SAP de Valladolid, Sec. 4.ª, de 15 de junio de 2009 [LA LEY 111968/2009]), o más deta-

lladamente: «aspecto de sopor; rostro compungido y congestionado; labios reseco y sucio; ojos cansados y llorosos de pupila dilatada; halitosis alcohólica notoria a distancia y muy fuerte cerca; deambulaci3n insegura con p3rdida de la verticalidad; modo de hablar embotado con voz pastosa y d3bil y expresiones reiterativas; episodios de lloro, capacidad de compresi3n lenta; y, en cuanto a su capacidad de exposici3n y juicio, reconoce que nos e encuentra en condiciones de conducir y se arrepiente de haber cogido el veh3culo, comportamiento educado, correcto hablador y colaborador» (SAP de Burgos, Sec. 1.ª, de 8 de junio de 2009 [LA LEY 92959/2009]). Máxime cuando el acusado fingió no tener más fuerza para expirar haciendo posible la prueba con el alcoholímetro y, tras solicitar un análisis de sangre, «finalmente negarse abiertamente esta prueba alegando pavor a las jeringuillas» (SAP de Madrid, Sec. 16.ª, de 26 de mayo de 2009 [LA LEY 95124/2009]).

El segundo inciso del nuevo tipo penal es pues un delito de riesgo «potencial», asociado a la tasa de alcohol referida, pero si esa es la única prueba «existiendo dudas respecto a cuál fue, en realidad, el aparato empleado para obtenerla y si el mismo se encontraba debidamente verificado, así como también acerca de si fueron realizadas (...) únicamente dos pruebas o varias con aparatos distintos (...) procede, en aplicaci3n del principio *in dubio pro reo* (...) una sentencia de sentido absolutorio» (SAP de Cuenca de 15 de junio de 2009).

Se ha considerado prueba ilícitamente obtenida y, por ende, inválida a efectos probatorios, el informe pericial de un Médico Forense de un análisis de sangre obrante en el historial clínico del acusado, que se realizó con fines de diagnóstico y no de investigaci3n judicial, al tratarse de una intervenci3n corporal que revela una informaci3n reservada, pero tal declaraci3n de nulidad de una prueba puede no afectar al fallo si se fundó en otras suficientes para quebrantar la presunci3n de inocencia (STC 25/2005, de 14 de febrero [LA LEY 462/2005]).

Bien jurídico protegido

De modo inmediato se defiende el bien jurídico «seguridad del tráfico» («vial» según la última reforma), pero al ser un delito de peligro de modo mediato se están defendiendo también la vida y la integridad de las personas, así como su patrimonio (SAP de Asturias, Sec. 8.ª, de 7 de octubre de 2004 [LA LEY 208801/2004]), o si se prefiere y con otras palabras, se defiende un bien jurídico «colectivo de carácter intermedio, en la medida en que se encuentran en una relaci3n de medio a afin con los bienes jurídicos individuales (...) Los delitos contra la seguridad del tráfico, por lo tanto, otorgan una protecci3n inmediata a las condiciones de desarrollo de los bienes jurídicos individuales, de manera que estos últimos obtienen una protecci3n mediata (...) se trata de un bien jurídico colectivo que complementa la tutela de los bienes jurídicos individuales» (SAP de Guipúzcoa, Sec. 1.ª, de 20 de junio de 2005 [LA LEY 138637/2005]).

Elementos objetivos

El primer elemento típico es «conducir», por lo que tiene que acreditarse la existencia de conducci3n, lo que no acaece cuando la prueba de alcoholemia se efectúa a un conductor que, al parecer, había estacionado su veh3culo delante de un semáforo y se quedó dormido (SAP de Vizcaya, Secci3n 1.ª, de 8 de junio de 2005 [LA LEY 2065/2005]). Se perfecciona por el mero hecho de conducir un veh3culo de motor o ciclomotor generando el riesgo al hacerlo con las facultades psicofísicas mermadas (SAP de Asturias, Sec. 2.ª, de 28 de mayo de 2009 [LA LEY 109223/2009]), lo que requiere que la zona en la que se conduzca esté sometida al ámbito de aplicaci3n de la Ley de tráfico, sin que existan limitaciones de acceso al lugar —barreras u otros

elementos de cierre— utilizable por un número indeterminados de personas (SAP de Zaragoza, Sec. 3.ª, de 9 de junio de 2009 [LA LEY 104195/2009]).

La ingesta de bebidas alcohólicas o de las demás sustancias típicas ha de ser previa o coetánea a la conducción, siendo irrelevante al posterior ingesta, por ejemplo tras haber tenido un accidente si no se prueba que tal alegación es inverosímil o falsa (SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 16 de junio de 2009 [LA LEY 106094/2009]).

El instrumento conducido típico es el «vehículo de motor» y el «ciclomotor» (en la primera versión de este delito en las Leyes penales del automóvil de 1950 y 1962 —está última no llegó a entrar en vigor— y la presente en el CP tras la reforma de 1967, sólo se incluía en la descripción al «vehículo de motor», quedando tácitamente excluido el ciclomotor), cuya configuración es de carácter jurídico normativo, como recuerda la SAP de Madrid, Sec. 17.ª, de 31 de mayo de 2004 [LA LEY 127841/2004], que se remite a la normativa administrativa para incluir y excluir en tales conceptos los vehículos que merecen tal consideración, siendo en general todos los autopropulsados por motor, así como los remolques y semirremolques, excluidos los que circulen por vías que les sean propias, como los ferrocarriles y los tranvías, así como los juguetes y las silla de ruedas.

Consumación y tentativa

Siendo un delito de mera actividad, en el que los actos ejecutivos no son fácilmente fraccionables al tener que concurrir (puesta en marcha, circulación efectiva y conducción), la jurisprudencia no admite la figura de la tentativa, estimando consumado el delito aun cuando el recorrido del vehículos sea mínimo, al haberse generado ya el peligro (SSAP de La Coruña, Sec. 1.ª, de 5 de febrero de 2001 [LA LEY 29898/2001], y de 1 de junio de 2006, reiterando esta última otras de diversas AAPP en idéntico sentido), bastando por ejemplo un movimiento de 15 metros hacia delante y 2 metros hacia atrás (SAP de Orense, Sec. 2.ª, de 27 de abril de 2004 [LA LEY 98537/2004]).

Penalidad

La pena de privación del derecho a conducir debe abarcar tanto a los vehículos a motor como a los ciclomotores (Consulta de la FGE 4/1998, de 14 de julio).

Concursos

Existe concurso de delitos entre el presente de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas y el de desobediencia a someterse a la prueba de alcoholemia (hoy art. 383, antes de la última reforma art. 380), siempre y cuando se acredite junto a la desobediencia la existencia del primero por medios probatorios diversos al test de alcoholemia (SSAAPP de Madrid, Sec. 2.ª, de 26 de mayo de 2009 [LA LEY 94532/2009]), al ser diversos los bienes jurídicos protegidos en ambas figuras (evitación de peligros para la vida e integridad corporal y patrimonial en el ámbito de la seguridad vial frente a conducciones generadoras de esos riesgos, en el presente delito, y el principio de autoridad y la seguridad del tráfico general, en el segundo) y no tratarse por ende de un concurso de normas cuya aplicación acumulada lesionara el derecho al *no bis in idem* (SSAAPP de Granada, Sec. 1.ª, de 31 de marzo de 2001 [LA LEY 70575/2001]; de La Coruña, Sec. 1.ª, de 13 de marzo de 2009 [LA LEY 52488/2009], y de Asturias, Sec. 2.ª, de 23 de abril de 2009 [LA LEY 72567/2009], entre otras muchas), aun cuando no faltaran resoluciones contrarias

hace años, como recuerda la SAP de Córdoba, Sec. 3.^a, de 28 de diciembre de 2001 [LA LEY 139510/2001] (reiterando otras muchas a favor de la tesis mayoritaria ya entonces), tales como las de las AAPP de Madrid, Sec. 16.^a, de 23 de octubre de 2001 [LA LEY 185477/2001], y de Granada, Sec. 2.^a, de 25 de noviembre de 1998 [LA LEY 128107/1998], y 25 de enero, 16 de abril y 25 de junio de 1999. El TC ha confirmado la bondad de la punición concurrente ya en las SS 161 [LA LEY 10013/1997] y 234/1997 [LA LEY 385/1998].

También podría existir concurso delictivo con el delito de exceso de velocidad previsto en el apartado 1 de este mismo artículo, al menos como hipótesis (SAP de Barcelona, Sec. 2.^a, de 12 de noviembre de 2008 [LA LEY 236681/2008]), si bien en esta resolución se absuelve de ambos delitos por falta de prueba fidedigna.

Abundancia de Sentencias de conformidad y posible cambio de política criminal

En la práctica abundan las Sentencias de conformidad, dado el automatismo con el que se valoran las pruebas de alcoholemia y los atestados policiales correspondientes, procurando así que las penas, particularmente la de privación del permiso para conducir, sean lo más benignas posible, especialmente tras la reforma de la LECrim. introduciendo los «juicios rápidos» (arts. 795 y ss.) para determinados delitos flagrantes, entre los que siempre se suelen encontrar los que afectan a la seguridad del tráfico. Aun cuando se hayan oído voces partidarias de ampliar el Derecho penal de tráfico, la experiencia ha demostrado la ineficacia del Derecho penal para disminuir el número de accidentes, por lo que cualquier intento del CP en este punto no sería otra cosa que una «huida más hacia el Derecho penal», cuando los medios a poner deben ser sobre todo preventivos, y los represivos serían más que suficientes —también en este delito ahora comentado— con las sanciones administrativas todo lo agravadas que se quiera, centradas en multas y privaciones del permiso de conducir. Además de esta manera se liberaría al orden jurisdiccional penal de cargas de trabajo inútiles.

Artículo 380.

1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

Artículo precedente, como el anterior y los posteriores, de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. La versión derogada era la siguiente como art. 381:

«El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.»

En todo caso, se considerará que existe temeridad manifiesta y concreto peligro para la vida o la integridad de las personas en los casos de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas con altas tasas de alcohol en sangre y con un exceso desproporcionado de velocidad respecto de los límites establecidos».

Versión procedente de la LO 15/2003, que ha introducido el segundo párrafo.

Elementos objetivos

Se trata de un delito de *peligro concreto*, que supone la proximidad de la lesión de alguno de los bienes típicos suficientemente acreditados, debiendo tal peligro provenir de una *temeridad manifiesta* en la conducción (877/1999, de 2 de junio [LA LEY 8886/1999], 1461/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 168/2001], y 2251/2001, de 29 de septiembre [LA LEY 216240/2001]).

La diferencia con el ilícito administrativo es, por una parte, de intensidad de la infracción de las normas reguladoras de la circulación rodada al tener que ser constitutiva de «temeridad» (casos extremos de infracción) y además de modo «manifiesto», generándose además los peligros concretos para «la vida o la integridad de las personas» (561/2002, de 1 de abril [LA LEY 5930/2002], y SAP de Madrid, Sec. 26.^a, de 3 de diciembre, entre otras).

Supuestos concretos de temeridad manifiesta, por lo que tienen de «total desprecio a las normas básicas de circulación de vehículos de motor, así como, una total falta de respeto hacia la integridad de las personas», «patente, notoria y evidente para cualquier observador medio» puede verse en numerosas Sentencias (entre otras SSAAPP de Murcia, Sec. 3.^a, de 23 de febrero [LA LEY 27557/2009]; Valencia, Sec. 4.^a, de 6 de abril de 2009 [LA LEY 74386/2009]; de Pontevedra, Sec. 2.^a y 4.^a, de 23 de marzo [LA LEY 47923/2009] y 24 de abril de 2009 [LA LEY 97072/2009], y de Orense, Sec. 2.^a, de 5 de mayo de 2009 [LA LEY 81469/2009]). Por ejemplo, alcanzando velocidades próximas a los 200 km/hora, en zona de tránsito rodado, con «continuos cambios de carril y maniobras bruscas con frenazos y aceleraciones continuas», circulando de modo zigzagueantes y ocupando el arcén para progresar (2251/2001, de 29 de noviembre [LA LEY 216240/2001]).

Si no se acredita el peligro concreto no será típica la conducta, sin perjuicio de que pueda constituir un delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (SAP de Pontevedra, Sec. 4.^a, de 24 de marzo de 2009 [LA LEY 38251/2009]), pero ese peligro concreto no tiene porque afectar a una persona en particular sino en general a los conductores y peatones próximos al vehículo (178/1996, de 19 de febrero [LA LEY 3660/1996]).

Elementos subjetivos

Como no se contempla la incriminación imprudente (sin perjuicio de su posible concurrencia con algún delito imprudente de resultado lesivo, luego contemplado en el correspondiente apartado), el dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo (temeridad en la conducción y peligro concreto generado, pero dicho dolo no tiene porque extenderse a un supuesto específico y concreto de riesgo para algún bien jurídico, sino que se suficiente con que cubra el conocimiento de que conduciendo de ese modo se genera ese peligro y a pesar de ello de resuelve hacerlo de dicho modo (1461/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 168/2001], y 1039/2001, de 29 de mayo [LA LEY 5118/2001]). Y al calificación de «temeraria» de la conducción exigirá el análisis del

comportamiento del autor en relación con el conjunto de factores externos (1461/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 168/2001]).

El «ánimo de autoencubrimiento» en la huida del delincuente que es perseguido por la Policía, autoencubrimiento impune al no ser exigible otra conducta, sólo podría excluir este dolo de peligro si no la fuga no pone en riesgo otros bienes jurídicos como la seguridad del tráfico o la integridad de las personas (SSTS 2681/1992 de 12 de diciembre, 1461/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 168/2001], 168/2001 de 11 de abril [LA LEY 5279/2001], 1161/2002 de 17 de junio, 1464/2005 de 17 de noviembre [LA LEY 4/2006], y 670/2007, de 17 de julio [LA LEY 118136/2007]).

La ausencia de dolo y la presencia de imprudencia con causación de resultados típicos, impiden la aplicación de esta figura a favor de las infracciones imprudentes de resultado (SAP de Tenerife de 5 de diciembre de 2008 [LA LEY 283494/2008]).

Concursos

El dolo puede ser eventual y el acaecimiento de un homicidio imprudente, como consecuencia de la conducción temeraria, no absorbe este delito de peligro que no limitó su potencialidad lesiva al accidente acaecido sino que sometió antes al mismo a otros conductores, por lo que acaece un concurso ideal de delitos (STS 1464/2005, de 17 de noviembre [LA LEY 4/2006]). En igual sentido ha de procederse respecto al delito de lesiones causado en idénticas circunstancias (SAP de Barcelona, Sección 5.ª, de 2 de junio de 2005 [LA LEY 1910/2005]). También se ha considerado en concurso ideal con el delito previsto en el art. 155 CPM, contra la eficacia en el servicio (STS, Sala 5.ª, de 22 de mayo de 2006 [LA LEY 70547/2006]). Y otro tanto con el delito de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 (867/2006, de 15 de septiembre [LA LEY 103078/2006]).

El concurso real está vetado por lo dispuesto en el art. 382 para determinados supuestos. Respecto al delito de desobediencia a los agentes que intentaban detener al acusado, se ha considerado inexistente por aplicación del autoencubrimiento, que considera absorbida dicha desobediencia en el delito cometido (SAP de Madrid, Sec. 23.ª, de 18 de febrero).

Artículo 381.

1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior.

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del art. 127 de este Código.

Artículo redactado, como los anteriores y subsiguientes, conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. La versión derogada era la siguiente como art. 384:

«Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a seis y hasta diez años, el que, con consciente desprecio por la vida de los demás, incurra en la conducta descrita en el art. 381.

Cuando no se haya puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, la pena de prisión será de uno a dos años, manteniéndose el resto de las penas.

El vehículo a motor o el ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el artículo anterior, se considerará instrumento del delito a los efectos del art. 127 de este Código».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 127, 379 —y concordancias—, 380 y 382.

Elementos objetivos

Este precepto nació tras la alarma social surgida por la reiteración de conductas protagonizadas por los llamados «conductores suicidas», que no se consideraban suficientemente castigadas por el precepto contenido en el anterior art. 380, del que viene a ser un tipo cualificado más específico (561/2002, de 1 de abril [LA LEY 5930/2002]).

Se cumple el tipo en quien a gran velocidad circula en una autovía en sentido de marcha contrario al previsto (615/2001, de 11 de abril [LA LEY 5279/2001], y 1464/2005, de 17 de noviembre [LA LEY 4/2006]).

Elementos subjetivos

El tipo exige la concurrencia de dolo que abarque los elementos objetivos, al menos dolo eventual (615/2001, de 11 de abril [LA LEY 5279/2001]).

Decomiso del vehículo

La remisión del apartado 3 al art. 127 CP, convierte en facultativo del comiso del vehículo como instrumento del delito, en función de la proporcionalidad de dicha consecuencia del delito, al ser aplicable el art. 128.

Concursos

Se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente, en los supuestos de actualizarse el peligro.

Artículo 382.

Cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Artículo redactado, como los anteriores y subsiguientes, conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. La versión derogada era al siguiente como art. 383:

«Cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado.

En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el art. 66».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 109 a 122 y concordancias, y 379 y concordancias, en especial los acuerdos de JG sobre responsabilidad civil.

El delito del art. 379 se subsume en el más grave, de acaecer resultados lesivos y no meramente peligrosos siendo mayor la pena prevista para éstos (1061/2001, de 1 de junio [LA LEY 7848/2001]). El delito de peligro no se subsume en el de lesión, si aquél estuviera castigado con más pena que éste, lo que supone una excepción a la regla general (122/2002, de 1 de febrero [LA LEY 3484/2002]).

Artículo 383.

El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Artículo redactado, como los anteriores y subsiguientes, conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. La versión derogada era al siguiente como art. 380:

«El conductor que, requerido por el agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado como autor de un delito de desobediencia grave, previsto en el art. 556 de este Código».

CONCORDANCIAS

CP: art. 379 y concordancias.

Bien jurídico

Como ya se ha indicado en el apartado de «concursos» del comentario al art. 379, el bien jurídico protegido es doble: el principio de autoridad y la seguridad del tráfico (SAP de La Coruña, Sec. 1.ª, de 13 de marzo de 2009 [LA LEY 47920/2009], entre otras muchas).

Elementos objetivos

Si la negativa se produce sin que los agentes aprecien síntomas de intoxicación etílica, manifestándose en caso contrario al conductor, no existirá delito de desobediencia, sino mera infracción administrativa (3/1999, de 9 de diciembre [LA LEY 12171/1999]), siempre y cuando tampoco concurren los restantes supuestos administrativos en los que es obligatorio someterse a tal control, conforme a lo dispuesto en el Texto articulado de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y más detalladamente en los arts. 20 y siguientes del Reglamento de circulación (RD 13/1992), esto es en casos de accidente, de fundada sospecha de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, de conductores denunciados por alguna infracción o los que sean requeridos en controles preventivos ordenados por la autoridad (STS 2173/2002, de 19 de diciembre [LA LEY 10804/2003], y SSAAPP de Madrid, Sec. 17.ª, de 18 de mayo de 2009 [LA LEY 95228/2009], y de Pontevedra, Sec. 2.ª, de 2 de junio de 2009 [LA LEY 97027/2009], entre otras muchas). En definitiva, se requiere un mandato legal y expreso del agente de la autoridad, que se dé a conocer al acusado y que éste se niegue «abierta y ostensiblemente al sometimiento a las pruebas de determinación del alcohol» (SSAAPP de Vizcaya, Sec. 6.ª, de 10 de diciembre de 2002; Huelva, Sec. 2.ª, de 28 de julio de 2003, y de Valladolid, Sec. 4.ª, de 28 de abril de 2009 [LA LEY 75044/2009]).

La negativa a la práctica de la segunda prueba, tras haberse sometido el acusado a la primera, no constituye el presente delito (sí la mera infracción administrativa en su caso), pues no hay que distinguir donde la ley no distingue (SSAAPP de Barcelona, Sec. 3.ª, y de Zaragoza, Sec. 1.ª, de 6 de mayo de 2009 [LA LEY 84427/2009]).

Concurso en el delito del art. 379

Ver el correspondiente apartado de dicho precepto.

Artículo 384.

El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

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

Versión procedente de la LO 15/2007, de 30 de noviembre. El primer párrafo entró en vigor el 2 de diciembre del mismo año y el segundo, por expresa mención en la Disposición Final Tercera, el 1 de mayo de 2008.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 379 y concordancias, y 468.

Aspectos generales

Artículo procedente, como los anteriores y el siguiente, de la LO 15/2007, de 30 de noviembre. El párrafo primero entró en vigor el 2 de diciembre y, el segundo, el 1 de mayo de 2008. El

primer párrafo y el segundo inciso del segundo (conducir vehículo sin haber obtenido permiso o licencia) no tenían precedente en el CP de 1995 ni en el de 1973 al no existir la pérdida del carné por puntos, pero el segundo inciso del párrafo segundo sí tiene precedentes históricos, pues tras haberse introducido en el CP en la reforma de 1967 fue reconducido al ámbito de las infracciones meramente administrativas posteriormente. El quebrantamiento de condena estaba y está regulado en el art. 468 CP, pero con penas más benignas.

Elementos objetivos

Se trata de un delito de peligro abstracto, presumiendo que quien no dispone de permiso para conducir, por no haberlo tenido nunca, por haber vencido su período de vigencia o por haber sido privado de él por pérdida de puntos. Las escasas Sentencias relativas a este «resucitado» precepto (por la abundancia de Sentencias de conformidad y por lo reciente de la entrada en vigor del párrafo segundo) lo han interpretado en términos excesivamente formales, al no considerar meras infracciones administrativas los supuestos de no obtención del permiso español teniendo el de otro país no convalidado, en los que los acusados podrían tener capacidades reales para conducir (SSAAPP de Zaragoza, Sec. 6.^a, de 19 de febrero [LA LEY 30107/2009]; de Málaga, Sec. 7.^a, de 27 de febrero de 2009 [LA LEY 34396/2009], y de Madrid, Sec. 17.^a, de 20 de mayo de 2009 [LA LEY 95198/2009]).

Elementos subjetivos

No se ha considerado concurrente, por no estar acreditado, el error de prohibición por creer que el recurso contencioso-administrativo contra la privación del permiso para conducir suspendía la ejecutoriedad del acto administrativo (SAP de Álava, Sec. 2.^a, de 26 de febrero de 2009) y en cambio, en un supuesto análogo, por ausencia de dolo (JP núm. 2 de Pamplona de 3 de febrero de 2009 [LA LEY 96/2009]).

Artículo 385.

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.^a Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.^a No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

Artículo redactado, como los anteriores, conforme a la LO 15/2007, de 30 de noviembre, que entró en vigor el 2 de diciembre. La versión derogada era al siguiente como art. 382:

«Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses el que origine un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.º Alterando la seguridad del tráfico mediante la colocación en la vía de obstáculos imprevisibles, derramamiento de sustancias deslizantes o inflamables, mutación o daño de la señalización, o por cualquier otro medio.

2.º *No restableciendo la seguridad de la vía cuando haya obligación de hacerlo».*

(Versión a su vez introducida por la LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 y que se limitó a elevar la multa que era de *tres a ocho meses*.)

CONCORDANCIAS

CP: arts. 379 y concordancias.

Elementos objetivos

Se trata de un delito de *peligro abstracto* para la seguridad vial (SSAAPP de Zaragoza, Sec. 3.ª, de 3 de septiembre de 2003 [LA LEY 230228/2003], y de Guipúzcoa, Sec. 1.ª, de 6 de abril de 2005 [LA LEY 75692/2005], entre otras), aunque en ocasiones pueda devenir en concreto dicho peligro (SAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 17 de junio de 2005 [LA LEY 137086/2005]), cual es el caso del lanzamiento de un piedra contra un vehículo en marcha (SAP de Alicante, Sec. 7.ª, de 14 de febrero de 2008 [LA LEY 97558/2008]).

La cláusula residual «cualquier otro medio» circunscribe las análogas modalidades a que tengan una potencialidad lesiva equivalente a las expresamente tipificadas (JP núm. 6 de Zaragoza, S de 10 de abril de 2001).

Elementos subjetivos

Se requiere dolo, al menos eventual, conociendo el riesgo abstracto y genérico para la circulación (SSAAPP de Málaga, Sec. 1.ª, de 5 de octubre de 2000 [LA LEY 178797/2000], y Castellón, Sec. 2.ª, de 27 de abril de 2005 [LA LEY 93704/2005]).

Consumación y tentativa

Constituye tentativa inacaba serrar una señal y ser detenido tras una breve carrera (SAP de Tenerife, Sec. 2.ª, de 10 de septiembre de 2008 [LA LEY 225285/2008]).

TÍTULO XVIII

DE LAS FALSEDADES

CAPÍTULO I

De la falsificación de moneda y efectos timbrados

Artículo 386.

Será castigado con las penas de prisión de ocho a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:

1.º El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.

2.º El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada.

3.º El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador, moneda falsa o alterada.

La tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores. La misma pena se impondrá al que, sabiéndola falsa, adquiriera moneda con el fin de ponerla en circulación.

El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendo o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses, si el valor aparente de la moneda fuera superior a 400 euros.

Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código.

Versión procedente de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, reforma que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, se ha limitado a introducir en el número 1.º del primer párrafo la frase «*altere la moneda o (...)*», en el 2.º a añadir «*o exporte moneda falsa o alterada*», a sustituir la pena de *arresto de fin de semana* por la de prisión, a convertir la pena de multa en alternativa a la nueva de prisión y a sustituir el valor de *50.000 pesetas* en 400 euros.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 127, 129, 387 a 389, 400 y 629.

LOPJ: arts. 23.3.e), 23.4.d), 65.1.º.b) y 89 bis, párrafo tercero.

Convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 (*Gaceta* de 8 de abril de 1931 y *BOE* de 11 de agosto de 2006).

LECr.: arts. 263 bis y 282 bis.

LO 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la Ley sobre la Orden europea de detención y entrega: art. 9.

RD 857/2003, de 4 de julio, de coordinación de actuaciones entre las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Brigada de Investigación del Banco de España en la lucha contra la falsificación de billetes y monedas.

Instrucción de la FGE 5/2001, de 13 de diciembre, sobre la introducción del euro.

Circular monetaria del Banco de España 1/1995, de 28 de febrero (*BOE* del 10 de marzo).

Aspectos generales

Modalidades típicas

Las conductas típicas de la falsificación de moneda son la fabricación, importación (y la exportación tras la reforma de 2003), expendición y tenencia de moneda falsa, diferenciándose a su vez tres modalidades de expendición:

1.ª En connivencia con el falsificador.

2.ª Adquirida a sabiendas de su carácter falso, pero sin la anterior connivencia.

3.^a Recibida de buena fe, pero distribuida con conciencia de su falsedad y si su valor aparente es inferior a 400 euros, antes 50.000 ptas., constituirá la falta del art. 629 (1314/2001, de 29 de junio [LA LEY 7878/2001]).

Las imitaciones burdas y groseras no constituyen estos delitos, sin que, por otra parte, sea exigible una técnica tan depurada que haga muy difícil su distinción de la legítima (21 de diciembre de 1983 [LA LEY 43445-NS/0000], y 1384/2003, de 27 de octubre [LA LEY 10486/2004]).

Jurisdicción española

La jurisdicción española por hechos acaecidos fuera de su territorio, en aplicación del principio de defensa de sus intereses, se extiende tanto a la falsificación como a la expendición de moneda falsa, a pesar de la literalidad del art. 23.3.d) de la LOPJ (19 de abril de 1988 [LA LEY 10691-R/1988]).

Bien jurídico

La seguridad del tráfico monetario, su estabilidad y la economía del país, constituyen el bien jurídico protegido (1 de abril de 1971 y 1615/1996, de 30 de junio).

Elementos objetivos: conductas típicas

Fabricación o alteración

Antes de la reforma de 2003, que introdujo en el número 1.º la alteración de la moneda como equivalente a la fabricación, aquélla ya se consideraba delictiva, por ejemplo en el supuesto de haber suprimido de billetes desechados de la circulación, la palabra «anulado» (7 de marzo de 1989 [LA LEY 1169-2/1989]).

Introducción

El que sin realizar individualmente la acción, tenga el dominio del hecho de forma tan desvaliosa como el introductor material, merecerá igual reproche que éste (24 de febrero de 1983 [LA LEY 33200-NS/0000]).

Tenencia y adquisición

La tenencia y adquisición de moneda falsa son actos preparatorios criminalizados de las conductas posteriores de expendición o distribución. Los requisitos de la modalidad de tenencia sin connivencia con el falsificador (párrafo segundo, segundo inciso) son: a) la falta de connivencia como elemento negativo; b) la adquisición por cualquier modo que le dé la posesión, incluida la receptación (25 de febrero de 1993 [LA LEY 2925-5/1993]); c) propósito de ponerla en circulación —delito tendencial—, y d) dolosa conciencia de su falsedad, pues de ser sobrevenida constituiría la conducta del último párrafo (88/1999, de 27 de enero [LA LEY 1824/1999], 232/2003, de 13 de febrero [LA LEY 30935/2003], y 201/2004, de 24 de febrero [LA LEY 1176/2004]). La connivencia con el falsificador se deduce de la importancia del montante del valor facial del dinero falsificado (1888/2002, de 13 de noviembre [LA LEY 189115/2002]).

Distribución posterior a la adquisición de buena fe

Esta modalidad del último párrafo del presente artículo, o de la falta prevista en el art. 629 si su valor facial es inferior a 400 euros (50.000 ptas. antes de la reforma) exige los siguientes

requisitos: a) recepción por engaño o por error del transmitente; b) desconocimiento de la falsedad, aun cuando provenga de un hecho ilícito; c) conocimiento posterior de la falsedad, y d) acto traslativo (88/1999, de 27 de enero [LA LEY 1824/1999], y 75/2002, de 29 de enero [LA LEY 3700/2002]).

Se trata de una víctima que, para dejar de serlo, se convierte en delincuente ocasional (23 de febrero de 1994 [LA LEY 27843-JF/0000]).

Aspecto subjetivo

Se trata de un delito de intención o tendencia, en la mayor parte de las modalidades típicas relativas a un actuar posterior (introducción, expendición y tenencia), que requiere conocimiento de la falsedad y que ha de inferirse de las circunstancias de cada caso (88/1999, de 27 de enero [LA LEY 1824/1999], 75/2002, de 29 de enero [LA LEY 3700/2002] y 17 de junio [LA LEY 7174/2002], y ATS 17 de marzo de 2000). La adquisición a sabiendas de su falsedad es un elemento subjetivo revisable en casación (30 de junio de 1993 [LA LEY 3937-5/1993]).

Consumación

La fabricación se consuma con la creación o elaboración ultimada, sin que sea precisa la circulación de la moneda ni siquiera el intento de la misma (21 de diciembre de 1983 [LA LEY 43445-NS/0000] y 28 de septiembre de 1987, entre otras).

La expendición y la distribución son delitos de resultado que admiten la tentativa (12 de marzo de 1990), pero si la protagonizan los propios falsificadores o introductores, tal tentativa es absorbida por las anteriores conductas ya perfeccionadas (30 de junio de 1993 [LA LEY 3937-5/1993]). Se consuma la expendición en el mismo momento en que pasa la moneda falsa del expendedor al receptor (30 de junio de 1993 [LA LEY 3937-5/1993]), habiéndose adelantado dicho momento al de su disposición para ser lanzada a la circulación aun cuando no se produjera tal lanzamiento (18 de septiembre de 1997).

Complicidad

Existe complicidad sólo cuando la cooperación es accesoria y dependiente, sin autonomía en las decisiones (2355/2001, de 5 de febrero [LA LEY 28698/2002]).

Concurso

Concorre con el delito de estafa cuando, por ejemplo, se cambia moneda extranjera falsa por la nacional (1379/2002, de 16 de julio [LA LEY 10165/2003], y 232/2003, de 13 de febrero [LA LEY 30935/2003]).

Comiso

El dinero de curso legal, ocupado al mismo tiempo que el falso, debe también decomisarse, pues servía para ocultar el dinero falso y como cobertura para la futura distribución (5 de febrero de 1988).

Artículo 387.

A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y papel moneda de curso legal. A los mismos efectos, se considerarán moneda las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje. Igualmente, se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.

Versión procedente de la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, que se limitó a introducir la frase «*y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago*».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 386 y concordancias.

Acuerdo marco del Consejo de Ministros de la UE de 28 de enero de 2001.

JG de 28 de junio de 2002 y 16 de diciembre de 2008 (2.º asunto) sobre Falsificación de moneda y tarjetas de crédito y débito y tenencia de las segundas; de 5 de abril de 2005 sobre competencia en falsificación de tarjetas de crédito, y de 18 de julio de 2007 sobre Concurso medial de falsedad documental y estafa en la utilización de tarjetas de crédito falsas.

Elementos objetivos

La JG de 28 de junio de 2002 acordó que constituía delito de falsificación de moneda (art. 386.1.º), con anterioridad a la reforma de 2003, la alteración de la banda magnética de una tarjeta de crédito (948/2002, de 8 de julio [LA LEY 7710/2002], 1563/2002, de 26 de septiembre [LA LEY 450/2003]). Si la tarjeta de crédito cumple otra función diversa a la que la equipara al dinero, podría constituir su falsificación la de un documento mercantil, pues también lo es (35/2001, de 12 de marzo, y 1680/2003, de 11 de diciembre [LA LEY 972/2004]).

La JG de 28 de junio de 2002 ha considerado también que el número de las tarjetas objeto de falsificación es irrelevante, pues el CP no establece mínimo alguno respecto al número de papel moneda falsificado.

La tenencia de tarjetas de crédito falsificadas no equivale a la tenencia de moneda falsa, sino a su tenencia para la expedición o distribución, pues la equiparación de la falsificación de moneda con la de tarjetas de crédito acordada en la JG de 28 de junio de 2002 lo fue sólo a efectos de aquellas operaciones equiparables (722/2007, de 12 de septiembre [LA LEY 139755/2007]), confirmado este criterio en el acuerdo de la JG de 16 de diciembre de 2008 (2.º asunto) que exige para la identificación «la acreditación de una finalidad de transmisión» de las tarjetas. De ordinario la tenencia de tarjetas de crédito o débito falsificadas lo serán para su uso y no para su entrega a terceros, por lo que se convertirán en un instrumento para cometer el delito de estafa mediante falsedad en documento mercantil, con el que concurrirán si finalmente se utilizan y, de repetirse el uso con dicho fin, podrán configurarse como estafa continuada (465/2007, de 31 de mayo [LA LEY 42167/2007], 63, 220 [LA LEY 68709/2008] y 741/2008 de 25 de enero [LA LEY 17698/2008], 28 de mayo [LA LEY 68709/2008] y 11 de noviembre [LA LEY 175954/2008], 50, 104, 202, 507, 536 y 580/2009 de 22 de enero [LA LEY 2648/2009], 3 de febrero [LA LEY 6927/2009], 3 de marzo [LA LEY 8796/2009], 28 de abril [LA LEY 67214/2009] y 19 [LA LEY 99219/2009] y 27 de mayo [LA LEY 92060/2009]).

La Consulta FGE 3/2001, de 10 de mayo, consideró que no era equiparable a la tarjeta de crédito la de prepago para las cabinas telefónicas, pero la reforma de 2003 ha dejado obsoleta tal interpretación, al equiparar a las tarjetas de crédito las demás «que puedan utilizarse como medio de pago».

Concursos

El posterior uso fraudulento de la tarjeta falsa producirá una relación concursal entre el delito de falsificación y la defraudación (948/2002, de 8 de julio [LA LEY 7710/2002]), e incluso con otro de uso de documento mercantil falso (1680/2003, de 11 de diciembre [LA LEY 972/2004]).

Se considera cooperación en la falsificación de un documento de identidad y no de una tarjeta de crédito, la entrega de una fotografía del titular de la tarjeta para poderla luego utilizar con un DNI falso (1200/2002, de 26 de junio, y 1704/2003, de 11 de diciembre [LA LEY 972/2004]).

Competencia y jurisdicción española

La JG de 5 de abril de 2005 acordó que la competencia sobre estos delitos no era equiparable a la de falsificación de moneda del artículo anterior, por lo que correspondía a las AAPP y no a la AN (ATS de 28 de abril de 2005 [LA LEY 297569/2005]).

La jurisdicción española se extiende, como en los delitos de falsificación de moneda, a las tarjetas de crédito realizadas en el extranjero (14 y 465/2007, de 25 de enero [LA LEY 261/2007], y 31 de mayo [LA LEY 42167/2007]).

Artículo 388.

La condena de un Tribunal extranjero, impuesta por delito de la misma naturaleza de los comprendidos en este capítulo, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pudiese serlo con arreglo al Derecho español.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.8.^a y 137.

No tendrán relevancia para la reincidencia las condenas en el extranjero anteriores a la tipificación en el CP español de esta equiparación por L de 15 de noviembre de 1971 (8 de julio de 1983 [LA LEY 38880-NS/0000]).

Artículo 389.

El que falsificare o expendiere, en connivencia con el falsificador, sellos de correos o efectos timbrados, o los introdujera en España conociendo su falsedad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses.

Versión procedente de la LO 15/2003, en vigor desde el 1 de octubre de 2004, que ha modificado el segundo párrafo que antes decía así:

«El adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyere en cantidad superior a cincuenta mil pesetas, será castigado con la pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 400 y 629.

L 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de la liberación de los servicios postales.

RD 81/1999, de 22 de enero, aprobando el Reglamento del título segundo de dicha Ley.

Se consideran efectos timbrados aquellos documentos sobre los que se estampa un timbre o sello, expresivo de haber abonado por su adquisición el precio de un servicio monopolizado de carácter público, idóneos para el pago de sumas exigibles o tributos a favor del Estado, tales como papeles sellados de pagos, de multas, pólizas, timbres, móviles y modelos impresos de pagarés, de cambio y de contratos que imitaban las de la Hacienda Pública para recaudar el impuesto sobre las bebidas alcohólicas (25 de enero de 1991 [LA LEY 1402/1991]).

Existirá **concurso** del delito de falsificación de efectos timbrados y de estafa, si el que falsifica los precintos del impuesto especial además procede al relleno de las botellas con bebidas alcohólicas a granel (20 de diciembre de 1991 [LA LEY 1041/1992]), pues este delito de falsificación no exige daño o perjuicio a terceros (22 de abril de 1989 [LA LEY 1465-2/1989], 20 de septiembre de 1989 [LA LEY 99440-JF/0000] y 25 de septiembre de 1989 [LA LEY 474-JF/0000]).

CAPÍTULO II

De las falsedades documentales

SECCIÓN 1.ª

*De la falsificación de documentos públicos, oficiales y mercantiles
y de los despachos transmitidos por servicios de telecomunicación*

Artículo 390.

1. Será castigado con las penas de prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de sus funciones, cometa falsedad:

1.º Alterando un documento en alguno de sus elementos o requisitos de carácter esencial.

2.º Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error sobre su autenticidad.

3.º Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.

4.º Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

2. Será castigado con las mismas penas a las señaladas en el apartado anterior el responsable de cualquier confesión religiosa que incurra en alguna de las conductas descritas en los números anteriores, respecto a actos y documentos que puedan producir efecto en el estado de las personas o en el orden civil.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 26, 290, 292, 305, 307 a 310, 326.c), 400 y concordancias, especialmente las del art. 24.

CPM: art. 115.

LPPNA (§ 2.4): art. 58.

LREG (§ 2.3): arts. 135 y 140.

L 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

RD 1553/2005, de 23 de diciembre, sobre expedición del DNI y certificados de firma electrónica.

RD 896/2003, de 11 de julio, sobre expedición del pasaporte.

JG de 27 de marzo de 1998 sobre Falsificación de placas de matrícula y de 26 de febrero de 1999 sobre Falsedad ideológica.

CC: arts. 59 a 63 y 80.

LL 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, sobre los efectos de los matrimonios civiles celebrados ante ministros de iglesias evangélicas, de comunidades israelitas y conforme a la ley islámica.

Instrucciones de la Dirección General de Registros y de Notariado de 10 de febrero de 1993 sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados de forma religiosa, y de 20 de marzo de 2006 sobre prevención de fraude documental en materia de estado civil.

Esquema general

El CP ha sistematizado los delitos de falsedad documental del siguiente modo, en función del sujeto activo —funcionario o particular—, de la clase de documento —público u oficial, mercantil, privado, despacho de telecomunicación o certificado—, y de la conducta —falsificación o uso del documento—, incluyendo la punición de ciertos actos preparatorios:

1. Falsificaciones de funcionarios:

1.1. De documentos en general:

1.1.1. Dolosas (art. 390).

- 1.1.2. Por imprudencia grave (art. 391).
- 1.2. De despacho de telecomunicaciones (art. 394.1).
- 1.3. De certificados (art. 398).
2. Por particulares:
 - 2.1. De documento público, oficial o mercantil:
 - 2.1.1. Falsificándolo (art. 392).
 - 2.1.2. Usando el falsificado (art. 393).
 - 2.2. Uso de despacho de telecomunicaciones falso (art. 394.2).
 - 2.3. De documento privado:
 - 2.3.1. Falsificándolo (art. 395).
 - 2.3.2. Usando el falsificado (art. 396).
 - 2.4. De certificados:
 - 2.4.1. Por facultativo (art. 397).
 - 2.4.2. Por particular, falsificación o uso (art. 399).

Bien jurídico

Como indica el art. 26, lo relevante del documento es la «eficacia probatoria y cualquier otro tipo de relevancia jurídica». El bien jurídico protegido en este capítulo, en congruencia con tal definición legal, es la seguridad del tráfico jurídico, con especial incidencia en los medios probatorios, o si se prefiere la fe y confianza de los ciudadanos y de las instituciones en que se puede actuar jurídicamente fundándose en la adecuación de los documentos a la realidad, crédito que merecen los documentos en las relaciones sociales y en la convivencia organizada. La seguridad del tráfico jurídico, su fluidez y la posibilidad de que las relaciones sociales, y particularmente las comerciales, se funden en los principios de la buena fe y confianza a partir de los documentos que con tal fin se utilizan, constituye el bien jurídico protegido en los delitos de falsedad documental, pues la creación o manipulación ilegítimas de los documentos, aparentando una realidad inexistente, son un ataque al tráfico fiduciario, a la fe pública (828/1998, de 18 de noviembre [LA LEY 212/1999], 1647/1998, de 29 de enero de 1999 [LA LEY 1910/1999], 1282/2000, de 25 de septiembre [LA LEY 135/2001], 1649/2000, de 28 de octubre [LA LEY 97/2001], 107/2001, de 2 de febrero [LA LEY 28719/2001], 996/2001, de 1 de junio [LA LEY 6159/2001], 514/2002, de 29 de mayo [LA LEY 4880/2002], y 678/2006, de 7 de junio [LA LEY 70381/2006]).

Elementos objetivos

Concepto y funciones del documento

El objeto material de estos delitos es obviamente el documento, entendido conforme al amplio concepto legal que del mismo contiene el art. 26. El documento tiene que ser atribuible a una o varias personas, estar destinado al tráfico jurídico desde su creación (documentos intencionales) o con posterioridad (documentos ocasionales) y tener capacidad de surtir algún efecto en dicho

tráfico. Sus *funciones* son perpetuar el conocimiento y, en su caso, la voluntad de una o varias personas, probar con posterioridad la existencia de tales conocimientos o decisiones y, en fin, garantizar tales realidades para sus futuros efectos jurídicos (828/1998, de 18 de noviembre [LA LEY 212/1999], y 674/2000, de 14 de abril [LA LEY 8289/2000]).

Las diversas clases de documentos se analizan en los comentarios a los arts. 392, 394 y 397.

Ver el comentario al citado art. 26.

Documentos falsos obtenidos en el extranjero

Respecto al uso en España del documento falsificado en el extranjero, el acuerdo de 27 de marzo de 1998 de la JG, consideró su atipicidad salvo que «lo presente en juicio o se use para perjudicar a otro» como exige el art. 393 CP, confirmándolo así las STS de 28 de marzo de 1998, pero la 458/2006, de 11 de abril [LA LEY 43942/2006] castigó al que presentó en el atestado policial pasaporte y permiso de conducción falsos, conducta considerable como uso en juicio según el criterio de la S 1295/2003, considerando además que la doctrina del citado acuerdo de JG debía ser revisada en atención al concepto global de seguridad al que aluden las SSTS 1295/2003, de 7 de octubre [LA LEY 156773/2003], y 66/2005, de 26 de enero [LA LEY 11073/2005], criterio finalmente revisado que en el presente se sigue sin excepción por la jurisprudencia respecto a los documentos de identidad falsificados en el extranjero, resultando en consecuencia derogado dicho acuerdo de 1998, cambio de criterio derivado de considerar incluido en el ámbito de la jurisdicción española la falsedad de la carta de identidad extranjera, con nombre supuesto y con fotografía del acusado, se hubiere falsificado o no en España, al tener el Estado interés en conocer la identidad de las personas que acceden o se hallan en territorio español, y además en cumplimiento del Convenio de aplicación del Convenio Schengen, Título II, art. 6 (66/2005, de 19 de enero [LA LEY 11073/2005], 472/2006, de 5 de abril [LA LEY 48799/2006], 431 y 722/2007, de 30 de abril [LA LEY 26757/2007] y 12 de septiembre [LA LEY 139755/2007], 431 y 451/2008, de 5 de abril y 10 de julio [LA LEY 96504/2008], 139, 507 y 602/2009, de 24 de febrero [LA LEY 3342/2009], 28 de abril [LA LEY 67214/2009] y 9 de junio [LA LEY 112732/2009]).

Relevancia jurídica de la falsedad

Para que la falsedad documental, en cualquiera de las versiones que luego se analizan, pueda constituir infracción penal, ha de afectar a elementos esenciales del documento en atención a cualquiera de las tres funciones anteriormente manifestadas, y tener trascendencia para el tráfico jurídico pues de no tenerla la supuesta falsedad se torna «inocua» a efectos penales (674/2000, de 14 de abril [LA LEY 8289/2000], 107/2001, de 2 de febrero [LA LEY 28719/2001], 1704/2003, de 11 de diciembre [LA LEY 11287/2004], 678/2006, de 7 de junio [LA LEY 70381/2006], 324 y 541/2009, de 27 de marzo [LA LEY 34615/2009] y 27 de abril [LA LEY 92052/2009]). La mera mendacidad escrita no constituye falsedad, si no lesiona o pone en peligro el tráfico jurídico y, en particular, los bienes jurídicos protegidos y subyacentes al documento amparado por la fe pública: *non punitur quae non solum non nocet, sed non era apta nocere* (28 de junio de 1988 [LA LEY 185-2/1988], 1118/1995, de 21 de noviembre [LA LEY 257/1996], 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998], 2486/1992, de 17 de noviembre [LA LEY 2279-5/1993], 224/1998, de 11 de febrero de 1999 [LA LEY 2785/1999], y 1565/1998, de 26 de febrero de 1999).

Aplicando esta doctrina se han considerado atípicas las falsedades llamadas *superfluas o inútiles, inocuas y burdas*, atipicidad que radica bien la irrelevancia de la alteración de la verdad (carácter accesorio y no esencial), bien en la imposibilidad de confundir el documento falso o

falsificado con el verdadero, bien en fin por no afectar a terceros, cual es el caso de las llamadas *falsedades domésticas* que no traspasan el umbral del tráfico jurídico (algunos ejemplos de estas modalidades en SSTs 68/1993, de 27 de enero, 371/1995, de 9 de marzo [LA LEY 2254/1995], 247/1996, de 3 de abril, 224/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], 224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998], 233/2000, de 11 de febrero [LA LEY 4537/2000], 2017/2001, de 2 de noviembre [LA LEY 1039/2002], y 398/2009, de 11 de abril [LA LEY 40417/2009]).

Modalidades comitivas: falsedades ideológicas y materiales, por acción y por omisión

La doctrina y la jurisprudencia comparten la clasificación de las falsedades documentales en dos clases genéricas: materiales e ideológicas, que en cierto modo concurren siempre cuando de falsedades materiales se trata, pues las mismas faltan a la verdad también en el fondo del documento y no sólo en la forma. Existen otras clasificaciones equivalentes o muy próximas como las siguientes: falsedad de continente y de contenido, del soporte y de la información, externa e interna, gráfica e intelectual, contra la genuinidad del documento y contra la veracidad, contra la autenticidad y contra la verdad del contenido. En el comentario al art. 392 se trata de la división jurisprudencial respecto al alcance de la descriminalización de la falsedad ideológica genérica —«faltar a la verdad en la narración de los hechos»— protagonizada por particular.

El CP vigente ha reducido a cuatro modalidades las falsedades documentales, luego analizadas jurisprudencialmente tras hacer referencia al sujeto activo específico de esta primera figura. Con los matices luego señalados, puede concluirse que las dos primeras modalidades son falsedades materiales, mientras que las dos últimas encajan en la categoría de ideológicas. Naturalmente es posible que una misma conducta pueda subsumirse en dos o más modalidades típicas (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997], y 361/2000, de 3 de marzo [LA LEY 51503/2000]).

Algunas falsedades, especialmente las ideológicas, se pueden cometer tanto por acción como en régimen de *comisión por omisión* (art. 11 CP), faltando a la verdad en la narración de los hechos al no hacer constar datos esenciales para el tráfico jurídico que realmente existieron, perturbando por ello dicho tráfico (932/2006, de 5 de octubre [LA LEY 114932/2006]).

Sujeto activo

En el presente tipo penal el sujeto activo sólo puede ser el funcionario o autoridad (art. 25 CP), que además ha de protagonizar su conducta «en el ejercicio de sus funciones», pues el que actúa fuera de tales funciones, aun cuando no salga de la esfera pública, se convierte en un particular sin perjuicio de la posible agravación de la pena si lo hiciera abusando de su condición —art. 22.7.^a— (1453/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 7853/2002], 141/2005, de 11 de febrero [LA LEY 12387/2005], y 552/2006, de 16 de mayo [LA LEY 48787/2006]), pero si en tales supuestos la acusación se hubiere formulado sólo por esta modalidad más grave, el Juzgado puede condenarle por la más leve aun cuando no figurara como calificación subsidiaria (1362/1997, de 10 de noviembre [LA LEY 11434/1997], y 572/2002, de 2 de abril [LA LEY 4711/2002]).

Alteración de un documento (apartado 1.1.º)

En función de las características y finalidades del documento se podrá calibrar la relevancia o irrelevancia de la alteración, atendiendo a la necesidad de trascendencia jurídica para estimarla en su caso típica. Se ha considerado subsumible en este apartado la alteración de la fecha de un documento (27 de abril de 1992 [LA LEY 1981/1992]), de datos contenidos en una copia de un impre-

so oficial autocopiativo (361/2000, de 3 de marzo [LA LEY 51503/2000]), de una nota en un acta de exámenes de acceso a la universidad (363/1998, de 8 de junio [LA LEY 7957/1998]) y la mutación de un trazo en un plano catastral (1453/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 7853/2002]).

La ficción o imitación de la firma de otro en un documento se ha incluido en este apartado, pero se estima tal actividad inocua cuando se efectúa con el consentimiento del titular de la firma imitada (1561/2001 de 14 de septiembre [LA LEY 8611/2001], y 1704/2003, de 11 de diciembre [LA LEY 11287/2004]).

Y respecto a la alteración de fotocopias, en general se consideran documentos falsificables conforme a esta modalidad, pero si son copia de un documento que tiene carácter oficial, se pierde este carácter, y se considerará privado a estos efectos (art. 395 CP); tal mutación no se da, en cambio, cuando se trata de una simulación (modalidad del número 2.º luego comentada), pues lo que se simula es precisamente un documento oficial inexistente otorgándole aparentemente tal carácter (1227/1998, de 17 de diciembre [LA LEY 557/1999], 1656/1992, de 7 de octubre [LA LEY 1941-5/1993], 640/2000, de 14 de abril [LA LEY 8289/2000], 658/2003, de 9 de mayo [LA LEY 2033/2003], 324/2004, de 15 de junio, y 183/2005, de 18 de febrero [LA LEY 12238/2005]).

Simulación de documento (apartado 1.2.º)

Equivale a crear un documento que aparezca como verdadero (361/2000, de 3 de marzo [LA LEY 51503/2000]), y la referencia del precepto a «que induzca a error sobre su autenticidad», se centra en el documento en sí y no a que su contenido parezca veraz, interpretación esta última que resultaría extensiva y conculcadora de la taxatividad en la aplicación de la ley penal (932/2000, de 29 de mayo [LA LEY 9166/2000], y 1065/2000, de 17 de junio [LA LEY 811/2001]). Pero esta doctrina que parece la más clara y la más acorde con una interpretación no extensiva de la ley penal, que centre este apartado en el ámbito de las falsedades materiales (del continente, del soporte, externa, que afecte a la genuinidad del documento), considerando que «autenticidad» significa autoría del documento y no capacidad de inducir a error en el mismo, no es compartida por un amplio sector de la Sala segunda, a la hora de considerar una factura falsa emitida por el verdadero emisor y recibida por el verdadero destinatario como un documento simulado, típico por lo tanto conforme a esta modalidad, y no un documento auténtico pero que falta a la verdad en la narración de los hechos, modalidad sólo punible para los funcionarios públicos, discrepancia que se hizo evidente en el contraste de la primera doctrina sostenida en el Caso Argentia Trust—224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998]— y de la contraria, extensiva o expansiva, del Caso Filesa—817/1999, de 14 de diciembre—. En la JG—Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda— de 26 de febrero de 1999 no se logró unificar criterios al respecto.

Como se ha indicado, la tesis contraria a la estricta o restrictiva aplicación de esta modalidad falsaria considera que el término típico «autenticidad» significa también inexistencia de las operaciones contenidas en el documento, y no sólo autoría o realidad del documento en sí (869/1997, de 13 de junio [LA LEY 7872/1997], 1282/2000, de 25 de septiembre [LA LEY 135/2001], 123/2001, de 4 de junio, 337/2001, de 6 de marzo [LA LEY 7498/2001], y 1952/2001, de 26 de octubre, 514/2002, de 29 de mayo [LA LEY 4880/2002], y 1435/2005, de 14 de octubre [LA LEY 3/2006]). Parece que la tesis más aceptable y acorde con el principio de legalidad y corolarios del mismo, es la primera, pues en definitiva las facturas falsas para defraudar a la Hacienda pública o a otras personas o entidades, si tienen finalmente trascendencia jurídica resultarían absorbidas por el delito fiscal o por la estafa en su modalidad de colusión (art. 251.3.º), en aplicación de las reglas

que resuelven el *Concurso de normas* o leyes (art. 8 CP), pues únicamente ese bien jurídico protegido (Hacienda Pública o patrimonio) se ven afectados por tal documento, por lo que la punición de tales falsedades podría conculcar la prohibición del *ne bis in idem* contenida tácitamente en el principio de legalidad de los delitos (arts. 25 CE y 1 CP). Sobre esta materia se vuelve al tratar de los documentos mercantiles (art. 392) y de los concursos en este precepto.

La fotocomposición de un documento utilizando ordenador o fotocopiadora, se subsume en esta modalidad si cumple los restantes requisitos típicos (637/2003, de 30 de abril [LA LEY 2010/2003], 324/2004, de 15 de junio, y 183/2005, de 18 de febrero [LA LEY 12238/2005]). Existe simulación si se estampan firmas falsas en un documento en el que no existían (130/1999, de 8 de febrero [LA LEY 3574/1999]). Y también, aun cuando puede tratarse de un comportamiento subsumible en la modalidad anterior o en la posterior, si se simula un documento en el que se atribuye a otro una declaración que no hizo (224/1998, de 26 de febrero [LA LEY 1836/1998], y 513/1998, de 30 de enero). Se han incluido igualmente en esta modalidad las letras vacías con simulación de las firmas de los librados (2056/2001 de 31 de octubre [LA LEY 17/2002]), el contrato de trabajo en el que se declara una relación laboral inexistente —nuevo supuesto de falsedad ideológica «reconvertida»— (514/2002, de 29 de mayo [LA LEY 4880/2002]) y la simulación de un documento que justificaba la inasistencia de un Letrado a un juicio (572/2002, de 2 de abril [LA LEY 4711/2002]).

Suposición de intervención o manifestación (apartado 1.3.º)

Se trata de una falsedad ideológica, pues se falta a la verdad sobre la intervención o manifestación de una persona en un acto, pero que sí puede constituir falsedad punible para el particular, por no haber sido descriminalizada en el art. 392. Es indiferente que la persona falsamente interviniente haya fallecido o no, o sea imaginaria (14 de febrero de 1979). Se ha considerado subsumible en este apartado una falsificación burda de firma (atípica por ello como falsedad material), pero que supone la presencia del titular de dicha firma en actos en los que no intervino (634/2000, de 26 de junio [LA LEY 10339/2000]), utilizar identidades reales de otras personas sin su consentimiento para ocultar a los intervinientes reales (1150/1997, de 27 de septiembre [LA LEY 10249/1997]).

Falsa narración de los hechos (apartado 1.4.º)

Tiene que referirse a elementos esenciales de la narración, con trascendencia para el tráfico jurídico, consistentes en verter o recoger expresiones o hacer manifestaciones que no se corresponden con la realidad (759/1998, de 26 de mayo [LA LEY 7100/1998]). La comete el que firma el documento como responsable de lo que ve y oye, pero no responde de la veracidad de lo que manifiesten los que comparecen ante el funcionario (853/1997, de 12 de junio, y 759/1998, de 26 de mayo [LA LEY 7100/1998]), cual ocurre con el notario que incluye en el acta o escritura lo que realmente le manifiestan los comparecientes aunque sea falso, si a él no le consta (23 de febrero de 1988 y 2486/1992 de 17 de noviembre [LA LEY 11747/1992]).

Sólo los funcionarios y autoridades son sujetos activos típicos, como ya se ha comentado, a quienes no ha afectado obviamente la descriminalización (496/1998, de 6 de abril [LA LEY 5579/1998]).

Elementos subjetivos

Se exige la presencia del dolo falsario, consistente en la conciencia y voluntad de alterar la verdad documental, convirtiendo en veraz lo que no lo es, sin que se precise la presencia de otros

ánimos especiales (lucro, perjuicio, etc.) cual ocurre en la falsificación de los documentos privados (224/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], 206/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3862/2001], y 1736/2001, de 1 de octubre [LA LEY 8733/2001], y 2553/2001, de 4 de enero de 2002 [LA LEY 8405/2002]).

Formas de aparición

Al ser un delito de peligro, se consuma desde el momento en que se realiza la alteración o mutación, sin que se precise su ingreso en el tráfico jurídico (1826/1994, de 18 de octubre, 1019/2001, de 25 de mayo [LA LEY 7519/2001]), momento en el que empieza el cómputo para la *prescripción* (12 de marzo de 1993).

Autoría y participación

No es un delito de *propia mano*, por lo que debe imputársele a todos los intervinientes, en cualquiera de las modalidades de participación o concurso de delincuentes (583/2000, de 8 de abril [LA LEY 6621/2000], 234/2001, de 3 de mayo [LA LEY 5897/2001], 79/2002, de 24 de enero [LA LEY 3421/2002], 990/2003, de 2 de julio [LA LEY 10064/2004], y 1209/2003, de 27 de septiembre [LA LEY 10198/2004]), siendo irrelevante si la autoría fue inmediata o mediata, si hubo dominio funcional del hecho (1980/2000, de 25 de enero de 2001 [LA LEY 1253/2001]), y si era particular —no funcionario— el inductor o cooperador (195/2001, de 14 de febrero [LA LEY 3397/2001], y 264/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3328/2001]).

Concursos

Se ha admitido el *delito continuado*, cuando acaece lo que se denomina *unidad natural de acción* (1047/2003, de 16 de julio [LA LEY 125456/2003], y 1398/2003, de 27 de octubre [LA LEY 11100/2004]), habiéndose apreciado por ejemplo en la falsificación de varios documentos de forma concatenada (1501/1998, de 14 de abril [LA LEY 5990/1998]), de exámenes de ingreso en un servicio autonómico de salud (1980/2000, de 25 de enero de 2001 [LA LEY 1253/2001]) y de recetas médicas (576/2002, de 3 de septiembre [LA LEY 7821/2002]).

En la falsedad cometida por particular se abordan las cuestiones concursales más propias de aquel ámbito. Respecto al concurso de falsedades documentales con los delitos de *malversación* y de *cohecho*, respecto al primero se ha apreciado el concurso delictivo —no de normas— por faltar a la verdad en la narración de los hechos relativos a una malversación derivada de actos de contrabando (342/1996, de 22 de abril [LA LEY 6103/1996]), y no se consideró presente tal falsedad ni el consiguiente concurso, por ser reales los documentos, en otro supuesto de malversación de recaudador municipal (117/1996, de 25 de marzo [LA LEY 5095/1996]); y en cuanto al cohecho, se ha reconocido la existencia del concurso delictivo con la falsedad documental, al ser diversos los bienes jurídicos protegidos en ambos delitos (95/2002, de 1 de febrero [LA LEY 1754/2002]). Por lo que respecta a la prevaricación, de ordinario se estima que la plasmación de la prevaricación en un documento escrito no constituye un nuevo delito de falsedad documental por la normal vocación en tal sentido de las resoluciones administrativas, «Ahora bien, en este caso no se trata simplemente de eso, sino que en el curso de un Decreto se dejan por escrito afirmaciones que son falsedades notorias y que abundan en la tipificación de tal relato como falso, en tanto se falta a la verdad en la narración de los hechos, haciendo hincapié en algo que es meridianamente mendaz, apócrifo y, por consiguiente, falso: la ausencia de resolución expresa por el Pleno municipal del expresado asunto, cuando, por el

contrario, había sido debatido y resuelto. Si además de prevaricar se miente, haciendo constar por escrito lo que no es verdad, se colman las previsiones típicas del art. 390.1.4.º del Código» (284/2009, de 13 de marzo [LA LEY 30372/2009]).

Responsabilidad civil

En contra de una tradición, que excluía la responsabilidad civil derivada del delito de falsedad, pues se venía considerando que la misma se derivaba del delito lesivo del patrimonio del que había sido instrumento, reciente jurisprudencia sí admite esta responsabilidad civil directamente derivada del delito de falsedad, si ha generado daños o perjuicios (3152/1998, de 6 de abril [LA LEY 5579/1998], 1553/2001, de 11 de septiembre [LA LEY 8880/2001], 33/2003, de 22 de enero [LA LEY 12332/2003], y 1333/2004, de 19 de noviembre [LA LEY 262/2005]).

Artículo 391.

La autoridad o funcionario público que por imprudencia grave incurriere en alguna de las falsedades previstas en el artículo anterior o diere lugar a que otro las cometa, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CP: art. 5.

Consiste este delito en la creación de un riesgo previsible para el bien jurídico protegido, que debería haber conocido y evitado de actuar con la debida diligencia, gravemente desatendida al tratarse de imprudencia grave, riesgo que le sea imputable objetivamente al haber tenido su concreción y efectos en la conducta realizada (1227/2001, de 18 de junio [LA LEY 7530/2001]). La comete el notario que legitima unas firmas afirmando que estaba presente su autor cuando no lo estaba (2018/2001, de 3 de abril de 2002 [LA LEY 5502/2002]).

Artículo 392.

El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 390 y concordantes.

CC: art. 1216.

LEC: arts. 317 a 327.

LOREG: art. 141.

L 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del cheque: Disp. Adic. 4.ª.

JG de 26 de febrero de 1999 sobre Falsedades ideológicas; de 19 de julio de 2000 y de 8 de marzo de 2002 sobre Estafa y falsedad de cheque; de 27 de abril de 2005 sobre Falsa excepción de falsedad en un juicio ejecutivo, y de 18 de julio de 2007 sobre Concurso medial de falsedad documental y estafa en la utilización de tarjetas de crédito.

Elementos objetivos

Documento público

Aun cuando el tipo penal equipare los documentos públicos y los oficiales, por los primeros entiende la jurisprudencia los que como tal se definen y describen en los arts. 1216 CC («los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley») y 317 LEC («1.º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios de las mismas que expidan los Secretarios Judiciales. 2.º Los autorizados por notario con arreglo a derecho. 3.º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a derecho. 4.º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de asientos registrales. 5.º Los expedidos por funcionarios públicos legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones. 6.º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades»), habiéndose considerado como tales los planos del catastro (1000/1995, de 16 de octubre [LA LEY 14784/1995], y 1136/1995, de 8 de noviembre [LA LEY 14818/1995], y 1453/2002, de 13 de septiembre [LA LEY 7853/2002]).

Documento oficial

Son documentos oficiales los provenientes de las administraciones públicas y de los demás entes o personas jurídicas públicas, en cumplimiento de sus funciones y fines (2518/1993, de 10 de noviembre [LA LEY 15899-R/1994], 437/1996, de 17 de mayo [LA LEY 6535/1996], 1233/1997, de 10 de octubre [LA LEY 11185/1997], 1563/1999, de 8 de noviembre [LA LEY 4532/2000], y 2549/2001, de 4 de enero de 2002 [LA LEY 2252/2002]).

Se han considerado documentos públicos las recetas médicas de la Seguridad Social (2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001], y 1063/2002, de 4 de junio [LA LEY 105525/2002]), el DNI (1448/2000, de 26 de septiembre [LA LEY 856/2001]), 1459/2001, de 23 de julio [LA LEY 148906/2001], y 2015/2001, de 29 de octubre [LA LEY 2368/2002]); los billetes de lotería (1019/2001, de 25 de mayo [LA LEY 7519/2001]), los de la ONCE (18 de enero de 1991 [LA LEY 1344/1991]) y los boletos de quinielas (9 de febrero de 1989 [LA LEY 980-2/1989]) aun cuando también sean documentos mercantiles —títulos valores al portador—; impresos expedidos por la Administración tributaria de diversa índole (817/1995, de 17 de julio [LA LEY 14681/1995], 68/1996, de 2 de febrero [LA LEY 3042/1996], 876/1997, de 9 de octubre [LA LEY 10442/1997], y 1012/2000, de 5 de junio [LA LEY 8655/2000]) y los libros parroquiales y certificaciones sobre el estado civil de las personas del Registro Civil (952/1998, de 4 de diciembre [LA LEY 1806/1999]).

También la certificación de matriculación y la alteración del bastidor y la limadura del número del motor (1563/1999, de 8 de noviembre [LA LEY 4532/2000]), siendo el documento la placa

unida al vehículo y no el vehículo en sí al constituir ambos «una unidad probatoria» (69/2009, de 26 de enero [LA LEY 2646/2009]).

Las *placas de matrícula*, antes específicamente protegidas contra su falsificación por el art. 279 bis (CP 1973), son también documentos oficiales (JG —Pleno no jurisdiccional— de 27 de marzo de 1998, Consulta 3/1997 de 19 de febrero FGE, SSTS 88/1997, de 31 de enero [LA LEY 2531/1997], y 674/2000, de 14 de abril [LA LEY 8289/2000]), considerando dicha JG que: «la sustitución de la verdadera por la de otro vehículo es conducta subsumible en el art. 390.1.1.º del Código Penal por ser la matrícula con el vehículo un documento conjunto. En igual precepto debe subsumirse la parcial modificación de la matrícula auténtica. Y el art. 390.1.2.º debe aplicarse en los casos de íntegra elaboración o falsificación de la matrícula, todas ellas como modalidades de falsificación cometidas por particulares en documento oficial», habiendo compartido este criterio SSTS anteriores (9 de diciembre de 1998 [LA LEY 646/1999], y 88/1997, de 31 de enero [LA LEY 2531/1997]).

Los *documentos privados que se van a incorporar* y luego se incorporan a un expediente o documento oficial, siguen siendo privados a efectos de su falsificación si esta se realiza con anterioridad a su incorporación (2044/1992, de 5 de octubre [LA LEY 15043-R/1993], 817/1995, de 17 de julio [LA LEY 14681/1995], y 1602/1999, de 15 de noviembre [LA LEY 957/2000]) y el destino de la misma no es exclusivamente tal incorporación para que surta los consiguientes efectos, pues en caso contrario se transmuta en documento oficial a estos efectos falsarios en el momento de su falsificación por considerarse un *documento oficial por destino* (2176/1992, de 19 de octubre [LA LEY 12823/1992], 237/1995, de 31 de mayo [LA LEY 14589/1995], y 817/1995, de 17 de julio [LA LEY 14681/1995], 437/1996, de 17 de mayo [LA LEY 6535/1996], 79/2002, de 24 de enero [LA LEY 3421/2002], 1529/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 996/2004], y 32/2006, de 23 de enero [LA LEY 10892/2006]). Con mayor razón tendrán carácter oficial los documentos privados que se falsifiquen una vez incorporados al documento oficial (429/1994, de 22 de febrero, y 1026/1994, de 17 de mayo [LA LEY 3297/1994]).

En cuanto a los *documentos extranjeros* falsificados o usados en España, conservan el carácter oficial que tuvieran en su país de origen, si pueden surtir efectos jurídicos aquí (1205/1992, de 26 de mayo [LA LEY 3061-JF/0000], y 959/1993, de 30 de abril). Respecto a la falsificación en el extranjero de documentos de identidad, véase el comentario relativo a los *documentos falsos obtenidos en el extranjero* que figura bajo el epígrafe «elementos objetivos» del comentario al art. 390.

Y en relación con el *carácter privado de las fotocopias* de documentos públicos u oficiales, dicho carácter se mantiene pues «la fotografía sólo transmite la imagen», pero no la naturaleza jurídica del documento, pero si a la fotocopia de un documento oficial se le añaden elementos que puedan inducir a error sobre la autenticidad del original, la misma constituye una lesión de la confianza que los ciudadanos tienen en los documentos oficiales, adquiriendo entonces la condición de documento oficial o público simulado idóneo para inducir a error sobre su autenticidad (674/2000, de 14 de abril [LA LEY 8289/2000], 58 y 183/2005, de 21 de enero [LA LEY 11180/2005] y 18 de febrero [LA LEY 12238/2005], 474/2006, de 28 de abril [LA LEY 48430/2006], y 63/2007, de 3 de julio [LA LEY 1525/2007]). El documento que se simula mediante fotocopia tiene que ser oficial (384/2004, de 22 de marzo [LA LEY 1270/2004], y 183/2005, de 18 de febrero [LA LEY 12238/2005]), falsedad que por ejemplo acaece al incrementar en impresos de ingreso a la Seguridad social las cantidades realmente ingresadas (474/2006, de 28 de abril [LA LEY 48430/2006]).

Documentos mercantiles

A pesar de que el CP de 1973, y los anteriores, equipararan a estos efectos penales los documentos públicos y oficiales a «las letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles», la jurisprudencia sigue manteniendo un concepto amplísimo de «documento mercantil», poco acorde con una interpretación sistemática y estricta de tal referencia típica, poco respetuosa con la exigencia de interpretación estricta y, en la duda, restrictiva de las normas penales. Mientras que en otros países del entorno limitan la equiparación a los documentos públicos y oficiales exclusivamente los títulos valores, que por su carácter endosable y la incorporación del derecho al documento merecen tal sobreprotección, en España se siguen considerando mercantiles documentos que sólo merecerían el carácter de privados.

En una exacerbación de la interpretación extensiva manifestada, la jurisprudencia no ha determinado una enumeración exhaustiva y cerrada de los documentos mercantiles a efectos falsarios, incluyendo no sólo aquellos mencionados en el CCom. y leyes especiales, sino también los referidos o requeridos, en fase contratación o asunción de obligaciones (aunque carezcan de denominación conocida en derecho) y de ejecución o consumación de relaciones, contratos u operaciones mercantiles, tales como albaranes de entrega, facturas, recibos y documentos contables, cualquiera que sea el soporte o contenido (738/2000, de 3 de mayo [LA LEY 8931/2000], 337 y 2553/2001, de 6 de marzo [LA LEY 7498/2001], y 4 de enero de 2002 [LA LEY 8405/2002], y 1024/2004, de 24 de septiembre [LA LEY 2093/2004]).

A pesar de tan amplio concepto, a partir de 1990 se produjo una autolimitación del concepto de documento mercantil, no siempre respetada por la expuesta, circunscribiéndolo a aquellos explícitamente contemplados en la legislación mercantil y, además, que tengan una eficacia jurídica superior a la de simple documento privado, que justifique la agravación de su falsedad, máxime cuando de ordinario la falsificación de documentos, mercantiles en sentido amplio o estricto, suelen acompañar a otros delitos patrimoniales (17 de mayo de 1989, 1 de abril de 1991 [LA LEY 10053/1991] y 31 de mayo de 1991 [LA LEY 10543/1991], 289/2001, de 23 de febrero [LA LEY 4359/2001], y 788/2006, de 22 de junio [LA LEY 77141/2006]). Esta tendencia restrictiva de la expansiva denunciada ha rechazado, en base a la excepcionalidad de la conversión en documento mercantil el meramente privado, que pueda insertarse en este ámbito la tesis jurisprudencia de considerar mercantil (como ocurre con los documentos oficiales) los meramente privados con destino mercantil, como el impreso de solicitud de un crédito (289 y 337/2001, de 23 de febrero [LA LEY 4359/2001] y de 6 de marzo [LA LEY 7498/2001]).

Se han considerado documentos mercantiles la documentación bancaria por analogía a partir del art. 2 CCom. (720/2000, de 25 de abril [LA LEY 8442/2000]), los resguardos de las compras mediante tarjeta de crédito que no son meros albaranes sino órdenes de pago (889/2000, de 27 de mayo [LA LEY 109589/2000]), etc.

Modalidades comitivas: tipificación de la falsedad ideológica

Las tres primeras modalidades del art. 390.1, en los términos antes comentados, son las viables para la tipicidad de las falsedades documentales cometidas por particulares. Es atípica la falsedad ideológica genérica del número 4.º, tanto en documento privado como en el público u oficial (513/1998, de 30 de enero), pero como ya se ha denunciado en relación con la interpretación extensiva del número 2.º —simulación total o parcial de documento—, la descriminalización se ha burlado a través de tan extensiva interpretación del término «autenticidad», considerándose

típicas algunas falsedades ideológicas al margen de las indiscutiblemente excepcionadas por el número 3.º (865/1997, de 13 de junio [LA LEY 7872/1997], y 1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997], 1647/1998, de 28 de enero de 1999 [LA LEY 1910/1999], y 1649/2000, de 28 de octubre [LA LEY 97/2001], además de las antes citadas). Este criterio extensivo consistente en interpretar el término «autenticidad» como equivalente a «veracidad» y no como perteneciente dicho documento al «autor» del mismo, se ha aplicado a las facturas de contenido mendaz aun siendo reales el emisor y el receptor e incluso a falsedades en la contabilidad sin acudir a la excepción del delito societario del art. 290, a partir del acuerdo de JG de 26 de febrero de 1999, ha sido seguido por numerosas Sentencias (867 y 1302/2002, de 11 [LA LEY 6445/2002] y 29 de julio [LA LEY 130391/2002], 1212/2004, de 28 de octubre [LA LEY 94/2005], 1345/2005, de 14 de octubre [LA LEY 3/2006], 298/2006, de 8 de marzo [LA LEY 23435/2006], 324/2009, de 27 de marzo [LA LEY 34615/2009] que estiman autónomamente punibles tales conductas generalmente instrumentos de estafa o de delitos contra la Hacienda pública, conformando un concurso instrumental y no de normas merced a la ya denunciada y también extensiva interpretación del concepto legal de «documento mercantil» a los que no son títulos valores, justificando tal ampliación del ámbito de las falsedades ideológicas cometidas por particulares en la afectación de bienes jurídicos distintos de la defraudación, al tener otros posibles efectos en el tráfico jurídico mercantil tales mendacidades.

Aspecto subjetivo

Se requiere la presencia del dolo falsario, en los términos ya expresados en el comentario al art. 390 (2093/1993, de 21 de enero de 1994 [LA LEY 13695/1994], 1136/1995, de 8 de noviembre [LA LEY 14818/1995], y 481/1999, de 25 de marzo [LA LEY 3793/1999]).

Autoría

«La autoría en el delito de falsedad no se limita a la persona concreta que realice la materialidad de la firma, u otro elementos mendaz en que tal falsedad consista, sino que cabe la coautoría (...) aunque se ignore la identidad de quien causara la confección falsaria del documento, siempre que conste la intervención del acusado en el previo concierto (...) o haya dispuesto del “dominio funcional del hecho”» (146/2005, de 7 de febrero [LA LEY 12341/2005], y 354/2009, de 2 abril [LA LEY 49559/2009], entre otras muchas algunas citadas por esta última).

La STS 725/2008, de 17 de noviembre [LA LEY 189430/2008], recordando otras anteriores (1245/1994 de 15 de junio [LA LEY 14006/1994], 234/2001, de 3 de mayo [LA LEY 5897/2001], y 1041/2005, de 16 de septiembre [LA LEY 13862/2005]), confirma que el delito de falsedad documental no es «de propia mano» y «en definitiva la participación criminal es admisible en el delito de falsedad, en cualquiera de las formas propias del concurso de delincuentes».

Concursos

De normas o de delitos

Constituye *concurso de normas* (art. 8 CP) la falsedad en documento privado como medio para cometer la estafa, por estimar que el ánimo de perjudicar que incluye en la descripción típica el art. 395, propicia la absorción de tal conducta en la defraudación mediante engaño, lesionándose un solo bien jurídico que es el patrimonial (2809/1992, de 28 de diciembre, 512/1993, de 10 de marzo [LA LEY 3049-5/1993], 1298/2002, de 4 de julio [LA LEY 10151/2003], y 1819/2002,

de 30 de octubre [LA LEY 180792/2002], 880/2003, de 13 de junio [LA LEY 2641/2003], y 428/2009, de 28 de abril [LA LEY 49571/2009]). Si concurre en cambio con un delito de apropiación indebida, para cuya comisión no ha sido medio, se constituirá un concurso de delitos (760/2003, de 23 de mayo [LA LEY 93078/2003]). En el mismo sentido se ha considerado delito autónomo la falsificación de una hoja de encargo profesional que «no se integró en el engaño de la estafa» y en cambio fue «una falsedad con la finalidad de presentar un prueba en perjuicio del querellante» (114/2009, de 11 de febrero [LA LEY 3351/2009]).

En atención a la diversidad de bienes jurídicos entre los delitos concurrentes, se ha considerado en cambio que existe *concurso ideal o medial de delitos* en supuestos de falsedad de DNI y de permiso de conducción, si no se aprecia la continuidad delictiva (254/1997, de 20 de febrero [LA LEY 3343/1997]) y de estafa mediante documento mercantil u oficial falsificados (458/2000, de 27 de marzo [LA LEY 67397/2000] y 1140/2000, de 26 de julio [LA LEY 9950/2000], y 623/2001, de 6 de abril [LA LEY 7106/2001]), llegando incluso a considerar el acuerdo de JG de 8 de marzo de 2002, precedido y ratificado por numerosas Sentencias (832/2002, de 13 de mayo [LA LEY 6465/2002], 29/2004, de 15 de enero [LA LEY 11584/2004], y 171/2009 de 24 de febrero [LA LEY 4681/2009] entre otras) que no se incurre en un *bis in idem* sancionador cuando se aplica la agravante de la estafa por comisión de la misma mediante cheque o pagaré (art. 250.1.3.º) y además el delito de falsedad en documento mercantil en régimen de concurso instrumental, optando dicho acuerdo por esta alternativa y no por las dos restantes a las que aludió la posterior STS 1740/2002, de 18 de octubre [LA LEY 10559/2003]: el delito de estafa agravado absorbe la falsedad en cheque o pagaré o bien el concurso delictivo se establece entre el delito de estafa básico del art. 248 y el de falsedad en documento mercantil. Pero no se ha estimado un nuevo delito de falsedad la inclusión en la contabilidad de los cheques o pagarés falsos pues, aun siendo falsos, «las anotaciones contables relativas a los títulos-valores no hicieron sino reflejar fielmente la imagen propia de ellos» (377/2009, de 24 de febrero [LA LEY 49561/2009]).

El mismo concurso medial de delitos se comete, según la STS 202/2009, de 3 de marzo [LA LEY 8796/2009], siguiendo el acuerdo de JG de 18 de julio de 2007, utilizando una tarjeta de crédito falsa y estampando el acusado «una firma bajo una identidad supuesta en los tickets de compra emitidos a causa del uso de las tarjetas de crédito falsificadas» (889/2000, de 27 de mayo [LA LEY 109589/2000], y 451/2007, de 19 de julio [LA LEY 79560/2007]), si bien en algún caso se ha considerado que «la estafa absorbe el delito de uso de documento falso, pero no la falsificación del documento» (971/2007, de 3 de marzo [LA LEY 185183/2007], y 202/2009, de 3 de marzo [LA LEY 8796/2009]).

Delito continuado o delito de una sólo acción

Respecto a la unidad de acción y de delito o la diversidad de acciones subsumibles en la figura del delito continuado (art. 74 CP), la STS 365/2009, de 16 de abril [LA LEY 34614/2009], considera que «resulta determinante acudir al concepto de acción (concepto naturalístico o concepto normativo) para resolver el problema, haciendo notar que en esta Sala de casación se han registrado dos corrientes contradictorias, una calificando de una sola acción el falseamiento repetido y en el mismo acto de diversos documentos, y otra considerando que existen tantos delitos de falsedad como documentos falsificados. En la primera dirección se registran entre otras la 1047/2003, de 16 de julio [LA LEY 125456/2003], 1024/2004, de 24 de septiembre [LA LEY 2093/2004], 521/2006, de 11 de mayo [LA LEY 48789/2006], y 1266/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175855/2006]. Sin embargo, parece que se va abriendo paso la segunda tesis para la

que, desde un concepto de cariz normativo, acoge la figura de la continuidad delictiva (véanse SSTs 348/2004, de 18 de marzo [LA LEY 1270/2004], 1277/2005, de 10 de noviembre [LA LEY 218767/2005], 566/2006, de 9 de mayo [LA LEY 62740/2006], y 291/2008, de 12 de mayo [LA LEY 61791/2008]). Es razonable partir de un concepto natural de acción, pero en más de una ocasión sería preciso recurrir a complementos normativos que delimiten la acción típicamente relevante. El concepto normativo de acción atiende sustancialmente al precepto infringido y al bien jurídico protegido, de modo que la acción se consuma cuando se produce el resultado previsto por la norma, cualquiera que sean los hechos naturales (únicos o plurales) que requiera tal infracción para que se produzca en el mundo real (véase STS 566/2006, de 9 de mayo [LA LEY 62740/2006]) del mismo modo que cada documento falsificado es un delito, el utilizar distintos mecanismos simultáneos para producir la falsedad no afecta a la unidad normativa de acción, en tanto en cuanto el art. 390, al que se remite el 392 CP, contiene o encierra, por su modo de comisión, un supuesto de tipos mixtos alternativos». Siguiendo este razonamiento, la Sentencia parcialmente reproducida llega a la conclusión de que constituye un delito continuado la falsificación de «21 talones, 18 de los cuales se entregaron al banco para gestionar el cobro y abonar en su cuenta, tres de ellos se cobraron en dos fechas distintas (14 de noviembre y 27 de diciembre de 2006) presentándolos la acusada directamente en la entidad bancaria».

Siguiendo el precedente criterio, tal y como recuerda la STS 553/2009, de 22 de mayo [LA LEY 99183/2009], no se ha apreciado el delito continuado en la falsedad efectuada por un policía de aeropuerto en siete pasaportes diferentes poniendo «sendos sellos de entrada con fechas alteradas, considerándose una sola acción la materialidad de poner los sellos en los siete pasaportes» (705/1999, de 7 de mayo). Igualmente «constituye unidad natural de acción inscribir dos firmas falsas en un mismo documento o suponer en un mismo acto la intervención de varias personas que no la han tenido, o incluso suscribir falsamente más de un documento en el curso de una única operación realizada simultáneamente o de modo inmediato» (670/2001, de 19 de abril [LA LEY 4237/2001]), «pero tal concepto no puede extenderse de al forma que abarque lo que manifiestamente constituyen acciones diferentes, separadas por un lapso relevante de tiempo [mes y medio entre la fecha de la factura (...) y la del recibo falso (...)], pues en tal caso se vaciaría el concepto jurídico de delito continuado, forzándose de un modo inadmisibles el concepto racional y natural de acción. Por su parte, en la STS 1277/2005, de 10 de noviembre [LA LEY 4237/2001], se califica la confección, en un solo acto, de tres letras de cambio falseando la firma del Administrador, como un delito continuado pues, en realidad, se están generando diferentes documentos falsos con vida propia y autónoma cada uno de ellos en el tráfico mercantil y, por ende, constituyendo, caso a caso, otras tantas agresiones al bien jurídico digno de protección que, así se individualizan configurando, en realidad, una “pluralidad de hechos delictivos”, como requiere el precepto mencionado, art. 74.2 del Código Penal, en este supuesto, en definitiva, correctamente aplicado». Y en esta Sentencia parcialmente reproducida se estimó un delito continuado, y no unidad de acción, la falsificación de un pasaporte sustituyendo foto y nombre, firmando documentación bancaria para la apertura de una cuenta, ingresando un cheque del supuesto titular del pasaporte.

Las dudas sobre la falsificación en tiempos distintos de diversos documentos han de resolverse a favor de la unidad de acción y en detrimento del delito continuado (STS 171/2009, de 24 de febrero [LA LEY 4681/2009], que recuerda las 1266/2006, de 20 de diciembre [LA LEY 175855/2006], 27 de diciembre de 2004 [LA LEY 10722/2005] o más recientemente la núm. 858/2008 [LA LEY 216179/2008]).

Artículo 393.

El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciera uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 261, 461.2, 396, 399.2 y 461.2.

LECrím.: art. 954.3.

LEC: arts. 317 a 323 y 510.2.º.

JG de 27 de marzo de 1998 sobre Uso en España de documento falsificado en el extranjero (acuerdo obsoleto por SSTS posteriores en sentido contrario).

Sujeto activo

Se excluyen de este delito aquellos que participan en la planificación y elaboración del documento falso (1157/1993, de 21 de mayo [LA LEY 13234/1993]).

Conducta

Por «presentar en juicio» hay que entender la presentación en un procedimiento judicial, y no necesariamente en el acto del juicio oral (JG —Pleno no jurisdiccional— de 27 de marzo de 1998 y SSTS 217/2000, de 10 de febrero [LA LEY 35235/2000], y 1127/2001, de 8 de junio [LA LEY 6376/2001]).

Aspectos subjetivos

La expresión típica «para perjudicar a otro», que es un elemento subjetivo del injusto, puede referirse a cualquier afectación diversa a la meramente patrimonial (2503/2001, de 26 de diciembre [LA LEY 2637/2002]).

Consumación y prescripción

Se consuma este delito al presentarlo en juicio o usarlo en perjuicio de otro y, aun cuando pueda surtir posteriores efectos, el plazo de prescripción se computará desde tal momento (839/2002, de 6 de mayo [LA LEY 6194/2002]).

Artículo 394.

1. La autoridad o funcionario público encargado de los servicios de telecomunicación que supusiere o falsificare un despacho telegráfico u otro propio de dichos servicios, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años.

2. El que, a sabiendas de su falsedad, hiciere uso del despacho falso para perjudicar a otro, será castigado con la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

SECCIÓN 2.^a*De la falsificación de documentos privados***Artículo 395.**

El que, para perjudicar a otro, cometiere en documento privado alguna de las falsedades previstas en los tres primeros números del apartado 1 del art. 390, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 248 y ss., 261, 282 a 284, 290, 326.c; 390 y concordancias, 400 y 461.

LPPNA: arts. 55 y 56.

CC: arts. 1225 y ss.

LEC: arts. 324 y ss.

LECrím.: art. 954.3.º.

LPL: art. 86.2.

LROG: art. 149.

LRJCA: art. 102.d).

Concepto de documento privado

Véase lo expuesto en el comentario al art. 392, respecto a lo que se entiende por documentos público, oficial y mercantil. El documento privado será el no incluíble en tales categorías, ni en las que constan en los restantes artículos de este capítulo.

El ánimo de perjudicar

El elemento diferencial de este delito, respecto al tipificado en el art. 392 al margen de la diversidad de objeto material, es el «ánimo de perjudicar», perjuicio que no se limita al meramente patrimonial, siendo irrelevante a efectos penológicos que se actualice o no dicho perjuicio, al margen de la posible concurrencia de un nuevo delito consumado en tal supuesto (1227/1998, de 17 de diciembre [LA LEY 557/1999], 545/1998, de 13 de enero de 1999 [LA LEY 1802/1999], 22015/2001, de 29 de octubre [LA LEY 2368/2002], y 607/2009, de 19 de mayo [LA LEY 104424/2009]).

Concursos

Véase el mismo apartado del comentario al precedente art. 392.

Artículo 396.

El que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en el artículo anterior, incurrirá en la pena inferior en grado a la señalada a los falsificadores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 250.1.2.º, 393, 394.2, 400 y 461.2.

LEC: arts. 324 y ss.

Son diversas las conductas, aun cuando coincida el bien jurídico, de falsificar y de hacer uso del documento falsificado (449/2001, de 20 de marzo [LA LEY 61332/2001]). Lo cometen quienes utilizan o presentan en juicio fotocopias de documentos públicos manipuladas u otros documentos privados (2418/2001, de 17 de diciembre, y 2488/2001, de 20 de diciembre [LA LEY 229993/2001]). Pero el castigo por el uso de un documento falso exige que el usuario no haya tenido participación en la falsificación, pues en tales supuestos el uso del documentos se sitúa en la fase de agotamiento del delito anterior (607/2009, de 19 de mayo [LA LEY 104424/2009], reiterando las de 21 de mayo de 1993 [LA LEY 13234/1993], 11 de abril de 1997 [LA LEY 5434/1997] y 6 de mayo de 2002 [LA LEY 6194/2002]).

Ver comentario al precedente art. 393.

SECCIÓN 3.ª*De la falsificación de certificados***Artículo 397.**

El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 390 y concordantes.

Artículo 398.

La autoridad o funcionario público que librare certificación falsa será castigado con la pena de suspensión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 390 y concordantes, y 400.

Concurso de normas

Para diferenciar la certificación falsa del delito más grave de falsificación de documento —art. 290— habrá que estar a la proporcionalidad de la pena, mayor en el segundo supuesto y casi simbólica en el contemplado por este artículo (2001/2000, de 27 de diciembre [LA LEY 1256/2001]). Por el principio de especialidad —art. 8— y la interpretación más favorable al reo, habrá que optar por este precepto si no resulta clara la subsunción de la conducta en la falsedad

documental genérica y más grave (2019/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 2374/2002]), sin que su incorporación a un expediente administrativo sea suficiente para convertirlo en dicha falsedad documental (677/2001, de 19 de abril [LA LEY 5282/2001]).

Artículo 399.

1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

2. La misma pena se aplicará al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación falsa.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 393, 398 y 400.

L 59/2003, de 19 de diciembre, sobre Firma electrónica.

En virtud del principio de especialidad (art. 8) y de su carácter más favorable al reo, debe aplicarse este precepto y no el contenido en el art. 393, a pesar de que una certificación sea un documento e incluso con más entidad probatoria que aquel sobre el que se certifica (677/2001, de 19 de abril [LA LEY 5282/2001], y 572/2002, de 2 de abril [LA LEY 4711/2002]).

CAPÍTULO III

Disposición general

Artículo 400.

La fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos, específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 15 y 127.

LC: art. 2.3.a).

Se trata de una tipificación de actos preparatorios como delito autónomo (7 de julio de 1988 [LA LEY 3340-JF/0000]). La presunción de inocencia exige que los materiales sólo puedan utilizarse para la falsificación (1229/1999, de 26 de julio [LA LEY 10638/1999]). Cometen este delito quien tiene fotolitos de moneda africana obtenidos de un billete auténtico, que posibilita la fabricación de planchas para impresión de billetes falsos (325/1998, de 4 de marzo [LA LEY 5897/1998]) y el que tiene documentos en blanco para rellenarlo y acreditar falsamente la titularidad de vehículos, aun cuando la calidad no sea buena, pues tienen capacidad de inducir a error (201/2003, de 14 de febrero [LA LEY 1483/2003]).

CAPÍTULO IV

De la usurpación del estado civil**Artículo 401.**

El que usurpare el estado civil de otro será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 220 a 222.

CC: arts. 9.1 y 325 y ss.

L de 8 de junio de 1957 del Registro Civil.

D de 14 de noviembre de 1958, modificado por RD 1917/1986, aprobando el Reglamento del Registro Civil.

RD 644/1990, de 18 de mayo, con normas relativas al Registro Civil Central.

Consiste el delito en asumir una personalidad ajena sustituyendo al mismo en el ejercicio de todos sus derechos (23 de mayo de 1986 [LA LEY 11064-JF/0000]), constituyendo este delito una doble naturaleza a la vez falsaria y atentatoria contra el estado civil de una persona, y aunque «usurpar el estado civil de otro lleva siempre consigo el uso del nombre y apellidos de ese otro, evidentemente requiere algo más, sin que sea bastante la continuidad o la repetición en el tiempo de ese uso indebido para integrar la usurpación», acorde con la segunda acepción del término «usurpar» del diccionario de la RAE «arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios», lo que supone que el usurpador ha de hacer «algo que sólo puede hacer esa persona por la facultades, derechos u obligaciones que a ella sólo corresponden; como puede ser el obrar como si uno fuera otro para cobrar un dinero que es de éste, o actuar en una reclamación judicial haciéndose pasar por otra persona, o simular se la viuda de alguien para ejercitar un derecho en al condición, o (...) hacerse pasar por un determinado periodista para publicar algún artículo o intervenir en un medio de comunicación» (635/2009, de 15 de junio [LA LEY 104410/2009], que cita otras). La STS 1509/1992, de 24 de junio [LA LEY 2442/1992], castiga conforme a este precepto lo que más bien parece una suposición de parto (art. 220 CP).

CAPÍTULO V

De la usurpación de funciones públicas y del intrusismo**Artículo 402.**

El que ilegítimamente ejerciere actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 406 y 637

CPM: art. 164.

L 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público

La conducta típica requiere la presencia de dos elementos, uno objetivo consistente en realizar los actos indicados en el precepto y otro subjetivo, conformado por el propósito de obrar suplantando o falseando la realidad administrativa, ánimo que no concurre sin más en el funcionario que se limita a excederse en sus competencias con el consentimiento, activa o permisiva, de los responsables directos del servicio; es un delito de mera actividad y no se precisa que de tal usurpación se genere perjuicio alguno (149/1994, de 20 de julio [LA LEY 14085/1994], y 911/1999, de 9 de junio [LA LEY 6812/1999]).

Por ejemplo, comete este delito el que se atribuye la cualidad de policía (9 de abril de 1984 [LA LEY 8751-JF/0000], 12 de diciembre de 1985 [LA LEY 68052-NS/0000], y 1670/2002, de 18 de diciembre [LA LEY 1747/2003]). No lo comete el que se limita a utilizar un despacho oficial, sin ejercer actos propios de autoridad o funcionario (752/1996, de 24 de octubre [LA LEY 9886/1996]).

Este delito concurrirá con los que, en su caso, cometa el usurpador, por ejemplo una agresión sexual (1670/2002, de 18 de diciembre [LA LEY 1747/2003]).

Artículo 403.

El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses.

Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 36.

CP: art. 637.

LPPNA (§ 2.4): art. 38.

L 2/1974, de 13 de febrero (modificada por las LL 74/1978 y 7/1997), de Colegios profesionales.

RD 1393/2007, de 29 de octubre, de ordenación de las enseñanzas universitarias.

RD 963/2001, de 3 de agosto, regulando el ejercicio en España de la profesión de Abogado con título profesional de la Unión Europea.

Bien jurídico

Se protegen en este precepto los bienes jurídicos básicos (vida, integridad corporal, libertad, seguridad) que se ponen en juego al confiar en la profesionalidad de quien manifiesta estar capacitado mediante un título universitario ad hoc (STC 111/1993, de 25 de marzo [LA LEY 2193-TC/1993]), frente a eventuales daños por «praxis inhábil o ignorante» (20 de julio de 1993 [LA

LEY 4146-5/1993], y 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]), habiendo considerado la STS 934/2006, de 29 de septiembre, que es el Estado el titular del bien jurídico, aun cuando afecte a la sociedad y a personas concretas la actividad del intruso, pues también se ha configurado como un bien jurídico colectivo, que afecta a toda la sociedad y no a individuos o colectivos profesionales (2066/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 8731/2001]), aun cuando también se ha reconocido como segundo bien jurídico protegido los intereses corporativos de las correspondientes profesiones (407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]).

Nueva tipología

La versión legal vigente, más específica y equilibrada que la de los CC.PP. históricos, tras aplicar la doctrina de las SSTC dictadas al respecto, se concreta del siguiente modo, como recuerdan las SSTS 2066/2001 [LA LEY 8731/2001] y 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]:

1. La conducta básica es ejercer actos propios de una profesión, sin título académico español o reconocido en España.

2. Una segunda conducta, privilegiada respecto a la primera, contenida en el segundo inciso del primer párrafo, se refiere al supuesto en el que se exija, no ya título necesariamente académico, sino simplemente que sea «oficial» y habilite para el ejercicio de la profesión, figura que plantea problemas interpretativos (454/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12240/2003]).

3. Se mantiene el tipo agravado del segundo párrafo, para el supuesto de que incurso en alguno de los dos supuestos anteriores, se atribuyera públicamente la cualidad profesional usurpada. Tal atribución, sin actos propios de la profesión, es impune (3 de marzo de 1997 [LA LEY 3903/1997]).

4. Y en la falta del art. 637 se castiga la mera atribución del título académico, habiendo en cambio desaparecido la falta consistente en ejercer una profesión sin ingresar en el correspondiente colegio profesional, presente en el art. 572 del CP 1973 (SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 12 de enero de 2009 [LA LEY 59199/2009]).

Elementos objetivos

Se trata de un *tipo penal en blanco*, pues los títulos académicos de capacitación profesional están regulados en leyes y reglamentos administrativos (27 de abril de 1989 [LA LEY 483-JF/0000], 30 de abril de 1994 [LA LEY 3191/1994], 41/2002, de 22 de enero [LA LEY 2911/2002], y 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]).

Es un delito de *mera actividad*, consistente en realizar «actos propios» de una profesión, sin que se requiera la causación de perjuicio alguno ni que el intruso se arrogue la posesión del título profesional correspondiente, y *consumándose* el delito con la realización de un solo acto (8 de septiembre de 1992 [LA LEY 2822-JF/0000], 3 de marzo de 1997 [LA LEY 3903/1997], 2066/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 8731/2001], 41/2002, de 22 de enero [LA LEY 2911/2002], 934/2006, de 29 de septiembre [LA LEY 110275/2006], y 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]).

El nuevo tipo penal, que excluye lo ya excluido por el TC —SS 111/1993, de 25 de marzo [LA LEY 2193-TC/1993], 130/1997, de 15 de julio [LA LEY 9009/1997], y 142/1999, de 22 de julio [LA LEY 11090/1999]— (no así en su momento por el TS), como son las actividades de los

gestores administrativos o de los agentes de la propiedad inmobiliaria, es más explícito y taxativo que el anterior (2066/2001, de 12 de noviembre [LA LEY 8731/2001], y 10/2003), aun cuando la distinción entre «título académico» y «título oficial» plantee problemas interpretativos.

Se han considerado, por ejemplo, actos de intrusismo prescribir medicamentos y realizar actos de diagnóstico, pronóstico y tratamiento sin ser Médico (407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]), ejercer funciones de instrumentista de quirófano sin título de enfermería (SAP de Tenerife, Sec. 2.ª, de 12 de diciembre de 2008 [LA LEY 283512/2008]), de Médico Estomatólogo u Odontólogo siendo sólo Higienista o Protésico dental o no teniendo homologado el título de Odontólogo (SSAAPP de Sevilla, Sec. 4.ª, de 16 de junio de 2008 [LA LEY 204457/2008]), de Gran Canaria, Sec 2.ª, de 21 de abril [LA LEY 65584/2008], y 14 de julio de 2008 [LA LEY 65584/2008]), un tratamiento quirúrgico impropio de un podólogo (Barcelona, Sec. 6.ª, de 9 de julio de 2008 [LA LEY 65584/2008]) y ejercer como Oncólogo un Médico que carece de tal especialidad, por carecer de rango legal la regulación de la profesión (1612/2002, de 1 de abril [LA LEY 1599/2003]).

No se estimaron en cambio actos constitutivos de intrusismo ejercer la abogacía sin colegiación pero con título de licenciado en Derecho (SAP de Ciudad Real, Sec. 2.ª, de 12 de enero de 2009 [LA LEY 59199/2009]), tener un laboratorio de prótesis dental sin título pero poniendo al frente del mismo a un titulado (SAP de Tenerife, Sec. 2.ª, de 12 de diciembre de 2008 [LA LEY 283512/2008]).

Y existen resoluciones contradictorias sobre la configuración como intrusismo del ejercicio de actos propios de especialidades médicas por el que siendo Médico no tiene dicha especialidad (SSTS de 13 de junio de 1990 [LA LEY 2371-2/1990], y 283/2006, de 9 de octubre —en sentido positivo—, y 1612/2002, de 1 de abril de 2003 [LA LEY 1599/2003], recordando la 2066/2001, de 12 de noviembre [[LA LEY 8731/2001], en sentido contrario), argumentando la 1612/2002 (que condena a un Médico sin la especialidad de oncología como autor de un delito de estafa por un tratamiento caro e inútil contra el cáncer) que atendiendo a la doctrina del TC sobre las leyes penales en blanco (ver comentario al art. 1 de este Código) y del propio TS (1302/2000, de 8 de febrero), no se puede descender en la cadena de normativa extrapenal para extender el ámbito típico, máxime cuando es insostenible la interpretación de reservar el tipo privilegiado —«sin título oficial»— a títulos que no sean los académicos.

Concursos

Puede concurrir el delito de intrusismo con el de lesiones dolosas y no consentidas —art. 155 CP— por carecer de suficiente información el paciente (407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005]) o imprudentes y con el delito de desobediencia (SAP de Valladolid, Sec. 4.ª, de 27 de mayo de 2008 [LA LEY 206685/2008]).

Y respecto al posible concurso con el delito de estafa, por el cobro de honorarios u otras cantidades por el intruso, la jurisprudencia ha sido vacilante o matizadora, como recuerda la STS 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005], pues frente a las que deniegan tal posibilidad aun en el caso de cobro de honorarios (7 de mayo de 1986, y 295/1996, de 3 de marzo), la de 8 de mayo de 1991 consideró que el intrusismo no era un delito patrimonial y por ende «no incluye en sí mismo el desvalor de la estafa», y las 41 y 1612/2002, de 22 de marzo [LA LEY 2911/2002] y 1 de abril [LA LEY 1599/2003], y 454/2003, de 28 de marzo [LA LEY 12240/2003], citadas por la 407/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1450/2005], sí admiten el concurso máxime cuando

se cobran cantidades importantes más allá de los meros honorarios, sin que en estos casos pueda aplicarse la doctrina de la «autorresponsabilidad» de la víctima (161 y 880/2002, de 4 de febrero [LA LEY 4083/2002] y 14 de mayo [LA LEY 92348/2002]).

Responsabilidad civil

Aun cuando de ordinario no genere responsabilidad civil el delito de intrusismo, en el sentido de devolver los honorarios pagados por servicios prestados sin título, sí puede generarlos si de los mismos se derivaran daños o perjuicios (384/2004, de 22 de mayo).

TÍTULO XIX

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos

Artículo 404.

A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 103.1.

CP: arts. 24, 320, 322, 329, 405, 439, 446 a 449, 506, 508 y 509.

LJCA: art. 102.1.d).

LRJPAC: arts. 62.1.d) y 146.

Bien jurídico protegido

El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1.º) el servicio prioritario a los intereses generales; 2.º) el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, y 3.º) la absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE). Por ello, la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho (1686/2003, de 12 de diciembre [LA LEY 609/2004], con cita de las 857/2003, de 13 de junio [LA LEY 104940/2003], 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]; 878/2002, de 17 de mayo [LA LEY 4789/2002], y 1015/2002, de 31 de mayo [LA LEY 5760/2002]) frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007]). Es por eso que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria. El Dere-

cho penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger (648/2007, de 28 de junio [LA LEY 79301/2007]). En sentido análogo, la 704/2003, de 16 de mayo [LA LEY 12905/2003], dice que el bien jurídico protegido, recto y normal funcionamiento de la Administración Pública con sujeción al sistema de valores instaurado en la CE, obliga a tener en consideración los arts. 103 y 106 de dicho Texto Fundamental, que sirven de plataforma esencial a toda actuación administrativa, estableciendo el primero la obligación de la Administración Pública de servir con objetividad a los intereses generales, con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho, y el segundo al mismo sometimiento al principio de legalidad de la actuación administrativa y de ésta a los fines que la justifican. Y, en fin, la 406/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1013/2004], dice que el bien jurídico protegido por las normas es el recto y normal funcionamiento de la Administración Pública, evitando cualquier descrédito de la misma que pudiera dañar la confianza que los ciudadanos han de tener en ella, con sujeción a los valores que nuestra Constitución establece en este orden de cosas y que tienen su reflejo principal en sus arts. 103 y 106, el primero estableciendo la obligación de la Administración de servir con efectividad a los intereses generales y el segundo indicando su pleno sometimiento al principio de legalidad. Y, en fin, la 773/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189402/2008], destaca que El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal.

Sujeto activo

Al tratarse de un delito especial propio, los elementos objetivos de la autoría quedan determinados por la cualidad de funcionario público del agente, cualidad ampliada en el supuesto a toda persona que participe en el ejercicio de funciones públicas, bien por disposición directa de la Ley, bien por nombramiento de autoridad competente o por elección popular —art. 24 del CP—. A dicha cualidad de funcionario público, se sobreañade la exigencia de tener el mismo facultades decisorias (406/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1013/2004], y 704/2003, de 16 de mayo [LA LEY 12905/2003]) o competencia para dictar resoluciones de orden administrativo (1318/2004, de 15 de noviembre [LA LEY 10431/2004]). Este delito se comete no solamente por los funcionarios que ejercen en un órgano unipersonal, sino también por todos los que, ostentando esta condición, están integrados en un órgano colegiado, bien en su condición de Presidente o de simple miembro de la corporación, siempre que concurren en cada uno de ellos las exigencias del tipo penal de la prevaricación, es decir, que sus voluntades confluyan en la formación de la resolución injusta o arbitraria (76/2002, de 25 de enero [LA LEY 3420/2002]). Sin embargo, el ATS de 22 de junio de 2001 ha negado la condición de autoridad o funcionario público al Consejo de Ministros.

Se ha señalado que los miembros de la Junta de Gobierno de los Colegios Profesionales tienen la condición de funcionarios públicos (789/2001, de 10 de mayo [LA LEY 94045/2001], con cita de la de 10 de octubre de 1997 [LA LEY 104695-JF/0000], SAP La Rioja 510/2005, de 15 de diciembre [LA LEY 242108/2005], y AAP Lérida 214/2005, de 21 de junio [LA LEY 268881/2005]).

Ver también la jurisprudencia aneja al art. 24 CP.

Conducta

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo.

Dictar

La posibilidad de prevaricación por omisión, es cuestión que si fue polémica, ha dejado de serlo en esta sede casacional a partir del Pleno no Jurisdiccional de Sala de 30 de junio de 1997 que en una reinterpretación del tipo penal, a la vista de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, viene a otorgar a los actos prescritos, en determinadas materias y bajo ciertas condiciones, el mismo alcance que si se tratase de una resolución expresa. Parece evidente que tanto se efectúa la conducta descrita en el tipo penal «(...) la autoridad (...) que (...) dictase resolución arbitraria (...)» de manera positiva, es decir, dictando la resolución como no respondiendo a peticiones que legítimamente se le planteen y respecto de la que debe existir una resolución, pues ésta también se produce por la negativa a responder (1382/2002, de 17 de julio [LA LEY 378/2003], con cita de las 1880/1994, de 29 de octubre [LA LEY 1958/1995]; 784/1997, de 2 de julio [LA LEY 9515/1997]; 426/2000, de 18 de marzo [LA LEY 6153/2000], y 647/2002, de 16 de abril [LA LEY 5931/2002]).

Ver referencia crítica a esta jurisprudencia en la aneja al art. 11 CP.

Resolución

Es un acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados (406/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1013/2004]), siendo lo esencial que tenga un efecto ejecutivo, esto es, que decida sobre el fondo del tema sometido a juicio de la administración (939/2003, de 27 de junio [LA LEY 2607/2003], con cita de las SS 1312/1994, de 24 de junio y de 17 de febrero de 1995 [LA LEY 2186/1995]). En sentido parecido, la 406/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1013/2004] dice que se ha de tener por resolución cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general. En sentido análogo se pronuncian también las 1677/2001, de 25 de septiembre [LA LEY 167361/2001] y 38/1998, de 23 de enero [LA LEY 1458/1998], añadiendo que la resolución puede ser expresa o tácita y escrita u oral. En el ámbito de la doctrina administrativa, la resolución entraña una declaración de voluntad, dirigida, en última instancia, a un administrado para definir en términos ejecutivos una situación jurídica que le afecta. Así entendida, la resolución tiene carácter final, en el sentido de que decide sobre el fondo del asunto en cuestión (866/2008, de 1 de diciembre [LA LEY 184921/2008]).

No constituyen resolución a los efectos de art. 404 los actos políticos o de gobierno (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], con cita de la 1161/1992, de 25 de mayo [LA LEY 2185/1992]). Tampoco lo son las disposiciones generales, las leyes y los reglamentos (38/1998, de 23 de enero [LA LEY 1458/1998]).

Los actos de trámite, si tienen contenido decisorio y están dictados por un funcionario en el ejercicio de su cargo y dentro del ámbito administrativo, son resoluciones (38/1998, de 23 de enero [LA LEY 1458/1998]). Sin embargo, la 939/2003, de 27 de junio [LA LEY 2607/2003], establece que, aunque los actos de trámite no necesariamente carecen en absoluto de contenido

decisorio, ocurre que, en rigor jurídico, resolver es decidir en sentido material, o, como se ha dicho, sobre el fondo de un asunto.

Arbitraria

El nuevo Código Penal ha clarificado el tipo objetivo de dicho delito, recogiendo lo que ya expresaba la jurisprudencia anterior al calificar como «arbitrarias» las resoluciones que integran el delito, es decir, como actos contrarios a la justicia, la razón y las leyes, dictados sólo por la voluntad o el capricho (857/2003, de 13 de junio [LA LEY 104940/2003]; 2125/2002, de 7 de enero de 2003 [LA LEY 1001/2003], y 878/2002, de 17 de mayo [LA LEY 4789/2002]).

Las 1658/2003, de 4 de diciembre [LA LEY 11777/2004], y 331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003], han realizado un pormenorizado análisis de la doctrina jurisprudencial acerca de lo que debe entenderse por arbitraria, diciendo:

1.º Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder —727/2000, de 23 de octubre [LA LEY 1259/2001], a la que cabe añadir, entre otras, las 647/2002, de 16 de abril [LA LEY 5931/2002] y 1497/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 417/2003]—, o en palabras de otras Sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales —2340/2001, de 10 de diciembre y 76/2002, de 25 de enero [LA LEY 3420/2002], a las que se añade la 213/2003, de 10 de febrero [LA LEY 12152/2003], 755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007], y 773/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189402/2008]—. La arbitrariedad puede apreciarse asimismo en relación a una absoluta falta de competencia o bien a la inobservancia del procedimiento establecido. En ambos casos, las pautas establecidas para la tramitación del procedimiento a seguir en cada caso, e incluso la atribución de la competencia para resolver a determinados órganos, tienen entre otras funciones la de alejar los peligros de la arbitrariedad y la contradicción con el derecho —2340/2001, de 10 de diciembre [LA LEY 221828/2001]—. Así se ha dicho que el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa, pudiendo dar lugar en caso contrario a la nulidad o a la anulabilidad (art. 53.1, 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). Sin embargo no se puede identificar de un modo automático la omisión del procedimiento con la calificación de los hechos como delito de prevaricación. En este sentido, de un lado, es posible una nulidad de pleno derecho sin que la resolución sea constitutiva de delito. De otro, el art. 63.2 de la citada Ley 30/1992, en el ámbito administrativo, dispone que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados. En general, pues, la mera omisión de los requisitos puramente formales no supondrá por sí misma la arbitrariedad e injusticia de la resolución. En este sentido, las 2340/2001, de 10 de diciembre [LA

LEY 221828/2001], y 76/2002, de 25 de enero [LA LEY 3420/2002], entre otras, no se refieren a la omisión de cualquier trámite sino de los esenciales del procedimiento. Otra cosa ocurrirá cuando omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales —331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003] (755/2007, de 25 de septiembre)—.

2.º Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho penal, que perdería su carácter de última *ratio*. El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

3.º De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el art. 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito —766/1999, de 18 de mayo [LA LEY 6161/1999]—. No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente (861/2008, de 15 de diciembre [LA LEY 226029/2008]).

4.º Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al CP vigente, y también algunas Sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera —171/1996, de 1 de abril— o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso —773/1992, de 16 de mayo [LA LEY 2987-JF/0000]— o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y

evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal —1095/1993, de 10 de mayo [LA LEY 3479-5/1993], 755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007], y 773/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189402/2008]—.

5.º Otras Sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el art. 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscrito por el art. 9.3 de la CE, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa —1/1998, de 23 de mayo [LA LEY 7045/1998]; 1493/1998, de 4 de diciembre [LA LEY 179158/1999]; 766/1999, de 18 de mayo [LA LEY 6161/1999], y 2340/2001, de 10 de diciembre—, lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución —por no tener su autor competencia legal para dictarla— o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis —727/2000, de 23 de octubre [LA LEY 1259/2001], 755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007], y 773/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189402/2008]—.

6.º Puede decirse, como se hace en otras Sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley —1497/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 417/2003]—, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor —878/2002, de 18 de mayo [LA LEY 4789/2002]— o cuando la resolución adoptada —desde el punto de vista objetivo— no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos —76/2002, de 25 de enero [LA LEY 3420/2002]—. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable (755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007] y 773/2008, de 19 de noviembre [LA LEY 189402/2008]).

También la 538/2005, de 28 de abril [LA LEY 12491/2005] y la 1068/2004, de 29 de septiembre [LA LEY 13948/2004], han abordado desde distintas perspectivas el calificativo de arbitraria diciendo que:

1.º La prevaricación se concreta en el actuar del funcionario público dictando, a sabiendas, una resolución arbitraria. Con el precepto penal se pretende una actuación de los funcionarios públicos sujeta al sistema de valores proclamado en la Constitución, concretamente, una actuación dirigida a servir con objetividad los intereses generales con pleno sometimiento a la Ley y al Derecho (arts. 103 y 106 CE). Es claro que la función de control de la actuación funcional puede ser ejercida tanto por la propia Administración como por la jurisdicción, tanto en el orden contencioso-administrativo como el penal, cuando la actuación del funcionario no sólo sea contraria a la norma, incluso ilegal, sino cuando, además, es arbitraria. El control jurisdiccional de la actuación administrativa puede ser desarrollado por la jurisdicción, tanto contenciosa-administrativa como la penal, reservando esta última a aquellos actos que infringen notoriamente los principios

constitucionales de una Administración en un Estado democrático, esto es, cuando se vulneran abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, de igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración. Además, el principio de intervención mínima exige que el sistema penal de control social sólo pueda actuar frente a agresiones graves de los principios informadores de la actuación de la Administración, no contra meras irregularidades e ilegalidades que encontrarán su mecanismo de control en el orden Contencioso-Administrativo, sino aquellas que vulneran patentemente los principios de actuación básica de la Administración. El sistema penal tiene, en consecuencia, un carácter fragmentario y es la última *ratio* sancionadora y es por ello que el Derecho penal no sanciona todas las conductas contrarias a derecho ni las que lesionan el bien jurídico, sino tan sólo las modalidades de agresión más peligrosas, ya que su finalidad es atender a la defensa social que surge no de la simple infracción de la legalidad administrativa, lo que daría un sentido formalista al delito de prevaricación, sino la transgresión o incumplimiento de la normativa administrativa que incida de forma significativa en los administrados y en la comunidad, con perjuicio potencial o efectivo en los intereses de ambos o de la causa pública. Se hace necesario que la resolución injusta sea dictada a sabiendas de su obrar torticero (2261/1993, de 16 de octubre).

2.º Numerosas Sentencias de esta Sala han señalado criterios de diferenciación entre el ilícito administrativo, susceptible de corrección por la propia Administración y la jurisdicción administrativa, del ilícito constitutivo de delito. En la 2140/1994, de 12 de diciembre, se afirma «debe alcanzar la categoría de manifiesta, insufrible para la armonía del ordenamiento jurídico que no soporta, sin graves quebrantamientos de sus principios rectores, que las Administraciones públicas se aparten de los principios de objetividad y del servicio de los intereses generales que le vienen impuestos por la Constitución. No se da por el simple hecho de que se hayan vulnerado las formalidades legales, ya que estos defectos deben y pueden quedar corregidos en la vía administrativa, (...) el Derecho penal sólo justifica su aplicación en los supuestos en los que el acto administrativo presente caracteres notoriamente contradictorios con los valores que debe salvaguardar y respetar». En otras Sentencias se refiere que la duda razonable sobre la legalidad del acto administrativo hace desvanecer la idea de hecho delictivo pues la ilegalidad debe ser clara y manifiesta (155/1997, de 7 de febrero [LA LEY 2499/1997], y 861/2008, de 15 de diciembre [LA LEY 226029/2008]).

3.º Más recientemente, la jurisprudencia de la Sala II (por todas, la 504/2003, 2 de abril [LA LEY 12755/2003], y 1497/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 417/2003]), exige para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley. Frecuentemente, una situación como ésta ha sido calificada mediante distintos adjetivos («palmaria», «patente», «evidente», «esperpéntica», etc.), pero, en todo caso, lo decisivo es el aspecto sustantivo, es decir, los supuestos de hecho en los que esos adjetivos han sido utilizados. En particular la lesión del bien jurídico protegido por el art. 404 CP se ha estimado cuando el funcionario adopta una resolución que contradice un claro texto legal sin ningún fundamento, para la que carece totalmente de competencia, omite totalmente las formalidades procesales administrativas, actúa con desviación de poder, omite dictar una resolución debida en perjuicio de una parte del asunto administrativo (647/2002, de 16 de abril [LA LEY 226029/2008], y 755/2007, de 25 de septiembre [LA LEY 139754/2007]) con mayores indicaciones jurisprudenciales). En todos esos casos, es claro que la decisión se basa en la tergiversación del derecho aplicable y que éste ha sido reemplazado por la voluntad del funcionario. Esta casuística, cuyo común denominador es la falta de deducción de la decisión del derecho aplicable al caso, fundada en un método hermenéutico aceptable, proporciona el aspecto sustantivo de

la acción típica, que no debe ser confundido con los adjetivos, como tales imprecisos y poco aptos para cumplir con la función de garantía de la Ley penal, que contingentemente la jurisprudencia ha usado para dar una idea de la gravedad del hecho.

4.º El contenido básico de la prevaricación, como antes señalamos, consiste en una actuación contraria a derecho. El delito de prevaricación doloso, dictar a sabiendas de su injusticia una resolución arbitraria en asunto administrativo, supone la postergación por el autor de la validez del derecho o de su amparo y, por lo tanto, la vulneración del Estado de Derecho (2/1999, de 15 de octubre [LA LEY 11660/1999]), lo que supone un grave apartamiento del derecho. En su comprensión, la jurisprudencia de esta Sala ha rechazado concepciones subjetivas, basadas en el sentimiento de justicia o injusticia que tenga el funcionario, y ha requerido que el acto sea objetivamente injusto. Integra la prevaricación cuando queda de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trata, o cuando la resolución vulnera abiertamente la Constitución. En el sentido indicado, el funcionario público ha de actuar con vulneración patente de las exigencias establecidas en el art. 103 de la Constitución, a cuyo tenor, la Administración sirve con objetividad los intereses generales, y con sometimiento a la Ley y al Derecho con garantía de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

5.º Lo relevante para la conceptualización de arbitraria de una resolución dictada es que la misma sea rotundamente incasable con el ordenamiento jurídico. La incompatibilidad radica con el ordenamiento, hoy anclada en el Derecho positivo (art. 9.3 de la Constitución) significa, ha señalado la doctrina que tanto que estamos ante una resolución caprichosa, más estrictamente, irracional y absurda aunque pueda estar formalmente motivada.

6.º No es posible determinar los supuestos concretos a los que se ha aplicado el tipo penal. Un examen de la jurisprudencia nos permitirá señalar supuestos puntuales de aplicación. Los más repetidos en la jurisprudencia son los relativos a actuaciones de funcionarios con vulneración de derechos fundamentales y las actuaciones con ausencia de competencia o con inobservancia de los derechos de los ciudadanos o con incumplimiento de los requisitos para la adopción del acto.

En asunto administrativo

No constituyen resolución a los efectos de art. 404 los actos políticos o de gobierno (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003], con cita de la 1161/1992, de 25 de mayo [LA LEY 2185/1992]). Tampoco lo son las disposiciones generales, las leyes y los reglamentos (38/1998, de 23 de enero [LA LEY 1458/1998]).

La consumación del delito de prevaricación se produce cuando se dicte una resolución injusta (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

Elementos subjetivos

La expresión «a sabiendas» no sólo elimina del tipo de prevaricación administrativa la comisión culposa —antes prevista en el segundo párrafo del art. 358 CP/1973, y hoy desaparecida del art. 404 CP/1995—, sino también la comisión con dolo eventual, de suerte que el delito en cuestión sólo es concebible ya si la resolución arbitraria se dicta con dolo directo (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]; 1031/2002, de 30 de mayo [LA LEY 10108/2003], y 2340/2002, de 10 de diciembre, entre otras). Se comete el delito cuando el funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve el margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado

materialmente injusto, actúa porque quiere este resultado y antepone su voluntad a cualquier otra consideración (1493/1998, de 4 de diciembre [LA LEY 179158/1999]). El sujeto activo debe ser consciente del sentido de la injusticia de la resolución dictada y actuar a sabiendas de tal injusticia (930/2008, de 18 de diciembre [LA LEY 193673/2008]).

Es necesario que exista un dolo muy concreto en la actividad delictiva, dolo que se traduce en la exigencia de que el agente comisor dicte la resolución arbitraria «a sabiendas» de su injusticia. Este aspecto subjetivo de la intencionalidad debe tener su verdadera dimensión en cada caso concreto, pues no es lo mismo que el hecho sea cometido por una persona lega en conocimientos jurídicos que por otra que por su profesión, cargo o cualquier otra circunstancia posea esos conocimientos, sobre todo en el ámbito administrativo (406/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1013/2004]).

Se ha llegado a afirmar que el tipo exige un dolo específico que también ha sido denominado reduplicado o reforzado, lo que indica que el autor ha de tener una clara conciencia de la injusticia o arbitrariedad de la resolución que dicta. Este actuar injusto o arbitrario indica también la existencia de un propósito inequívoco de conculcar la legalidad reguladora de la actividad o decisión que va a realizar (971/1997, de 4 de julio [LA LEY 9018/1997]).

La advertencia de ilegalidad por parte del Secretario de la Corporación Municipal pone de manifiesto la acción dolosa (ATS 851/1997, de 30 de abril; 1161/1992, de 25 de mayo [LA LEY 2185/1992] y 22 de noviembre de 1990 [LA LEY 13548-R/1991]). Sin embargo, en el caso contrario, esto es, cuando el Secretario no hace advertencia de la ilegalidad, no necesariamente hay que excluir el dolo (22 de noviembre de 1990 [LA LEY 13548-R/1991]). Si bien, cuando la advertencia es preceptiva y no se ha producido, se ha fundado en esta circunstancia la inexistencia de dolo (1493/1998, de 4 de diciembre [LA LEY 179158/1999]).

El informe sobre legalidad y su proyección sobre la conducta del agente debe ser modulada en función de la condición de éste, sin que le exima de responsabilidad el mero hecho de ser favorable o no oponerse a la decisión, siendo necesario analizar caso por caso (867/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 72/2004]). Así, se ha dicho que no actuó a sabiendas de la injusticia un Alcalde, lego en derecho, que procedió de acuerdo con los informes de quien tenía la función de asesorarlo técnicamente (1744/2000, de 14 de noviembre [LA LEY 892/2001]).

Autoría y participación

Se trata de un delito especial propio en el que el *extraneus* puede intervenir como inductor (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002], y 102/2002, de 4 de febrero [LA LEY 6651/2002]) o como cooperador necesario (102/2002, de 4 de febrero [LA LEY 6651/2002], acaba de citar). En tales casos se viene apreciando para el *extraneus* una atenuante analógica (1312/1994, de 24 de junio y 52/1997, de 19 de enero). En el mismo sentido se pronuncia la 575/2007, de 9 de junio [LA LEY 42114/2007].

Concursos

El concurso entre la prevaricación y las consecuencias derivadas o anudadas a la ejecución de la decisión prevaricadora, ha dado lugar a un debate doctrinal que se ha tenido en cuenta en algunas resoluciones jurisprudenciales.

Daños y prevaricación

En supuestos en los que la decisión prevaricadora ha ido seguida de un desalojo o demolición de una vivienda, se ha entendido que existía un *Concurso de normas*, que producía la absorción de todo el desvalor del ordenamiento jurídico en el delito de prevaricación, llegando a considerar que la demolición del edificio no eran daños adicionales, sino secuelas civiles de la prevaricación (818/1992, de 10 de abril [LA LEY 1902/1999] y 7 de julio de 1986).

Cohecho y prevaricación

Al abordar una doble condena por cohecho y prevaricación, se ha establecido que no ha existido vulneración del *ne bis in idem*, ya que las conductas son perfectamente separables y cada una de ellas merece su propia sanción (342/1996, de 22 de abril [LA LEY 71704-JF/0000]).

Delito contra el medio ambiente y prevaricación

Se ha admitido un concurso ideal entre el delito de prevaricación y el delito contra el medio ambiente, ya que una misma acción delictiva se proyecta sobre dos bienes jurídicos protegidos (1073/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 2783/2003]).

Falsedad y prevaricación

La total comprensión del desvalor de la acción sólo se alcanza mediante el concurso del delito de prevaricación y el de falsedad en documento público, cuando ésta se comete por una autoridad o funcionario (concurso ideal del art. 77 CP). En efecto, no existe absorción de la falsedad por la prevaricación, concurso de leyes, por cuanto se trata de la infracción de dos bienes jurídicos distintos (867/2003, de 22 de septiembre [LA LEY 72/2004]).

Tráfico de influencias y prevaricación

Cuando uno de ellos, el de tráfico de influencias, sea medio para cometer otro de prevaricación, se dará generalmente un concurso de delitos a sancionar en una relación de medio a fin (1312/1994, de 24 de junio).

Responsabilidad civil

No cabe descartar, en principio, la idoneidad de toda resolución administrativa para causar un perjuicio económicamente evaluable, bien a la Administración, bien a los ciudadanos afectados por la resolución. Es por ello por lo que la doctrina de esta Sala —7 de noviembre de 1986 [LA LEY 5440/1986]; 155/1997, de 7 de febrero [LA LEY 2499/1997], y 1637/1999, de 8 de marzo [LA LEY 4571/1999] (esta última referida a fraude y tráfico de influencias)— ha admitido, a veces implícitamente, la posibilidad de que la responsabilidad civil sea una secuela de los delitos de prevaricación y tráfico de influencias. Una circunstancia, sin embargo, debe concurrir inexcusablemente para que de tales delitos se derive la obligación civil de indemnizar: que el daño sea consecuencia inmediata y directa de la resolución injusta o de la obtenida mediante influencias, lo que quiere decir que si entre aquéllas y el daño se interpone una acción, normalmente ilícita, que es la que efectivamente lo provoca, la obligación de repararlo se le habrá de imputar al que realizó dicha acción, sin perjuicio de que el funcionario que dictó la resolución deba responder también civilmente en la medida en que dolosamente hubiese participado en el hecho materialmente productor del daño (2025/2001, de 29 de octubre [LA LEY 193592/2001]).

Artículo 405.

A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 404 y 406.

Decreto 315/1964, de 7 de febrero, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

RDLeg. 781/1986, de 18 de abril, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

RD 364/1995, de 10 marzo, que aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

El tipo que contiene el actual art. 405 CP vigente no ha surgido *ex novo* sino sustituido, con precisiones que mejoran pero no alteran sustancialmente su descripción, al que daba contenido al art. 382 CP/1973 (2340/2001, de 10 de diciembre).

El funcionario que careciendo de competencia para efectuar una determinada clase de nombramientos verifique uno de ellos, no incurre en el delito del art. 382 (hoy 405) del CP, sino, en su caso, en el de usurpación de funciones públicas recogido en el art. 320 (hoy 402) del propio texto punitivo (2910/1993, de 9 de marzo).

El art. 405 CP castiga a la Autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello. El comportamiento típico, descrito en el expresado tipo delictivo está considerado básicamente por la acción de «nombrar» como funcionario público a una persona que no reúne los requisitos legales exigidos para el acceso a esta titularidad jurídica. Junto a esta básica descripción de comportamiento típico, el precepto legal incrimina, como forma complementaria y alternativa de concreción del tipo, a la acción de quien propusiere el nombramiento ilegal a la Autoridad competente para efectuarlo a favor de quien no reúne los requisitos necesarios para acceder al desempeño de la misma. No contento con esta equiparación incriminadora de conductas distintas entre sí, cuya disparidad ya había significado tradicionalmente la doctrina, el actual Código amplía aún más el ámbito de la descripción típica, incluyendo como materia de prohibición penal, junto al nombramiento y a la propuesta de nombramiento, el acto de dar posesión al ilegalmente nombrado. El tipo, pues, proclama tres formas singulares de instituir ilegalmente a una persona en la cualidad de una función pública, sin reunir los requisitos legales para ello: A) Proponer el nombramiento en iguales condiciones de ilegalidad. B) Nombrar indebidamente a un funcionario público. C) Dar posesión a quien ha sido ilegalmente nombrado. Puede entenderse que la *voluntas legislatoris* aspira a incriminar como nombramiento ilegal de funcionario toda conducta, realizada por Autoridad administrativa, que hace posible el acceso a la función pública de quien carece de las condiciones legales exigidas para ello. El acto que se incrimina es la institución, en la cualidad de funcionario público, de quien no está legalmente capacitado para ello. Al no establecer la norma incriminadora

ra especificación sobre la exigencia de las características de funcionarios, bien sean definitivos o de carrera, funcionarios interinos o eventuales, designados en virtud de concurso de méritos o de libre designación política, hay que recurrir al criterio normativo funcional-material de funcionario público establecido en el art. 24 del CP, que alude a quien participe del ejercicio de función pública por causa legal legitimadora para el desempeño de la misma. Desde esta óptica hay que entender los funcionarios públicos a los sujetos vinculados con la Administración Pública por virtud de una relación laboral con término fijo, o en virtud de un contrato específico, por la especialización del contratado en una situación jurídica que se aproxima más al arrendamiento de servicios o de obra con cargo al erario público, que a la condición de funcionario. El bien jurídico protegido por el presente delito está constituido por la propia función pública en el aspecto de la legitimidad de los requisitos legales exigidos para el acceso al correcto desempeño de la misma, que resultan infringidos con el nombramiento que desconoce o prescinde de las condiciones legales. La culpabilidad viene referida en la expresión legal a sabiendas, es decir, la concurrencia en el ánimo subjetivo del autor de carácter cognitivo, que requiere la patente constancia personal de la ilegalidad de la acción de nombrar, proponer o posesionar a un sujeto de la cualidad de funcionario, careciendo el mismo de capacidad para ello. Presupone la concurrencia de dolo, incluida la modalidad de dolo eventual, para la realización del tipo de injusto, que ha de versar sobre los elementos objetivos del mismo (S Audiencia Provincial de Ávila 25/2003, de 17 de febrero [LA LEY 1370357/2003]).

Artículo 406.

La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.

CONCORDANCIAS

CP: art. 405.

CAPÍTULO II

Del abandono de destino y de la omisión del deber de perseguir delitos

Artículo 407.

1. A la autoridad o funcionario público que abandonare su destino con el propósito de no impedir o no perseguir cualquiera de los delitos comprendidos en los Títulos XXI, XXII, XXIII y XXIV se le castigará con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años. Si hubiera realizado el abandono para no impedir o no perseguir cualquier otro delito, se le impondrá la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. Las mismas penas se impondrán, respectivamente, cuando el abandono tenga por objeto no ejecutar las penas correspondientes a estos delitos impuestas por la autoridad judicial competente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 408, 409, 412, 448, 450, 451 a 454.

LECrIm.: arts. 282 y ss.

LREG: art. 143.

LOTJ: Disposición Adicional Segunda.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo: arts. 60 y 62.

LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad: art. 27.3.f).

Artículo 408.

La autoridad o funcionario que, faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionalmente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 407, 409, 412, 448 y 476.2.

LOPJ: arts. 443 a 446.

LECrIm.: arts. 282 y ss.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo: arts. 1, 3, 4 y 63.5.

LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Bien jurídico protegido

El objeto jurídico tutelado no es, al menos directamente, el respeto a la legalidad sino el correcto desempeño de funciones públicas (846/1998, de 17 de junio [LA LEY 7860/1998]).

Sujeto activo

El sujeto activo de la infracción sólo puede ser el funcionario público o autoridad que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de delitos y de sus responsabilidades, bien entendido que no es necesario que los hechos delictivos se produzcan con ocasión del desempeño de sus funciones por cuanto que también deberá apreciarse el tipo penal del art. 408 cuando se cometa fuera de las horas de servicio propias del funcionario de que se trate (846/1998, de 17 de junio [LA LEY 7860/1998], con cita de las 1142/1994, de 2 de junio [LA LEY 3420/1994], y 1036/1994, de 18 de mayo [LA LEY 3311/1994]).

En el concepto de funcionario público están comprendidos, no sólo a los que se refieren los arts. 282 y 283 de la LECrIm. —Policía Judicial—, sino indistintamente a todo funcionario público que esté obligado a promover la persecución y castigo de los hechos punibles, como ha venido declarando esta Sala, en cuyo caso se encuentran tanto los funcionarios administrativos como los judiciales (23 de febrero de 1979). El ATS de 10 de octubre de 2006 [LA LEY 293533/2006] matiza que tales funcionarios están encuadrados en la Policía Judicial, el Mi-

nisterio Fiscal y los órganos jurisdiccionales, por lo que están excluidos los Ministros. Si bien la jurisprudencia amplía los sujetos activos a otra clase de funcionarios, como sucede con los Inspectores de Hacienda.

Conducta

Es un delito de omisión pura en el que el sujeto activo (autoridad o funcionario público que tenga entre sus atribuciones legales la de promover la persecución de los delitos y sus responsables) debe haber conocido, por cualquier vía, la perpetración del delito, no de faltas ni de infracciones administrativas. Junto a ello, la dejación de funciones ha de ser patente, manifiesta y total, ya sea porque no proceda a la detención del responsable, ya sea porque no instruye el obligado atestado o porque pone en libertad, ilícitamente, al responsable del delito. Como delito de mera inactividad, no requiere un resultado concreto posterior a la infracción del deber de actuar (502/1998, de 6 de abril [LA LEY 5558/1998]; 846/1998, de 17 junio [LA LEY 7860/1998], con cita de la de 20 de abril de 1990, y la 1408/1994, de 9 de julio [LA LEY 3668/1994]). Lo que aquí se castiga es no perseguir unos hechos que poseen clara apariencia delictiva, sin que conste de manera patente o inconcusa la posible prescripción de los mismos. Ese solo hecho obliga a promover la persecución de las conductas indiciariamente delictivas, con independencia del resultado final del hipotético proceso. El precepto que castiga la omisión de perseguir determinados delitos, no contiene en la configuración del tipo, ninguna condición objetiva de penalidad, que exija una condena por el delito no perseguido (1391/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 292/2004]). En sentido análogo, la 330/2006, de 10 de marzo [LA LEY 23445/2006], dice que basta con que el agente tenga indicios de que la actividad que se desarrolla ante él y en la que no interviene, debiendo hacerlo, es igualmente indiciariamente delictiva, sin que sea necesaria la certeza de que aquella actividad es un delito con todos sus elementos jurídicos. En suma, el agente ha de intervenir en cuanto le conste indiciariamente que está en presencia de un delito, incluso aunque pueda estar justificado. Sería un disparate no hacerlo bajo el amparo de que se está obrando en legítima defensa.

Elementos subjetivos

Es un delito eminentemente doloso como consecuencia de la utilización de la expresión «intencionadamente» («maliciosamente» en el art. 359 CP/1973). Esa diferencia, que se acaba de señalar, es realmente intranscendente aunque pudiera interpretarse que el legislador quiere ahora hacer hincapié en el dolo directo para excluir el dolo indirecto o eventual, es decir como si se quisiera restringir el tipo a las formas de dolo con una presencia volitiva más intensa (846/1998, de 17 de junio [LA LEY 7860/1998]). En sentido análogo, se ha señalado también que es, sobre todo y finalmente, una omisión maliciosa no como simple intención de no perseguir sino como intención buscada de propósito, indigna, perversa e ignominiosa, para que el delito quede impune, en cuya configuración no entra la simple falta de celo profesional, no entra el error o la equivocación, no entra el planteamiento absurdo de una investigación policial (28 de febrero de 1991 [LA LEY 1169-JF/0000]).

Excusa absolutoria

Aun cuando el CP 1995 no establece expresamente excusa absolutoria alguna en relación con este delito, se ha considerado impune el hecho de no denunciar los policías al vendedor de la droga que les servía la precisa para su consumo, ya que más bien habría sido una autodenuncia (1699/2001, de 1 de octubre [LA LEY 172605/2001]).

Artículo 409.

A las autoridades o funcionarios públicos que promovieren, dirigieren u organizaren el abandono colectivo y manifiestamente ilegal de un servicio público, se les castigará con la pena de multa de ocho a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

Las autoridades o funcionarios públicos que meramente tomaren parte en el abandono colectivo o manifiestamente ilegal de un servicio público esencial y con grave perjuicio de éste o de la comunidad, serán castigados con la pena de multa de ocho a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 28.

CP: art. 24.

RDL 11/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones laborales.

Ley 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical.

Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública: art. 31.1.c), j), k) y l).

RD 1481/1988, de 9 de diciembre, que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales, en situaciones de huelga.

RD 1479/1988, de 9 diciembre, que garantiza el mantenimiento de los servicios esenciales, en situaciones de huelga en la Administración General del Estado.

CAPÍTULO III**De la desobediencia y denegación de auxilio****Artículo 410.**

1. Las autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de la autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales, incurrirán en la pena de multa de tres a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirán en responsabilidad criminal las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 103.1 y 118.

CP: arts. 20.7.^a, 24, 411, 502, 508, 556 y 634.

LOPJ: art. 17.2.

LECrím.: arts. 283 y 983 y ss.

Ley 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, modificada por la Ley 14/2003, de 26 de mayo: arts. 27, 62 y 63.

LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo: art. 24.

LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas: art. 42.4.

RD 33/1986, de 10 de enero, que aprueba el Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en este tipo de delitos, más que el llamado principio de jerarquía o de autoridad, acaso lo sea, y probablemente uno y otro son inseparables y complementarios, la buena marcha de la Administración al servicio de los ciudadanos que es parte de la dignidad de la función pública (2222/1992, de 14 de octubre [LA LEY 12799/1992]). El bien jurídico protegido penalmente en este tipo delictivo es la buena marcha y el orden de la Administración en todas sus esferas, el servicio público que es obligación debida a la dignidad de todos los ciudadanos y, en definitiva, la legitimidad de toda la función administrativa (538/1994, de 14 de marzo [LA LEY 2918/1994]). En el presente delito se protege, además, el mismo bien jurídico protegido en el art. 237 CP/1973: el principio de autoridad (125/1997, de 28 de enero [LA LEY 2120/1997]).

Sujeto activo

Se trata de un delito especial del que sólo pueden ser autores las autoridades o funcionarios públicos (125/1997, de 28 de enero [LA LEY 2120/1997]).

Conducta

La conducta típica del delito de desobediencia tiene como presupuesto jurídico administrativo la emisión, pronunciamiento o dictado de una Sentencia o resolución procesal por un Órgano Judicial, o de una orden por Autoridad o funcionario administrativo, y que la Sentencia, resolución u orden se haya dictado por Órgano Judicial o administrativo competente y con observancia de las normas procedimentales legales, y que la Sentencia, resolución u orden conlleve una obligación de actuar de determinada forma o de no actuar, para ciertas Autoridades y Funcionarios, precisamente para que se logre la efectividad de la Sentencia, resolución u orden (493/1998, de 10 de junio [LA LEY 8870/1998], y 415/1999, de 9 de abril [LA LEY 5166/1999]).

El tipo básico de desobediencia funcional, en cuanto a la acción, consiste en negarse abiertamente a dar el debido cumplimiento a determinadas órdenes judiciales o administrativas, constituyendo un tipo de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material. Por ello no se anuda al mismo la realización de un acto concreto, positivo, sino que basta la omisión o pasividad propia de quien se niega a ejecutar una orden legítima dictada dentro del marco competencial de su autor. La jurisprudencia de esta Sala, así, comprende dentro del tipo tanto la manifestación explícita y contundente contra la orden como la adopción de una actitud de reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento a lo mandado, es decir, la de quien sin oponerse o negar la misma, tampoco realiza la mínima actividad exigible para su cumplimiento (485/2000, de 14 de junio [LA LEY 121835/2000]; 516/1997, de 18 de abril [LA LEY 5571/1997], y 1203/1997, de 11 de octubre [LA LEY 10318/1997]), de forma que el adverbio abiertamente aplicado a la negativa puede predicarse tanto en un caso como en otro, en el primero directamente, en el segundo deducido con igual vigor de la actitud del sujeto activo (1037/2000, de 13 de junio [LA LEY 121835/2000], y 263/2001, de 24 de febrero [LA LEY 44613/2001]). La jurisprudencia de esta Sala ha tenido ocasión

de fijar el alcance de la expresión abiertamente. Tal idea ha sido identificada con la negativa franca, clara, patente, indudable, indisimulada, evidente o inequívoca —263/2001, 24 de febrero [LA LEY 44613/2001]—, si bien aclarando que ese vocablo ha de interpretarse, no en el sentido literal de que la negativa haya de expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente, sino que también puede existir cuando se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato, es decir, cuando sin oponerse o negar el mismo tampoco realice la actividad mínima necesaria para llevarlo a cabo, máxime cuando la orden es reiterada por la autoridad competente para ello, o lo que es igual, cuando la pertinaz postura de pasividad se traduzca necesariamente en una palpable y reiterada negativa a obedecer —485/2002, 14 de junio [LA LEY 113442/2002]—. O lo que es lo mismo, este delito se caracteriza, no sólo porque la desobediencia adopte en apariencia una forma abierta, terminante y clara, sino también es punible «la que resulte de pasividad reiterada o presentación de dificultades y trabas que en el fondo demuestran una voluntad rebelde» —1203/1997, 11 de octubre [LA LEY 10318/1997]— (54/2008, de 8 de abril [LA LEY 6547/2008]).

El delito se concreta y refiere a un supuesto específico en el que el tipo penal afecta exclusivamente a los funcionarios judiciales y administrativos que se nieguen abiertamente a cumplir con las Sentencias, decisiones u órdenes de la autoridad superior siempre que éstas hayan sido dictadas dentro de los límites de su competencia y revestidas de las formalidades legales oportunas. El propio legislador estable la exclusión de responsabilidad cuando el mandato constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de la ley o de cualquier otra disposición general. La doctrina aplicable al delito requiere diversas puntualizaciones que sirven ahora para la mejor comprensión de la decisión judicial que aquí se ha de adoptar: 1.^a En primer lugar ha de quedar claro que el hecho de que el acusado fuera autoridad no le hace estar exento de responsabilidad por desobediencia, en tanto que las autoridades, como funcionarios en general, únicamente pueden oponerse a los mandatos que en el contexto de lo más arriba explicado sean ilegales. 2.^a De otro lado, la orden, la decisión o la Sentencia de la autoridad superior ha de cumplir todos los requisitos inherentes a la legalidad por ser la única forma de que la misma vincule al que la recibe por caer dentro de los deberes de su cargo. 3.^a La negativa a ejecutar las órdenes, siempre a través de una infracción eminentemente intencional, ha de ser manifiesta, clara y terminante, no bastando la mala inteligencia, el abandono, el olvido o la negligencia. 4.^a Finalmente, y aunque la negativa tenga que ser abierta, patente y categórica, es igualmente punible la desobediencia que resulta de la pasividad reiterada o de la presentación de trabas y dificultades, reveladoras en suma de una auténtica voluntad rebelde (285/1998, de 2 de marzo [LA LEY 4386/1998]).

Elementos subjetivos

El empleo de la expresión «abiertamente» equivale también, según el sentido mayoritario de la doctrina y la Jurisprudencia, a la exclusión de la comisión culposa en el sentido de que el delito sólo admite la dolosa, exigiéndose por ello que la oposición se exprese de manera clara y terminante, sin que pueda confundirse nunca con la omisión que puede proceder de error o mala inteligencia, exigiéndose por ello la intención de no cumplirse —STS de 15 de febrero de 1990 [LA LEY 1364-2/1990] y las recogidas en su fundamento de Derecho primero—. La 1623/1994, de 23 de septiembre [LA LEY 3774/1994], refuerza este entendimiento en el sentido de prever la existencia de un apercibimiento previo, porque este delito no admite la versión imprudente o de culpabilidad culposa. La 225/1994, de 5 de febrero [LA LEY 2639/1994], se refiere a la existencia de una voluntad rebelde por parte del agente, sobre todo cuando la orden es reiterada (263/2001, de 24 de febrero [LA LEY 44613/2001]).

Ahora bien, aunque la negativa tenga que ser abierta, patente y categórica, es igualmente punible la desobediencia que resulta de la pasividad reiterada o de la presentación de trabas y dificultades, reveladoras en suma de una auténtica voluntad rebelde (687/1996, de 11 de octubre [LA LEY 10825/1996], y 285/1998, de 2 de marzo [LA LEY 319108-NS/0000]).

El elemento subjetivo, que requiere el conocimiento del presupuesto jurídico extrapenal, es decir de la obligación de actuar generada por la resolución del Tribunal o del superior administrativo, y el propósito de incumplir, revelado ya por manifestaciones explícitas, o implícitamente, por el reiterado actuar opuesto al acatamiento de la orden; sin que admita la jurisprudencia (5 de diciembre de 1990 y 2813/1993, de 13 de diciembre) la posibilidad de comisión culposa del delito de desobediencia (415/1999, de 9 de abril [LA LEY 5166/1999]).

Artículo 411.

La autoridad o funcionario público que, habiendo suspendido, por cualquier motivo que no sea el expresado en el apartado segundo del artículo anterior, la ejecución de las órdenes de sus superiores, las desobedeciere después de que aquéllos hubieren desaprobado la suspensión, incurrirá en las penas de multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 410.

LJCA: art. 105.

Artículo 412.

1. El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si el requerido fuera autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.

3. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

En el caso de que tal requerimiento lo fuera para evitar cualquier otro delito u otro mal, se castigará con la pena de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 118.

CP: arts. 24, 195, 196, 407, 408 y 450.

LOPJ: arts. 17.1 y 399.2.

LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido obedece a un comprensible deseo legal de prestar solidez y cobertura penal al deber de colaboración entre los diferentes sectores de la administración pública y de ésta y de los demás poderes entre sí con el propósito de conseguir un eficaz cumplimiento de las funciones públicas (793/2006, de 14 de julio [LA LEY 77299/2006]). El bien jurídico protegido es el recto y normal funcionamiento de la Administración de Justicia (212/1997, de 25 de febrero [LA LEY 4541/1997]).

Conducta

El tipo de injusto penal de denegación de auxilio es similar al de desobediencia, del que sólo se diferencia por la ausencia en el primero de una relación de dependencia jerárquica (SS 22 marzo 1986 y 24 septiembre 1990), y si el segundo tipo requiere hoy para su existencia que las autoridades o funcionarios públicos se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales, decisiones u órdenes de una autoridad superior, dictadas dentro del ámbito de su respectiva competencia y revestidas de las formalidades legales; ya con anterioridad la jurisprudencia de esta Sala había requerido para la existencia del tipo de denegación de auxilio que la abstención se produjera sin causa legal —2092/1994, de 28 noviembre [LA LEY 14236/1994]— (322/1997, de 15 de marzo [LA LEY 4777/1997]).

La relevancia penal de la denegación de auxilio debe limitarse a supuestos en que el requerimiento procede de autoridad. De lo contrario y entre funcionarios públicos daría origen a un ilícito administrativo. El adjetivo «competente», que acompaña en la descripción típica del art. 412.1 al término «autoridad», debe necesariamente condicionar el tenor del art. 24.1, modulando el sentido estricto que pudiéramos atribuir al concepto de autoridad, inyectándole un importante matiz «funcional» que lo hace depender (según la casuística) de las circunstancias que rodeen el caso, básicamente circunstancias relativas a un planteamiento competencial, que será el verdaderamente determinante (793/2006, de 14 de julio [LA LEY 77299/2006]).

De existir algún delito en el incumplimiento de los exhortos, tal delito no sería el de desobediencia de funcionario público, sino en todo caso el de denegación de auxilio, toda vez que en materia de exhortos no se actúa en virtud de relaciones de subordinación, sino ejerciendo deberes de cooperación judicial, por lo que, de haber cometido un delito, éste sería de dene-

gación de auxilio tipificado en el art. 371 del CP/1973, y el 412 del CP actual. En efecto, las actuaciones de auxilio entre órganos judiciales responden a relaciones de cooperación, y no de subordinación, aunque el que pida la cooperación tenga un nivel funcional superior. Así resulta de lo dispuesto en los arts. 273 y 274 de la LOPJ y de haberse sustituido las tres clases de despachos —suplicatorios, exhortos y cartas-órdenes— que existían con anterioridad, por el único de exhortos (1371/1998, de 27 de marzo [LA LEY 5580/1998], con cita de la 212/1997, de 25 de febrero [LA LEY 4541/1997]).

Elementos subjetivos

El delito de denegación de auxilio es eminentemente intencional (212/1997, de 25 de febrero [LA LEY 4541/1997]).

CAPÍTULO IV

De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos

Artículo 413.

La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, total o parcialmente, documentos cuya custodia le esté encomendada por razón de su cargo, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años, multa de siete a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 26, 198, 234, 237, 252, 263, 414 a 416 y 465.

Bien jurídico protegido

Tanto en el anterior como en el vigente Código, el bien jurídico protegido como todos los delitos del Capítulo IV, está constituido por la correcta preservación y utilización de los elementos o instrumentos esenciales para que la Administración pueda cumplir sus propios fines, evitando todo impedimento (72/2001, de 18 de enero [LA LEY 3118/2001]). El bien jurídico protegido, que no es otro que el genérico de la causa pública, y que en el caso del Servicio de Correos se concreta en ese respeto para la confianza de los usuarios en el cuidado y fidelidad en la custodia de los papeles y documentos que le entregan para hacerlos llegar a su destino (311/2003, de 5 de marzo [LA LEY 12499/2003]).

Sujeto activo

El sujeto activo debe ser funcionario o autoridad que tenga encomendada por razón de su cargo la custodia de documentos, lo que le convierte en delito especial propio (72/2001, de 18 de enero [LA LEY 3118/2001]). Sin embargo, con anterioridad, con cita de las Sentencias 2100/1993, de 22 de septiembre [LA LEY 1536/1994], y 290/1995, de 2 de marzo, se ha considerado suficiente con que el funcionario que «ocultó» los documentos, en el significado antes dicho, tenga la posibilidad de hecho de interferir en su curso, en su registro, en su notificación, etc. por encontrarse

éstos bajo la custodia del organismo a que pertenece, aun cuando no les estén específicamente encomendadas esas tareas (1060/1999, de 24 de junio [LA LEY 9647/1999]).

Objeto material

En el vigente CP se ha eliminado el término papeles, lo que no supone ninguna restricción a la vista del mantenimiento del término «documentos» y de su definición en clave penal prevista en el art. 26 CP (72/2001, de 18 de enero [LA LEY 3118/2001]).

Conducta

En el CP vigente se han ampliado las conductas típicas al añadir a las ya existentes de sustraer, destruir u ocultar, la de inutilizar así como la posibilidad que todas ellas puedan ser cometidas de forma parcial o total (72/2001, de 18 de enero [LA LEY 3118/2001]).

En cuanto al significado del término «ocultar», la Sentencia 311/2003, de 5 de marzo [LA LEY 12499/2003], hace un repaso de la doctrina jurisprudencial, señalando: decía ya la Sentencia de 9 de octubre de 1991 [LA LEY 467/1992], que: «Tiene reiteradamente declarado esta Sala —cfr. Sentencia de 29 de junio de 1990 [LA LEY 118-JF/0000]— a efectos de tipificación del delito de infidelidad en la custodia de documentos, que existe ocultación de documentos por funcionario público cuando con daño para la Administración pública o para tercero, se produce la paralización del trámite obligado a que responda un documento, y que ocultar, a efectos de este delito, es equivalente a guardar, no entregar, o, incluso, dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, impidiendo que surta los fines a que corresponda su contenido y destino. Las Sentencias de 10 de junio de 1987 [LA LEY 9406-R/1987] y 24 de octubre de 1990 [LA LEY 1100-JF/0000] han definido lo que debe entenderse por ocultación, afirmando que ésta será de apreciar cuando desaparecen los documentos, y la situación de los mismos sea desconocida por quienes tengan legítimo acceso a los mismos y su descubrimiento requiera operaciones de búsqueda que por el tiempo y despliegue de esfuerzos que conllevan implicaren, por sí mismos, una perturbación del servicio público» (en sentido semejante la de 79/1997, de 28 de enero [LA LEY 2027/1997]). En tanto que la de 754/1995, 12 de junio [LA LEY 16955-R/1995], relativa también a ciertas ocultaciones de envíos de carácter postal, como la que aquí nos ocupa, a su vez, proclamaba: «Por último, los elementos objetivos del tipo se cierran con la realización de alguno de los verbos incluidos por el legislador en la descripción del precepto. Para la integración del tipo basta con la realización de alguna de las conductas previstas que no son otras que las de sustraer, destruir u ocultar. La Sala sentenciadora estima, con acierto, que la conducta desarrollada por el agente fue la de ocultar los papeles o documentos escondiéndolos en un lugar en donde difícilmente podían ser hallados. En algunos casos la ocultación puede ser el paso previo para consumir después el apoderamiento o para llevar a cabo la destrucción de los documentos, pero resulta indiferente cuál fuera el propósito último y definitivo del autor ya que, como hemos dicho, basta con tomar los papeles y documentos para realizar y consumir las previsiones del tipo. En definitiva, con cualquiera de las actuaciones típicas se consigue apartar los papeles y documentos de los canales normales de circulación impidiendo que lleguen a su destino».

En principio, no cabe hablar de comisión por omisión, sino de comisión directa y positiva que es la característica general que define al delito de infidelidad en la custodia de documentos cuando el precepto que le tipifica emplea los verbos «sustraer», «destruir», «ocultar», que requieren, lógicamente y en pura semántica, una actividad del sujeto que lleva a cabo la sustracción, la des-

trucción o la ocultación. No quiere decir, sin embargo, que en ciertos supuestos, pueda cometerse el delito por simple omisión, pero esto lo entendemos más dificultoso y siempre afín o cercano al delito por imprudencia, figura por cierto, desaparecida en el vigente CP (79/1997, de 28 de enero [LA LEY 2027/1997]).

Se trata de proteger el documento frente a agresiones materiales con distintas dinámicas comisivas, la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación, total o parcial del documento objeto de custodia por el funcionario, sujeto activo del delito. Dentro de la de ocultación han de incluirse los supuestos de paralización del trámite obligado, no entregar o incluso dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento, de manera que requiera la realización de una actuación administrativa de búsqueda y localización que perturbe el funcionamiento de la administración. En este sentido, como delito de resultado, debe exigirse que el documento haya sido ocultado impidiendo que surta los efectos que resulten del mismo (44/2004, de 21 de enero [LA LEY 12106/2004]).

El cese en las funciones no excluye la existencia de obligaciones residuales inherentes al carácter funcional desempeñado previamente. Una vez se vieron interrumpidas sus funciones, consecuencia de la destitución de su puesto de trabajo, el funcionario infiel debió restituir los documentos, como consecuencia lógica de su nueva situación, cosa que no hizo (1391/2003, de 14 de noviembre [LA LEY 292/2004]).

El tipo del art. 413 ha eliminado la necesidad de causación de daño, lo que supone intensificar la naturaleza del delito como delito de riesgo (72/2001, de 18 de enero [LA LEY 3118/2001]). Pero, más recientemente se ha señalado que no podemos afirmar que nos hallemos ni ante un delito de riesgo ni de mera actividad, pues la descripción legal del art. 413 requiere la ejecución de una conducta que no supone mera generación de un peligro para el bien jurídico protegido sino efectiva lesión de éste, que integra, a su vez, el concreto resultado de la acción (311/2003, de 5 de marzo [LA LEY 12499/2003]).

Elementos subjetivos

El tipo sólo exige el dolo de ocultación y no el de perjudicar o beneficiar a tercero (875/2003, de 8 de octubre [LA LEY 157456/2003]). En la actualidad no cabe duda alguna en orden a la imposibilidad de la comisión culposa, no sólo por aplicación del expresado art. 12 del NCP, sino también porque el art. 413 del mismo incorpora la culpabilidad a la descripción típica a través de la locución «a sabiendas» (321/1997, de 15 de marzo [LA LEY 4587/1997], y 678/1997, de 7 de mayo [LA LEY 7995/1997]).

Formas de aparición

No cabe la exclusión de las formas imperfectas de ejecución en esta figura delictiva, pues: a) en primer lugar, lo que con el cambio legislativo se ha buscado no es tanto el castigo de cualquiera conducta, aun cuando no suponga verdadera lesión del bien jurídico protegido por el precepto, sino, tan sólo, incorporar la evidencia, sin alteración de la previa naturaleza de la infracción, de que con cualquiera de las actividades descritas, llevadas a cabo por el funcionario en relación con efectos sometidos a su custodia, el perjuicio de la causa pública ha de considerarse implícito y relevado de prueba expresa; b) siendo esto así, tampoco debe confundirse la categoría del denominado «delito de riesgo», que ontológicamente opuesta a la del «delito de lesión», alude

al adelanto de la barrera de protección del bien jurídico protegido a una fase previa a la propia y efectiva lesión de éste, sancionando su mera puesta en peligro, con el binomio delito de resultado delito de mera actividad, relativo a la forma de consumación de la figura delictiva y que puede llevar a la exclusión de las hipótesis de formas imperfectas de ejecución; c) por otro lado, examinando el tipo invocado, no podemos afirmar que nos hallemos ni ante un delito de riesgo ni de mera actividad, pues la descripción legal del art. 413 requiere la ejecución de una conducta que no supone mera generación de un peligro para el bien jurídico protegido sino efectiva lesión de éste, que integra, a su vez, el concreto resultado de la acción; d) otra cosa será, ajena ya al presente tipo penal y no requerida por éste, la obtención por el autor de algún lucro o beneficio, para él o para un tercero, ya que el mero perjuicio para la causa pública implícito en la sustracción, destrucción, inutilización u ocultación de los documentos, constituye la verdadera lesión del bien objeto de protección; e) por tanto, no puede excluirse apriorística y generalizadamente, por la propia naturaleza de la figura, la posibilidad de formas imperfectas en su ejecución, ya que los resultados en ella previstos y, en este concreto caso, la «ocultación» del documento, son susceptibles de ser intentados sin éxito; y f) lo trascendente a estos efectos será, en consecuencia, determinar el verdadero alcance de tales términos, descriptivos de las distintas conductas constitutivas del ilícito, y, esencialmente, establecer cuándo éstas llegan a suponer verdadero quebranto para el bien protegido por la norma, de modo que, propiamente, pueda hablarse de consumación (311/2003, 5 de marzo [LA LEY 12499/2003]).

Artículo 414.

1. A la autoridad o funcionario público que, por razón de su cargo, tenga encomendada la custodia de documentos respecto de los que la autoridad competente haya restringido el acceso, y que a sabiendas destruya o inutilice los medios puestos para impedir ese acceso o consienta su destrucción o inutilización, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. El particular que destruyere o inutilizare los medios a que se refiere el apartado anterior, será castigado con la pena de multa de seis a dieciocho meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 263, 413, 415 y 416.

Artículo 415.

La autoridad o funcionario público no comprendido en el artículo anterior que, a sabiendas y sin la debida autorización, accediere o permitiere acceder a documentos secretos cuya custodia le esté confiada por razón de su cargo, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 197 a 199, 278, 279, 414, 414 y 416.

Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales.

Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de la Ley de secretos oficiales.

Elementos del delito

Los elementos del tipo son los siguientes:

1.º El sujeto activo es la autoridad o funcionario público, que tenga encomendada la custodia de los documentos por razón de su cargo, con obligación de darles un destino, conservarlos, o exhibirlos, custodiarlos, incorporarlos a un archivo, libro, inventario, cuentas, servir de justificante de su actuación funcional.

2.º El sujeto pasivo lo es la Administración Pública.

3.º El bien jurídico protegido es el buen servicio que los poderes públicos han de prestar a los ciudadanos, la seguridad en la custodia y el tráfico documental.

4.º El objeto material es un documento en la amplia acepción que le da el art. 26 del CP.

5.º La conducta consiste en el acceso a documentos secretos, cuyo precedente en el CP de 1973 era el art. 367 y que hay que relacionarlo con el tipo del art. 417 dedicado a la violación de secretos, aunque este último protege tanto el secreto oficial como particular, al hablar de secretos e informaciones que no deban ser divulgadas.

Sólo podrá operar el art. 415 cuando haya una declaración específica de secreto por el órgano competente (secreto sumarial, materias reservadas al amparo de la Ley de Secretos Oficiales 9/1968, de 5 de abril), de manera que respecto a documentos que sean expresión del genérico deber de sigilo de los funcionarios, sólo encontrarán protección penal en el art. 417, en cuanto respecto a ellos la conducta del funcionario consista en una revelación (S Audiencia Provincial de Cádiz 11/2000, de 16 de febrero).

Objeto material

Pueden serlo los paquetes postales, ya que, según jurisprudencia reiterada —1631/1994, de 26 septiembre [LA LEY 11670/1994], y 2005/1994, de 19 noviembre [LA LEY 13964-JF/0000]—, a los mismos se les extienden los requisitos y garantías constitucionales del derecho fundamental al secreto de comunicaciones del art. 18.3 CE. A mayor abundamiento, y así quedó reflejado en el *factum* de la Sentencia, la apertura del paquete postal no fue con ánimo de inspeccionar, sino de sustraer y apropiarse los recurrentes de su contenido (ATS 263/1995, de 14 de febrero de 1996).

Artículo 416.

Serán castigados con las penas de prisión o multa inmediatamente inferiores a las respectivamente señaladas en los tres artículos anteriores los particulares encargados accidentalmente del despacho o custodia de documentos, por comisión del Gobierno o de las

autoridades o funcionarios públicos a quienes hayan sido confiados por razón de su cargo, que incurran en las conductas descritas en los mismos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 413 a 415.

Artículo 417.

1. La autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años.

2. Si se tratara de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 20.

CP: arts. 24, 197, 198, 199, 278 a 280, 418, 442 y 598 y ss.

LECrim.: arts. 301 y 417.2.º.

Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales.

Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de la Ley de secretos oficiales.

LO 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

RD 994/1999, de 11 de junio, que aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el art. 417, relativo a secretos o informaciones, es el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad. Y así la Ley de funcionarios civiles del Estado les impone, en su art. 80, el deber de guardar sigilo riguroso de los asuntos que conozcan por razón de su cargo, aunque ese deber genérico del funcionario no convierta en secreto todo aquello de que tenga conocimiento por esa razón, y el precepto se desarrolla en el art. 7 del RD regulador del Régimen Disciplinario de los Funcionarios [LA LEY 55/1986] en cuanto a la potestad sancionadora de la Administración y en el art. 7 del RD regulador del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (1321/2006, de 26 de diciembre [LA LEY 203280/2006]). El bien jurídico protegido por la figura delictiva tipificada en el art. 417.1 del Código Penal es, con carácter general, el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común

como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos (1249/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 55/2004], con cita de la 1191/1999, de 13 de julio [LA LEY 9645/1999]). Se ha dicho también que el bien jurídico protegido por este delito y en general por todos los integrados en el Capítulo IV del Título XIX, capítulo de nuevo cuño que viene a estar integrado por un catálogo de conductas cuyo denominador común está representado en la correcta preservación y utilización de los medios o instrumentos esenciales para el cumplimiento de los fines de la Administración en el concreto aspecto de la estricta confidencialidad de las informaciones de que dispone la Administración, las que no puede —no deben— ser aprovechadas por los funcionarios, que son los primeros custodios de la legalidad, para ser utilizadas en fines extramuros de la función pública, y desde esta perspectiva, el daño a la causa pública está constituido por la quiebra de la credibilidad que en el colectivo social deben tener todas las instituciones y, los funcionarios que las encarnan (914/2003, de 19 de junio [LA LEY 2603/2003]).

Conducta

Nos encontramos con un tipo penal abierto por imperativo de la realidad, toda vez que no resulta posible establecer casuísticamente en la norma los secretos e informaciones concretas cuya revelación integre la conducta típica. Por ello mismo, el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción que se impone al funcionario público por el art. 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, constituirá una infracción administrativa o un ilícito penal según la relevancia del hecho, de suerte que cuando la infracción del deber funcional ocasiona un perjuicio de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa [art. 7.1.j)] del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado: [1. Son faltas graves: j)]: no guardar el debido sigilo respecto a los asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilice en beneficio propio], siendo objeto, en tal caso, de la potestad sancionadora de la Administración. Pero cuando el daño generado al servicio público —o a un tercero— adquiera una cierta relevancia la conducta del funcionario desbordará el marco de la ilicitud administrativa para integrar un ilícito penal que, a su vez, será incardinable bien en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 417 CP, cuando de la revelación «resultare grave daño para la causa pública o para tercero», o bien en el párrafo primero de dicho epígrafe, en el caso de que el daño ocasionado no deba calificarse de grave, aun en el caso de que el mismo hecho se encuentre simultáneamente previsto en el Ordenamiento como constitutivo de infracción disciplinaria y como ilícito penal, el Juez o Tribunal competente en este orden habrá de proceder a su enjuiciamiento como consecuencia del principio de prevalencia del Derecho penal con independencia de la respuesta que la Administración pueda dar a esa misma conducta en el ejercicio de su potestad sancionadora, que puede coexistir con la sanción penal sin que por ello se resienta el principio *non bis in idem* que emana del principio de legalidad recogido en el art. 25 CE, pues, como es suficientemente sabido, nada empece a esa doble consecuencia punitiva, penal y disciplinario-administrativa, en el marco de la relación del funcionario con la Administración caracterizada por la especial supremacía de ésta que justifica el *ius puniendi* de los Tribunales y, a la vez, la potestad sancionadora de la Administración (SSTC 2/1981, de 30 de enero [LA LEY 7092-NS/0000], 159/1985, de 27 de noviembre [LA LEY 498-TC/1986], y 94/1986, de 8 de julio de 1986 [LA LEY 623-TC/1986]). Desde luego que, para que quede integrado el tipo básico, será necesario que la revelación cause daño a la causa pública, daño que,

de ser grave, determinaría la existencia del tipo cualificado o agravado; y que de lo descubierto se tenga conocimiento por razón del cargo u oficio. Pero es preciso partir (aun prescindiendo de la problemática diferenciación entre secreto e información dentro del art. 417 CP) de que la acción descubridora recaiga sobre una materia o fracción de ella que merezca la consideración de hermética (1321/2006, de 26 de diciembre [LA LEY 203280/2006]).

Es la mayor o menor relevancia de la información revelada la que debe tenerse en cuenta, junto al principio de intervención mínima del Derecho penal, para resolver la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo (1249/2003, de 30 de septiembre [LA LEY 55/2004]).

Tratándose de datos de personas y empresas con altas y bajas a la Seguridad Social, prestaciones que recibían, deudas que tenían, domicilios particulares y laborales, categoría profesional y todos aquellos almacenados en el sistema informático de la Seguridad Social. Dificilmente se puede sostener que estos datos no son confidenciales y reservados. Por imperativo legal el responsable del manejo del sistema informático, tiene la obligación de conservarlos y resguardarlos de cualquier petición que no proceda de los organismos a los que legalmente les deban ser facilitados. Por ello, la aplicación del art. 417 no sólo es correcta sino que incluso podrían haber merecido una calificación más severa (1194/2004, de 7 de diciembre [LA LEY 326/2005]).

Diferencias entre la violación de secretos y la revelación de secretos

La relación existente entre los tipos penales de violación de secretos —art. 417 CP— y revelación de secretos —art. 197 CP— surge del texto de ambos. La cuestión se plantea entre el art. 197.2 y el 417.2, dado que este último hace referencia a secretos de un particular. Sin embargo, mientras en el caso del descubrimiento y revelación de secretos se trata de un acceso indebido a la fuente de datos, pues el Código dice «sin estar autorizado», en el caso de la violación de secretos el autor tiene un conocimiento propio de su cargo y obtenido por una necesidad del procedimiento administrativo. En los dos casos se vulnera un deber funcional de secreto, pero en el art. 197 CP el funcionario, además, infringe otro deber, dado que se apodera ilegalmente, abusando de su posición funcional, de datos que no debería conocer por su cargo. Esta doble infracción explica y justifica la diferencia de penas previstas para ambos delitos (725/2004, de 11 de junio [LA LEY 1787/2004]).

Artículo 418.

El particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad, será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 442.

Ley 24/1988, de 28 de julio, de regulación del Mercado de Valores.

No procede la aplicación del art. 418, porque presenta una estructura totalmente distinta y además solamente contempla la acción del particular que se limita, sin más connotaciones, a aprove-

chase de los datos secretos o de información privilegiada. Aunque necesita el concurso del funcionario público, la actividad principal corresponde al particular. Es cierto que el particular consigue un efecto similar al del delito de revelación de secretos cometido por funcionario público o autoridad y previsto en el art. 417, hasta tal punto que ha sido calificado por la doctrina como el reverso del tipo penal del funcionario que actúa en el ámbito del art. 418. Realmente la conducta solamente sería impune si el particular se limita a recibir u obtener la información para sí mismo sin hacer uso de ella. En todos los demás casos el daño para el bien jurídico protegido es evidente y la norma prioritaria es la del art. 417 del Código Penal (1194/2004, de 7 de diciembre [LA LEY 326/2005]).

CAPÍTULO V

Del cohecho

Artículo 419.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 422 y 430.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido en el delito de cohecho es la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos (2025/2001, de 29 de octubre [LA LEY 193592/2001]) y el correcto funcionamiento de la administración pública en cuanto al comportamiento honesto de sus servidores (1826/1994, de 18 de octubre [LA LEY 1706/1995]). En el delito de cohecho el legislador ha querido proteger la legalidad del Estado y la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, así como la dignidad de la misma (1319/2002, de 11 de julio [LA LEY 10150/2003]). El delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos —1076/2006, de 27 de octubre [LA LEY 135289/2006]— se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal (77/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2450/2007]).

Sujeto activo

Es un funcionario público (593/1995, de 29 de abril [LA LEY 16847-R/1995]). No es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario en-

cargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo (965/2004, de 26 de julio [LA LEY 2567/2004], y 504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Conducta

La estructura típica requiere la aceptación o exigencia de algo económicamente evaluable para la realización de un hecho delictivo (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Cualquiera que sea la posición doctrinal que pueda adoptarse en el ámbito teórico sobre la condición unilateral o bilateral que debiera adoptar el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo el delito de cohecho es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la mera solicitud u ofrecimiento de la dádiva. Así se deduce expresamente del texto legal (arts. 385 y concordantes del CP 1973 y arts. 419 y concordantes del CP 1995) y ha declarado reiteradamente la doctrina jurisprudencial —21/1993, de 18 de enero [LA LEY 2604-5/1993], 776/2001, de 8 de mayo [LA LEY 5283/2001], y 334/2008, de 6 de junio [LA LEY 74067/2008], entre otras—, sin que sea necesario para su sanción ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto injusto o delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco, evidentemente, la condena del que recibe el ofrecimiento (1114/2002, de 12 de junio [LA LEY 7676/2002]). En el mismo sentido, la 1319/2002, de 11 de julio [LA LEY 10150/2003].

Elementos subjetivos

Para la consumación del cohecho no se exige la efectiva concurrencia de otro delito, basta su proyección. Es decir, nos encontramos ante un elemento subjetivo del injusto que el autor debe tener como finalidad (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Concursos

Si efectivamente concurre el delito para el cual se cohecha, la concurrencia será real y no medial, en la medida en que el tipo penal del cohecho no presenta en su estructura típica la exigencia de su realización efectiva (504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]). El art. 419 deja perfectamente esclarecido que el delito de cohecho es compatible con el delito cometido en razón a la dádiva o promesa (1027/2002, de 3 de junio [LA LEY 105521/2002]). El delito de cohecho no requiere para su consumación ni la aceptación de la solicitud, ni el abono de la dádiva ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, que caso de realizarse se sancionaría separadamente en concurso con el de cohecho (776/2001, de 8 de mayo [LA LEY 5283/2001] y 77/2007, de 7 de febrero [LA LEY 2450/2007]).

Artículo 420.

La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena

de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años, y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 422 y 430.

Sujeto activo

No es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicite el cohecho, interpretación pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de un acto en el ejercicio de su cargo (1096/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 154758/2006], con cita de la 504/2003, de 2 de abril [LA LEY 12755/2003]).

Conducta

Por acto injusto debe entenderse todo aquel que es contrario a lo que es debido (1701/2001, de 24 de septiembre [LA LEY 167056/2001], y 893/2002, de 16 de mayo [LA LEY 5962/2002], y 1096/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 154758/2006], entre otras). Como señalan las Sentencias 1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]; 1952/2000, de 19 de diciembre [LA LEY 1250/2001]; 20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001], y 2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001], la injusticia del acto en el art. 420 consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en la mera ilegalidad formal o administrativa (782/2005, de 10 de junio [LA LEY 2025006/2005]; 575/2004, de 11 de mayo [LA LEY 114999/2005], y 1817/2002, de 6 de noviembre [LA LEY 22/2003]). No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino el propio hecho del dictamen no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir su función sino referido y predeterminado por el aliciente económico, determina la injusticia del acto (1096/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 154758/2006], con cita de la 20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]).

Cuando nos encontramos con decisiones públicas de elección entre varias ofertas con ciertos componentes de discrecionalidad, el propio hecho de que la adjudicación venga preconditionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva, adultera de raíz el procedimiento de selección, posterga de modo ilegal e injustificado otras ofertas, que nunca podrán ser analizadas con objetividad, en perjuicio manifiesto de los respetables intereses privados de quienes las formulaban y de los más relevantes intereses públicos de la ciudadanía, en general, y en definitiva constituye la propia esencia y finalidad de la discrecionalidad como margen legal de actuación atribuido en atención a la mayor eficacia de la labor política y administrativa, por lo que determina necesariamente el carácter intrínsecamente injusto del acto de adjudicación, con independencia de que se puedan respetar formalmente los aspectos reglados o externos de la resolución. No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la adjudicación de una obra pública preconditionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva y prescindiendo en consecuencia de los factores objetivos que

deberían determinar el proceso de selección entre ofertas situadas en condiciones de igualdad, constituye en sí misma un acto intrínsecamente injusto, como manifiestamente contrario a nuestro Ordenamiento Jurídico (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]). En igual sentido, la 2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001].

El ejercitar las tareas esenciales de un concejal, como es del decidir el resultado de una moción de censura, si se hace por motivaciones espurias, cuales las de obtener compensaciones económicas torticeras, encierra un acto constitucionalmente injusto. Y, así las cosas, la conducta del corrompido, aunque sea de abstención, ha de ser incluida en el art. 420 y la del corruptor en el 423; quedando reducidas las abstenciones incluíbles en el art. 421 a las que no constituyan delito o conducta injusta (1125/2007, de 21 de mayo [LA LEY 318341/2007]).

La agilización de un trámite administrativo es un acto injusto, porque atenta a los principios de igualdad, de imparcialidad y de objetividad, exigibles a los poderes públicos (440/2007, de 21 de mayo [LA LEY 42143/2007]).

Autoría y participación

Conforme a lo dispuesto en el art. 420, el autor del cohecho puede recibir la dádiva «por sí o por persona interpuesta». Pues bien, dicha persona interpuesta cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe en el delito de cohecho (20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001]).

Artículo 421.

Cuando la dádiva solicitada, recibida o prometida tenga por objeto que la autoridad o funcionario público se abstenga de un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo, las penas serán de multa del tanto al duplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 422 y 430.

Conducta

Son elementos del tipo de cohecho penado en el art. 421: la solicitud por una autoridad de una dádiva —en el caso, una cantidad de dinero— siendo indiferente cuál sería su destino final, y la contraprestación ofrecida de no hacer algo que debía realizar en el ejercicio de su cargo. En este tipo de cohecho la injusticia no se predica de un acto, sino de la propia omisión, en tanto es producto de la corrupción de la autoridad o funcionario, de suerte que el acto de que éste promete abstenerse es totalmente lícito puesto que forma parte de todos aquellos que su cargo le obliga a ejecutar. Esta pluralidad de los actos posibles cuya omisión da lugar al tipo podría explicar que, alguna vez, cuando no fuese tan concreto el acto injustamente omitido como el que realiza —o se promete realizar— se incardine la conducta en el tipo de cohecho previsto en el art. 420 (1172/2002, de 21 de junio [LA LEY 7173/2002]).

Artículo 422.

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable a los jurados, árbitros, peritos, o cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Artículo 423.

1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos.

2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 419 a 421, 425, 426 y 427.

Conducta

El tipo penal del art. 423 describe un delito de mera actividad, que se consuma con la simple acción de intentar corromper a las autoridades o funcionarios públicos, sin que la consumación exija ni la efectiva corrupción ni ningún otro resultado (1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001]). El tipo de delito de cohecho del 423.1 sólo exige el ofrecimiento de dádiva, que realmente existió, aunque fuera sin precisión de cuantía. Nos hallamos ante una figura de infracción penal, la de cohecho, que, al menos en algunos de sus modos de comisión, tiene las características de un delito de resultado cortado, en el cual el legislador ha querido anticipar el momento de su consumación, de forma que la actuación posterior pertenece al campo del agotamiento de delito. Basta, en esta clase de cohechos, con el ofrecimiento del dinero (581/2005, de 6 de mayo [LA LEY 1568/2005]). En sentido análogo a las anteriores, la 132/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9729/2007].

El art. 423 acoge tanto a los supuestos en que la acción de corromper tenga por finalidad la ejecución por el funcionario de un acto delictivo o indebido, como la realización de actos no prohibidos en el ejercicio de su actividad funcional. Es decir, que el art. 423 se predica y relaciona con todos los supuestos de cohecho activo y pasivo establecidos en los arts. 419 a 421 y también con los arts. 425 y 426. La pretensión de vincular la aplicación del tipo del art. 423 a que la acción del funcionario a quien se intenta corromper sea una de las descritas en los arts. 419 a 421, pero no cuando la conducta de aquél sea la menos grave del 425 o 426 debe ser decididamente rechazada, porque todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público, sea cual fuere la actividad concreta que se demandara de éste como contraprestación, y de la mayor o menor gravedad de ésta (1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001]). En el mismo sentido, las 1952/2000, de 19 de diciembre [LA LEY 1250/2001], y 545/1998, de 13 de enero de 1999 [LA LEY 1802/1999], entre otras.

Delito continuado

El delito que se le imputa deriva de sus actos de entrega de dádiva y no del número de actos que, por razón de aquellas entregas, haya realizado el funcionario corrompido por el recurrente. Como dijimos en la 1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001], todas las figuras delictivas de cohecho se configuran como delitos de mera actividad, sin que el resultado de la posterior conducta del funcionario sea relevante, toda vez que los tipos penales se consuman con la ejecución de la acción típica descrita en la Ley que, en el caso que nos ocupa, consiste en el intento de corromper al funcionario público. Lo que permitió estimar delito continuado de cohecho en el caso de la 2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001], en atención a la pluralidad de actos de entrega del acusado y no de actos realizados por el funcionario corrupto (513/2008, de 23 de julio [LA LEY 116096/2008]).

Artículo 424.

Cuando el soborno mediare en causa criminal en favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de multa de tres a seis meses.

Artículo 425.

1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo o como recompensa del ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al tripló del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 419 y ss.

Artículo 426.

La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 419 y ss.

Conducta

El art. 426 del CP acoge la modalidad tradicional de cohecho pasivo impropio. Conforme a la redacción actual, coincidente con la del previgente art. 390 del CP de 1973, este delito lo comete la autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente. Es preciso, en consecuencia, que concurren una serie de elementos para la afirmación del tipo: a) el ejercicio de funciones públicas por parte del sujeto activo; b) la aceptación por éste de dádivas o regalos; c) una conexión causal entre la entrega de esa dádiva o regalo y el oficio público del funcionario. La expresa utilización del término dádiva, añadido al vocablo regalo, es bien elocuente del deseo legislativo de despejar cualquier duda acerca de la innecesidad de un significado retributivo, por actos concretos, que inspire la entrega del presente con el que se quiere obsequiar al funcionario receptor. De ahí que no falten voces en la doctrina que adjudican al art. 426 la naturaleza de delito de peligro abstracto, idea presente en algunos de los pronunciamientos de esta Sala, como la 361/1998, 16 de marzo [LA LEY 4448/1998], en la que se afirma que mediante la incriminación de esa conducta se «(...) protege la imagen del Estado de Derecho en el sentido de preservar la confianza pública en que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley». La necesidad de un enlace causal entre la entrega de la dádiva y el carácter público del receptor, también ha sido expresada por la jurisprudencia. Bien elocuente es la 30/1994, 21 de enero [LA LEY 13697/1994], cuando precisa que «(...) el término “en consideración a su función” debe interpretarse en el sentido de que la razón o motivo del regalo ofrecido y aceptado sea la condición de funcionario de la persona cohechada, esto es, que sólo por la especial posición y poder que el cargo público desempeñado le otorga le ha sido ofrecido la dádiva objeto del delito, de tal forma que si de algún modo dicha función no fuese desempeñada por el sujeto activo el particular no se hubiere dirigido a él ofertando o entregando aquélla». No es tarea fácil la delimitación del alcance de este precepto a la hora de decidir la relevancia típica de determinadas acciones. La existencia de módulos sociales generalmente admitidos en los que la aceptación de regalos o actos de cortesía forma parte de la normalidad de las relaciones personales, obliga a un esfuerzo para discernir cuándo determinados obsequios adquieren carácter típico y cuándo, por el contrario, pueden inscribirse en el marco de la adecuación social. Está fuera de dudas que este análisis sugiere el empleo de fórmulas concretas, adaptadas a cada supuesto de hecho, huyendo de la rigidez de fórmulas generales (362/2008, de 13 de junio [LA LEY 96479/2008]).

Es irrelevante, tratándose de cohecho pasivo impropio —art. 426— el dato de que no le correspondiera al funcionario público acusado la ejecución del acto realizado, según criterio de esta Sala manifestado en Sentencia 2115/1993, de 7 de octubre [LA LEY 1837/1994] (545/1998, de 13 de enero de 1999 [LA LEY 1802/1999]).

Existe doctrina y jurisprudencia que considera que en los supuestos del art. 426 la conducta del donante no sería punible —así, 692/1997, de 7 de noviembre [LA LEY 80/1998]—, en tales casos la entrega de la dádiva no tiene en sentido propio el concepto de remuneración, puesto que se recibe por el funcionario «en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente» (152/2003, de 4 de febrero [LA LEY 11087/2003]). En contra, 102/2009, de 3 de febrero [LA LEY 4694/2009], 1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001]; 1952/2000, de 19 de diciembre [LA LEY 1250/2001], y 545/1998, de 13 de enero de 1999 [LA LEY 1802/1999], entre otras.

Artículo 427.

Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que haya accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva o presente realizada por autoridad o funcionario público y denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación, antes de la apertura del correspondiente procedimiento, siempre que no hayan transcurrido más de diez días desde la fecha de los hechos.

CONCORDANCIAS

CP: art. 423.2.

CAPÍTULO VI**Del tráfico de influencias****Artículo 428.**

El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 404.

Bien jurídico protegido

El principio de imparcialidad que debe regir de modo escrupuloso la conducta de toda persona encargada de tomar decisiones públicas (1534/1997, de 10 de marzo de 1998 [LA LEY 3597/1998]).

Sujeto activo

El autor ha de ser autoridad o funcionario público (ATS de 22 de febrero de 2006 [LA LEY 303470/2006], y 537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]).

En el de tráfico de influencias sólo se tipifica y sanciona la conducta de la persona que influye, careciendo de tipicidad la del funcionario que se deja influir por situaciones ajenas a los intereses públicos y adopta una resolución (o se muestra dispuesto a adoptarla) que beneficie a la persona que ha influido en él siempre, eso sí, que la decisión adoptada no contenga los requisitos que tipifican el delito de prevaricación previsto en el art. 404, en cuyo caso será de aplicación al mismo este precepto (1534/1997, de 10 de marzo de 1998 [LA LEY 3597/1998]).

Conducta

Consiste en influir en otra autoridad o funcionario público prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad.

El término «influir» —ejercer predominio o fuerza moral— resulta excesivamente amplio, por lo que se ha completado con el de «prevalerse», en el que el legislador incluye el ejercicio de las facultades del cargo y las relaciones personales y jerárquicas (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]). Influir se ha identificado también con la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de ésta (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]).

Para la subsunción en la conducta típica no basta con la mera influencia sino que debe concurrir también el elemento típico esencial del prevalimiento a través de cualquiera de las tres formas legalmente definidas: bien del ejercicio de las facultades propias del cargo, bien de una relación personal (de parentesco, afectividad, amistad o incluso compañerismo político) o bien de una relación jerárquica (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000]). Señala la doctrina que si bien en principio parece puede tomarse en consideración cualquier relación familiar, afectiva o amistosa, dado que el «prevalimiento» es empleado como elemento diferenciador de la simple influencia atípica, debe darse al mismo una interpretación restrictiva, en cuanto supone un verdadero ataque a la libertad del funcionario o de la autoridad que tiene que adoptar una decisión en el ejercicio de su cargo. Citándose como casos concretos de ello el chantaje moral, las relaciones amorosas serias o las perspectivas futuras en la carrera profesional o política, como puede ser en los cargos de elección pública el temor a ser eliminado de las listas electorales en próximas convocatorias (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]). El prevalimiento de una situación derivada de una relación personal no necesita estar basado en una relación personal directa con el funcionario. También cabe una relación personal a través de una interpósita persona (184/2000, de 15 de febrero [LA LEY 37475/2000]).

La 480/2004, de 7 de abril [LA LEY 1495/2004] viene a reconocer la dificultad de rellenar el verbo nuclear del tipo penal, «influir», con una conducta negativa.

La descripción tipificadora del delito de tráfico de influencias contiene una indudable afinidad con el delito de cohecho ya que ambos tienen como finalidad o meta inicial y común evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos tutelando o protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad u objetividad de las decisiones de los funcionarios públicos. Sin embargo, según doctrina generalizada, que hacemos nuestra, a diferencia de lo que ocurre en el delito de cohecho, en el de tráfico de influencias están comprendidos aquellos supuestos en los que si bien se pretende conseguir del funcionario una parcial (o no del todo imparcial) decisión, para conseguirlo se emplean en realidad medios distintos a las dádivas o presentes (1534/1997, de 10 de marzo de 1998 [LA LEY 3597/1998]).

Elementos subjetivos

En el vigente art. 428, a diferencia de lo que ocurría en el anterior art. 404 bis.a), no es necesario obtener efectivamente una resolución o un beneficio económico, sino que es suficiente actuar con la finalidad o propósito de obtenerlos.

Aunque el requisito no aparece recogido en el precepto, algún sector de la doctrina entiende que debe tratarse de una resolución injusta. La Sentencia 1534/1997, de 10 de marzo de 1998 [LA

LEY 3597/1998], lo que exige es que la resolución sea parcial o no del todo imparcial (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]).

El sujeto debe actuar con el propósito de obtener directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para tercero (537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002]). El delito tiene una naturaleza en sí misma considerada de carácter puramente tendencial (1637/1998, de 8 de marzo de 1999 [LA LEY 4571/1999]). La expresión «beneficio económico» ha de ser interpretada en un sentido amplio comprendiendo tanto el beneficio directo como el indirecto, tanto el beneficio en el sentido de ganancia como en el sentido de ausencia de pérdidas. No interpretarlo así conduce a reducir excesivamente el ámbito de aplicación del tipo penal, que ya de por sí no abarca todos los resultados que pueden ser obtenidos mediante el ejercicio de influencias sobre autoridades o sobre funcionarios públicos (31/1997, de 29 de enero [LA LEY 1221/1997]).

Responsabilidad civil

Pese a su carácter puramente tendencial, si en un caso concreto el delito de tráfico de influencias produce perjuicios económicos a terceros, debe reponerse la situación económicamente conculcada por los comisores de las acciones penalmente reprochables, pues de no acordarse así sería tanto como permitir un enriquecimiento injusto a favor del sujeto o sujetos activos del delito o delitos a costa de un empobrecimiento indebido de la víctima (1637/1998, de 8 de marzo de 1999 [LA LEY 4571/1999]).

Artículo 429.

El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar, directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: art. 404.

Es válida en relación con este precepto la jurisprudencia referida al art. 428, si bien han de tenerse en cuenta las dos diferencias entre ambos preceptos: de un lado, mientras que el sujeto activo del delito tipificado en el art. 428 es una autoridad o funcionario público, el sujeto activo del delito descrito en el art. 429 es un particular; de otro y en consonancia con ello, se ha suprimido en el art. 429 la modalidad de prevalerse del ejercicio de las facultades del cargo.

Artículo 430.

Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 404 y 419 y ss.

Bien jurídico protegido

El fin perseguido por el legislador al introducir esta figura es, al igual que en el delito de cohecho, evitar la interferencia de intereses ajenos o contrarios a los públicos, tutelando y protegiendo un bien jurídico tan esencial como es la imparcialidad y objetividad de las decisiones de las autoridades y funcionarios públicos, que velan por el bien común y el interés general de la sociedad —1534/1998, de 10 de marzo [LA LEY 3597/1998]—, o, como ya se dijo por esta misma Sala en ocasión precedente al examinar las coincidencias y diferencias de esta figura con el delito de prevaricación, en uno y otro tipo se trata de mantener dentro del derecho, de la Ley y de la Ética, en cuanto valor social indiscutible, a la función pública —1312/1994, de 24 de junio— (1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001]).

Conducta

El art. 430 se remite a los dos artículos precedentes, en los se habla de «resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero». Sin embargo, lo que el tercero le ofrece por la esperanza de los buenos oficios del acusado, con posibilidad de imponer una decisión administrativa, es una «dádiva, presente o cualquier otra remuneración», que es lo que aquél solicita; pero también cumple con el tipo si acepta el «ofrecimiento o promesa» que el tercero le hace. Observamos que dentro de estos términos no se menciona el aspecto económico, aunque usualmente será esa contraprestación la que actúe, pero la amplitud de la frase «cualquier otra remuneración» permite interpretar los términos del precepto de tal suerte que en el concepto puede comprenderse cualquier recompensa o beneficio del tipo que sea. Por lo demás, no es necesario para la consumación del delito que el acusado realmente tenga posibilidades de influir, o sea simplemente una falacia, como tampoco que aun teniendo tal posibilidad, se haya hecho o no la gestión y ésta haya sido exitosa o anodina. El delito es de simple actividad, y en él, el legislador ha mostrado un rigor inusitado al criminalizar un acto preparatorio, todavía alejado de lo que sería el bien jurídico protegido: la objetividad e imparcialidad de las decisiones administrativas, exigencia primordial para un correcto funcionamiento de las Administraciones públicas. Es indiferente que la conducta delictiva haya repercutido en la resolución administrativa o encontrado favorable acogida por parte del receptor para que el delito se entienda perfeccionado (335/2006, de 24 de marzo [LA LEY 27563/2006]).

Se trata de un delito de mera actividad, que se consuma con la ejecución de la acción típica que describe el precepto, sin necesidad de que se produzca resultado alguno, ni siquiera que la solicitud del oferente sea aceptada por aquel a quien se dirige la oferta y, desde luego, sin que sea preciso que la influencia —que puede ser real o ficticia— sea ejercida efectivamente (1335/2001, de 19 de julio [LA LEY 6624/2001]).

Artículo 431.

En todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso.

CONCORDANCIAS

CP: art. 127.

CAPÍTULO VII**De la malversación****Artículo 432.**

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 252.

LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

LOREG (§ 2.3): art. 150.

Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que en el apartado 3 se ha limitado a sustituir 500.000 pesetas por 4.000 euros, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

Bien jurídico protegido

El delito de malversación de caudales públicos tiene una doble naturaleza: por un lado, es un delito contra la Administración pública, razón por la cual forma parte del Título XIX del Libro II del CP, y por otro, en relación a su contenido y a su propia dinámica de comisión (u omisión), es un delito contra el patrimonio, pues en definitiva, al menos en cuanto a la figura concreta del art. 432,

consiste en una sustracción de patrimonio ajeno, con una estructura similar a las de varias de las figuras delictivas comprendidas en algunos de los capítulos primeros del Título XIII del mismo Libro II que regula «los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico» (hurtos, robos, estafas, apropiaciones indebidas) (400/2007, de 17 de mayo [LA LEY 26749/2007]). El bien jurídico protegido por estos delitos no es sólo el patrimonio público, sino también el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial de los Entes Públicos, junto con la confianza de los ciudadanos en el manejo honesto de los caudales públicos y la propia fidelidad en el servicio de los funcionarios que de ellos disponen (1569/2003, de 24 de noviembre [LA LEY 11778/2004], 927/2003, de 23 de junio [LA LEY 2555/2003], 537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002], y 1840/2001, de 19 de septiembre, entre otras). En el delito de malversación el legislador ha querido proteger, además de la propiedad del Estado, la confianza del público en el manejo honesto de los fondos confiados al Estado y, en especial, a sus servicios públicos (44/2008, de 5 de febrero [LA LEY 17731/2008]).

Elementos del delito

Son presupuestos de este delito:

1.º La cualidad de funcionario público o autoridad del agente, concepto suministrado por el CP, bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública.

2.º Una facultad decisoria jurídica o detentación material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de su facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material.

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

4.º Sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga dichos caudales. Sustracción equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes propios de su destino o desviándolos del mismo.

5.º Ánimo de lucro del sustractor o de la persona a la que se facilita la sustracción (1074/2004, 18 de octubre [LA LEY 2041/2004]).

En la 252/2008, de 22 de mayo, con cita de la 1608/2005, de 12 de diciembre, se dice que el delito de malversación de fondos públicos del art. 432 se integra por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Subjetivamente, el autor debe ser funcionario público en los términos del art. 24 del Código Penal [LA LEY 3996/1995], concepto que ha sido fijado jurisprudencialmente de forma unánime por la unión de dos notas: 1) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquél que «por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas» —art. 24.2.º—, y 2) el factor que colorea la definición de funcionario es, precisamente, la participación en funciones públicas. De ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario público es el titular, o «de carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante

es que dicha persona está al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia —1292/2000, de 10 de julio [LA LEY 9530/2000], 4 de diciembre de 2002 [LA LEY 203327/2002], y 1544/2004, de 23 de diciembre [LA LEY 270960/2004]—.

b) Como segundo elemento, de naturaleza objetiva, los efectos o caudales en todo caso de naturaleza mueble, nunca inmuebles —657/2004, de 19 de mayo [LA LEY 13069/2004], 1984/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 1880/2001], y 21 de julio de 2005 [LA LEY 1865/2005]— han de ser públicos, es decir, deben pertenecer y formar parte de los bienes propios de la Administración Pública, cualquiera que sea el ámbito territorial o funcional de la misma.

c) El tercer elemento se refiere a la especial situación que respecto de tales caudales o efectos públicos debe encontrarse el funcionario. Aquéllos deben estar «a su cargo por razón de sus funciones», reza el propio tipo penal. En general, la doctrina científica estima que no es suficiente que el funcionario tenga los caudales con ocasión o en consideración a la función que desempeña, siendo preciso que la tenencia se derive de la función y competencia específica derivada del cargo. La jurisprudencia de esta Sala ha interpretado el requisito de la facultad decisoria del funcionario sobre los bienes en el sentido de no requerir que las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinan las facultades del funcionario le atribuyan específicamente tal cometido —2193/2002, de 26 de diciembre [LA LEY 216864/2002], y 875/2002, de 16 de mayo [LA LEY 7308/2002]—. Por su parte, la 1840/2001, de 16 de octubre, se refiere a las funciones efectivamente desempeñadas. En el mismo sentido se ha entendido que «tener a su cargo» no sólo significa responsabilizarse de su custodia material sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario que tiene capacidad de ordenar gastos e inversiones —1368/1999, de 5 de octubre [LA LEY 11661/1999]—, en definitiva como viene exigiendo la doctrina, es preciso que la tenencia de los caudales por parte del funcionario se derive de la función y competencia específicas residenciadas en el funcionario, que quebranta la lealtad en él depositadas.

d) Como cuarto y último elemento, la acción punible a realizar que es «sustrayendo o consintiendo que otro sustraiga», lo que equivale a una comisión activa o meramente omisiva —quebrantamiento del deber de impedir— que equivale a una apropiación sin ánimo de reintegro, lo que tñe la acción como esencialmente dolosa —elemento subjetivo del tipo—, y una actuación que ahora el tipo incluye el ánimo de lucro que en el antiguo Código Penal se encontraba implícito, ánimo de lucro pues se identifica, como en los restantes delitos de apropiación con el *animus rem sibi habendi*, que no exige necesariamente enriquecimiento, sino, como esta Sala viene señalando desde antiguo, que es suficiente con que el autor haya querido tener los objetos ajenos bajo su personal dominio —1514/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 992/2004]—, bien entendido que el tipo no exige como elemento del mismo el lucro personal del sustractor, sino su actuación con ánimo de cualquier beneficio, incluso no patrimonial, que existe aunque la intención de lucrarse se refiera al beneficio de un tercero —1404/1999, de 11 de octubre [LA LEY 1678/2000], y 310/2003, de 7 de marzo [LA LEY 11574/2003]—.

Sujeto activo

Es un delito especial porque se exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas. En primer lugar ha de ser una autoridad o funcionario público, lo que nos obliga a acudir a las definiciones que al respecto nos ofrece el art. 24.2 CP. En segundo lugar, ha de tener a su cargo por

razón de sus funciones los caudales o efectos públicos que se sustraen (331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003], 248/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1777/2003], y 1404/1999, de 11 de octubre [LA LEY 1678/2000], entre otras).

Según la denominada tesis amplia, pueden ser autores del delito no solamente aquellas autoridades o funcionarios a los que la ley encomienda específicamente la custodia de dichos caudales, sino también todos aquellos que tengan competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, ya que la exigencia de tener la disponibilidad de los caudales ha sido interpretada por la jurisprudencia de un modo flexible, por imponerlo así la mejor protección del citado bien jurídico (927/2003, de 23 de junio, 1840/2001, de 19 de septiembre, y 1875/2000, de 1 de diciembre [LA LEY 1752/2001], entre otras). Basta que el funcionario tenga la posibilidad de la disposición de caudales públicos, sea en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa del ente público, sea a causa de una situación de hecho derivada del uso o de la práctica administrativa dentro de aquella estructura (163/2004, de 16 de marzo [LA LEY 1265/2004]; 2193/2002, de 26 de diciembre [LA LEY 216864/2002], con cita de la 1237/1993, de 27 de mayo [LA LEY 33856-JF/0000]).

Conducta

La acción consiste en sustraer o en el consentimiento de que otro sustraiga (331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003], 248/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1777/2003], y 94/2002, de 2 de febrero [LA LEY 3011/2002], entre otras). El término «sustraer» ha sido criticado por la doctrina, que considera más adecuado el de «apropiación sin propósito de ulterior reintegro» (257/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1775/2003]); y debe ser interpretado en el sentido de separar, extraer, quitar o despojar los caudales o efectos públicos, apartándolos de su destino para hacerlos propios (749/2008, de 24 de noviembre [LA LEY 184758/2008], 32/2004, de 22 de enero [LA LEY 974/2004], 257/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1775/2003], 1910/2002, de 18 de noviembre [LA LEY 192149/2002] y 537/2002, de 5 de abril [LA LEY 3520/2002], entre otras). Incluso afirmando que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, de disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos, se ha dicho que, por esta razón, el delito de malversación puede ser cometido no sólo en la forma de apropiación, sino también en la forma de daño de los bienes (94/2002, de 2 de febrero [LA LEY 3011/2002]). En definitiva, comete delito de malversación de caudales públicos quien teniendo la responsabilidad de la gestión de fondos públicos que le han sido entregados por razón de sus funciones no ofrece ante dicha entidad pública la correspondiente justificación de su destino, con todas las formalidades legales que tales caudales exigen (32/2004, de 22 de enero [LA LEY 974/2004]). La conducta típica no exige una posesión física de los caudales públicos, sino que lo fundamental es la posibilidad de disponer de dichos fondos, apartándolos de su fin propio (749/2008, de 24 de noviembre).

El objeto del delito han de ser caudales o efectos públicos (310/2003, de 7 de marzo [LA LEY 11574/2003], 331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003], y 248/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1777/2003], entre otras). El concepto legal de caudales y efectos públicos viene equiparándose por la doctrina jurisprudencial a todo valor con relevancia económica asignados a las Administraciones Públicas para el cumplimiento de sus fines. Baste recordar aquí la Sentencia 168/1997, de 13 de febrero [LA LEY 2535/1997], que integra en el concepto legal de efectos públicos a todo bien que no siendo dinero en metálico, sea susceptible de evaluación económica dada su naturaleza pública desde el momento en que forman parte de los bienes de la Administra-

ción (85/2001, de 24 de enero [LA LEY 3273/2001]). Con relación al momento en que los bienes tienen la consideración de públicos la 163/2004, de 16 de marzo [LA LEY 1265/2004], establece que si bien es posible que en determinados momentos previos al ingreso en efectivo de los bienes en las arcas públicas, pudiera decirse que no tienen este carácter a los efectos administrativos, no es menos cierto que el Derecho penal puede guiarse, como así lo hace efectivamente, por conceptos de carácter distinto a los estrictamente administrativos, de modo que la acepción de caudales o efectos públicos alcanza a los que lo fueran por adscripción o destino.

Elementos subjetivos

Es preciso el ánimo de lucro exigido expresamente por el tipo (248/2003, de 28 de febrero [LA LEY 1777/2003]), entendido como beneficio de cualquier clase que recibe el autor del delito o un tercero (331/2003, de 5 de marzo [LA LEY 1425/2003], con citas de las 1404/1999, de 11 de octubre [LA LEY 1678/2000] y 1607/1998, de 17 de diciembre [LA LEY 1387/1999]).

El delito de malversación en su modalidad de sustraer requiere *animus rem sibi habendi*. Sin embargo, el dolo de la alternativa típica omisiva —consentir que otro sustraiga— no exige dicho ánimo (94/2002, de 2 de febrero [LA LEY 3011/2002]).

Autoría y participación

Es doctrina reiterada que cuando un particular, *extraneus*, participa en el delito especial propio cometido por un funcionario, intranets, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, pero moderando la penalidad en aplicación de una atenuante por analogía derivada de la ausencia de la condición especial de funcionario (1078/2002, de 11 de junio [LA LEY 5800/2002], con cita, entre otras, de las 2052/2001, de 7 de noviembre [LA LEY 8686/2001], y 776/2001, de 8 de mayo [LA LEY 5283/2001]).

Ver también la jurisprudencia correspondiente a los arts. 27 y ss.

Concursos

Prevaricación y malversación

Ambos delitos tienen su propio y autónomo contenido y su específica y diferenciada estructura típica. Normalmente se regirán por el concurso de delitos y no de normas porque son perfectamente separables y compatibles (857/2003, de 13 de junio [LA LEY 104940/2003]).

Fraude de subvenciones y malversación

No existe concurso de leyes sino concurso de delitos (990/2003, de 2 julio [LA LEY 10064/2004], y 310/2003 [LA LEY 11574/2003]).

Falsedad y malversación

Se ha apreciado concurso medial entre un delito continuado de falsedad en documento mercantil y un delito continuado de malversación de caudales públicos (990/2003, de 2 julio [LA LEY 10064/2004], 310/2003, de 7 de marzo [LA LEY 11574/2003], y 68/2003, de 27 de enero [LA LEY 12333/2003], entre otras).

Fraude y malversación

La sanción de la malversación es compatible con la del delito de fraude del art. 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial (257/2003, de 18 febrero [LA LEY 1775/2003], y 1537/2002, de 27 de septiembre [LA LEY 424/2003], entre otras).

Tipo agravado

La expresión del número 2 del art. 432 del Código Penal exige que la malversación revista especial gravedad para lo que se atenderá al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido en el servicio público. La unión de uno y otro criterio mediante la conjunción copulativa «y», sin embargo, no se viene interpretando como necesidad para la apreciación de la especial gravedad de que ambas circunstancias se den conjuntamente, y derivadas cada una de ellas de particulares explicaciones y no derivándolas la existencia de una de la de la otra, como se ha tenido cuidado de apuntar doctrinalmente, sino que esa especial gravedad podrá apreciarse por la concurrencia alternativa de un elevado valor de la cantidad sustraída o de la causación de daño o entorpecimiento del servicio público (2038/2000, de 3 de enero de 2001 [LA LEY 9395/2001]). Por ello en principio, el encaje de los hechos en este caso enjuiciados en el párrafo 2.º del 432 es viable aunque no se haya probado daño o entorpecimiento del servicio público. El problema se presenta en cómo evaluar si la cantidad malversada es de tal entidad que permita calificar el delito cometido de especial gravedad. Resoluciones de esta Sala (Sentencias 2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998] y 1607/1998, de 17 de diciembre [LA LEY 1387/1999]) han distinguido entre casos en los que evidentemente la pequeñez de la cuantía de lo malversado se opone a que se considere el delito de especial gravedad, otros en los que esa cuantía es tan elevada, poniendo como ejemplo la que exceda de cien millones de pesetas, en que parece lógico que siempre se encuadre en la figura agravada y una tercera alternativa en la que la cantidad malversada es elevada (de 30, 40 o 50 millones de pesetas se dice), pero no alcanza la superior cuantía a que se refiere la segunda posibilidad, y en cuyo caso se afirma que se deberá atender a la concurrencia, además, de daño o entorpecimiento del servicio público, como criterio determinante para apreciar la gravedad. Parece adecuado tener en cuenta no sólo la entidad objetiva de lo malversado, sino también relacionar esa cantidad con el montante total de la suma de los caudales o efectos públicos que, por razón de su función, son manejados por el agente del hecho, porque así se puede alcanzar mayor precisión en cada caso concreto en la valoración de la cantidad objeto de malversación y, además, como dice la Sentencia de esta Sala 616/2002, de 13 de abril [LA LEY 6613/2002], sobre tal comparación es razonable que, si la proporción de lo malversado es relevante, se pueda decir con seguridad que se ha producido a la vez daño a la prestación de los servicios afectados (1764/2002, de 28 de octubre [LA LEY 10691/2003]). En sentido análogo, la 1074/2004 de 18 de octubre [LA LEY 2041/2004], y la 381/2007, de 17 de mayo [LA LEY 17332/2007]).

La notoria gravedad, que pudiera interpretarse en relación a la cantidad total malversada por el acusado, no puede servir a la vez para calificar los hechos como malversación agravada —apartado 2 del art. 432— y como el delito continuado agravado previsto en el referido inciso segundo del epígrafe 2 del art. 74 CP, pues ello vulneraría el principio *non bis in idem* (1615/2002, de 1 de octubre [LA LEY 161618/2002]).

Tipo atenuado

Ante la falta de peritación que valore los bienes se ha considerado, haciendo aplicación de la tesis favorable al reo, que la malversación no supera las 500.000 pesetas, aunque sí las 30.000 (1537/2002, de 27 de septiembre [LA LEY 424/2003]). Sin embargo, en otro caso, en el que no se pudo probar la cifra alcanzada por la malversación, se consideró que superaba las 500.000 pesetas, argumentando que el reo estaba en disposición de haber probado la cuantía de lo sustraído (1559/2002, de 23 de septiembre [LA LEY 429/2003]).

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 432.

La doctrina jurisprudencial ha establecido que la diferencia entre los arts. 432 y 433 CP, procediendo la incardinación en el art. 432 cuando el Tribunal sentenciador aprecie la concurrencia del *animus rem sibi habendi*, es decir, cuando el agente haya obrado con el propósito de apropiación con carácter definitivo de los caudales o efectos públicos, y procederá el encuadramiento en el art. 433 cuando tan sólo sea de apreciar el *animus utendi*, o sea, cuando hubiese dispuesto de ellos de manera transitoria, destinándolos a usos distintos de los legalmente previstos, con ánimo de reintegrarlos. Esta diferencia sustancial entre ambos tipos penales no puede ser alterada por elementos adjetivos ex post facto, de modo que la restitución ulterior de lo sustraído con intención definitiva, no hace desaparecer el delito del art. 432, de igual suerte que el reintegro tardío de lo simplemente distraído con finalidad de uso no altera la naturaleza de la malversación del art. 396 433, aunque en este caso el legislador haya establecido una cláusula remisoria de la penalidad al tipo delictivo del art. 432 (1544/2004, de 23 de diciembre [LA LEY 1904515/2004], y 990/2003, de 2 de julio [LA LEY 10064/2004], ambas con cita de la 1292/2000, de 10 de julio [LA LEY 9530/2000]). En el mismo sentido, la Sentencia 2153/2001, de 15 de noviembre [LA LEY 205432/2001], y el ATS de 18 de junio de 1997.

No cabe incardinar en el art. 433 el hecho de dar a los caudales o efectos públicos un destino público distinto al que tuvieran asignado. Esta conducta ha sido despenalizada en el CP 1995 (917/2003, de 23 de junio [LA LEY 13283/2003], y 199/1998, de 15 de febrero [LA LEY 3490/1998], entre otras).

La expresión «puestos a su cargo» del art. 433 —como la de que «tengan a su cargo» del art. 432— abarca no sólo los supuestos en los que al funcionario le está atribuida la tenencia directa

y material de los caudales públicos, sino aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos (857/2003, de 13 de junio [LA LEY 104940/2003], con cita de la 1875/2000, de 1 de diciembre [LA LEY 1752/2001], que, a su vez, cita la 779/1998, de 5 de junio [LA LEY 7866/1998]).

Para la aplicación del art. 433, el reintegro de los caudales malversados ha de ser total y completo, pues, en otro caso, se ha de aplicar el art. 432 (990/2003, de 2 de julio [LA LEY 10064/2004], con cita de la 2164/1993, de 4 de octubre [LA LEY 1664/1994]). La devolución dentro del plazo de diez días del equivalente del valor de los efectos sustraídos no hace posible la aplicación del art. 433, toda vez que lo que pone de manifiesto precisamente es que el acusado había hecho suyos los efectos (2153/2001, de 15 de noviembre [LA LEY 205432/2001]).

Artículo 434.

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 252.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones Públicas.

Elementos subjetivos

El *animus utendi* es propio de los delitos previstos en los arts. 433 y 434 del CP. En concreto este último constituye una novedad en el vigente CP y responde a la necesidad de poner coto al aprovechamiento privado de los bienes que integran la infraestructura de la Administración Pública, pero excluyendo de dicho aprovechamiento la intención apropiatoria definitiva (1308/2003, de 7 de enero de 2004 [LA LEY 804/2004]).

Artículo 435.

Las disposiciones de este capítulo son extensivas:

1.º A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.

2.º A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.

3.º A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.

CONCORDANCIAS

CC: arts. 1785 y ss.

LECrim.: arts. 600 y ss.

LEC: arts. 625 y ss. y 631 y ss.

Bien jurídico protegido

La Jurisprudencia de esta Sala ha caracterizado el delito del vigente art. 435 CP como una infracción no contra la propiedad o el patrimonio de tercero sino contra el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, partiendo de la doble ficción de asimilar a la condición de funcionario público al particular designado como depositario y de atribuir el carácter de caudales públicos a bienes que no lo tienen —entre otras, 302/1993, de 9 de febrero, y 220/1999, de 12 de febrero—, y precisamente por ello se ha entendido que debe aplicarse el precepto casuísticamente con una interpretación muy restrictiva —S 5 de junio de 1990 (1504/2003, de 17 de noviembre)—. En sentido análogo, la 187/2004, de 12 de febrero [LA LEY 11897/2004].

Elementos del delito

Los elementos básicos de la figura de malversación impropia pueden sintetizarse en los siguientes: a) que exista un procedimiento judicial o administrativo; b) que en el mismo se haya acordado por autoridad competente el embargo, secuestro o depósito de bienes de una persona física o jurídica; c) que se constituya depósito de bienes en legal forma, entregándose su posesión al depositario, que asume por esta vía el ejercicio de funciones públicas; d) que el depositario haya aceptado en forma su cometido tras ser debidamente informado tanto de los deberes que su compromiso conlleva, como de las responsabilidades en que puede incurrir; e) que el depositario realice un acto de disposición de los arts. 432-434 CP —SS de 9 de febrero de 1996 [LA LEY 3555/1996], 20 de febrero de 1996 [LA LEY 3481/1996], 22 de abril de 1997 [LA LEY 5004/1997], 24 de septiembre de 1998, 18 de noviembre de 1998 [LA LEY 1077/1999], 10 de diciembre de 1998, 12 de febrero de 1999 [LA LEY 3651/1999] o 9 de marzo de 1999 [LA LEY 2868/1999], entre otras muchas—. Pues bien, como ha declarado la doctrina de esta Sala —S de 18 de noviembre de 1998 [LA LEY 1077/1999]—, el delito de malversación impropia tipificado en el art. 435 CP, se trata de un tipo delictivo construido sobre dos ficciones: la de que el administrador o depositario de los bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública se convierte por su nombramiento para dicho cargo en funcionario público, y la de que dichos bienes se convierten en caudales públicos aunque pertenezcan a particulares. Precisamente porque ésta es la base del injusto típico, la interpretación que debe hacerse de los actos de la autoridad que perfeccionan la ficción debe ser muy rigurosa. La jurisprudencia ha insistido de forma reiterada en que la formal y expresa aceptación del cargo por la persona designada debe estar precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que, en caso contrario, el eventual incumplimiento de los deberes del depositario no podrá integrar por sí solo el tipo en cuestión, la existencia de cuyo elemento subjetivo no puede ser supuesta o presumida. No puede ser equiparado, en efecto, un particular a un funcionario público, precisamente al efecto de exigirle la misma responsabilidad penal que al segundo, sin instruirle del cambio cualitativo que supone en su status personal el nombramiento de administrador o depositario que ha recaído sobre él y de la mutación jurídica que han experimentado los bienes secuestrados, embargados o depositados al convertirse ficticiamente en caudales públicos. En esa misma línea, la 654/1999, de 27 de abril [LA LEY 4360/1999], declara que sobre esta doble ficción se han establecido unos requisitos del tipo penal, destacando, entre

ellos, la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente, a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes (1027/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 280779/2007], con cita de la 95/2007, de 15 de febrero [LA LEY 6629/2007], 187/2004, de 12 de febrero [LA LEY 11897/2004], y 1564/2004, de 4 de enero de 2005 [LA LEY 794/2005]).

Conducta típica

Está integrada por actos de disposición de los bienes o por permitir que un tercero disponga de los mismos, sin que se integre el tipo por las meras maniobras para dilatar la entrega de los bienes (201/2005, de 14 de febrero [LA LEY 1952609/2005]).

La desaparición de los bienes dados en depósito, sin dar cuenta razonada y razonable de su paradero, equivale a apropiación de los mismos por parte del obligado a su devolución, único responsable del cuidado de los mismos para tenerlos siempre a disposición del Juzgado que ordenó el embargo y subsiguiente depósito. Es decir, con independencia del deber de fidelidad y guarda que conlleva todo tipo de depósito judicial, su quebrantamiento supone siempre una apropiación indebida, delito éste que se transforma en malversación cuando los bienes depositados tienen un carácter público (160/2005, de 18 de febrero [LA LEY 1939174/2005]).

Elemento subjetivo

La malversación impropia no puede cometerse por simple negligencia, exigiéndose una intencionalidad concreta o dolo (160/2005, de 18 de febrero [LA LEY 1939174/2005]).

En el delito de malversación el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos (201/2005, de 14 de febrero [LA LEY 1952609/2005]). Sin embargo, esta última Sentencia cita, sin tacha alguna, la 1245/1998, de 19 de octubre [LA LEY 10824/1998], en la que se destaca, especialmente, la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo del tipo, del propósito de sustracción con ánimo de lucro personal por parte del agente, o con la voluntad de que un tercero efectuara el apoderamiento con la misma finalidad lucrativa.

Encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas

Se han considerado en este caso:

— Los titulares de administraciones de loterías (1433/2003, de 28 de octubre [LA LEY 322/2004], y Sentencia de 6 de junio de 1989 [LA LEY 1780-2/1989]). Aunque también han sido considerados funcionarios públicos, aplicándose directamente el precepto correspondiente a la malversación cometida (800/1997, de 3 de junio [LA LEY 90797-JF/0000], 676/1997, de 13 de mayo [LA LEY 8001/1997], y 2631/1992, de 4 de diciembre [LA LEY 12978/1992]).

— Los delegados de entidades colaboradoras de la Seguridad Social (1478/2002, de 19 septiembre [LA LEY 7858/2002]).

— La titular del establecimiento receptor de la Lotería Primitiva y de Apuestas Deportivas y su marido (601/1998, de 30 de abril [LA LEY 6687/1998]).

— El titular de cámaras frigoríficas arrendadas a la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (12 de noviembre de 1983 [LA LEY 8275-JF/0000]).

— La auxiliar de caja en las Oficinas de la Recaudación Municipal, cuyo concesionario era un particular (Sentencia de 16 de julio de 1982 [LA LEY 26478-NS/0000]).

No se han considerado en este caso:

— Los presidentes de Federaciones Deportivas (279/1999, de 26 de febrero [LA LEY 4086/1999]).

— El contratista de obras, aunque el dueño de la obra sea una entidad pública y aquél sea depositario de material propiedad de esta última (1089/1996, de 30 de diciembre [LA LEY 1434/1997]).

Depositarios

Los elementos que configuran el tipo son: a) un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares; b) una persona designada depositaria de los bienes por la autoridad judicial, que adquiere por ello *ex lege*, el ejercicio de función pública, para cumplir su misión; c) la aceptación del cargo por el depositario, con obligación de conservarlos a disposición del Juez, luego que los recibe para su custodia o depósito; d) un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir la disposición, bien en la sustracción o consentimiento para ello y cuantas formas más específicas puedan imaginarse para sustraer aquéllos del destino que, por razón de la traba, están reservados en el procedimiento donde se acordó el embargo, secuestro o depósito. Añade esta Sentencia que debe resaltarse que se precisa la formal y expresa aceptación por parte de la persona designada, tras ser debidamente informada de su nombramiento y advertida de las obligaciones que contrae (1564/2005, de 4 de enero; 161/2003, de 6 de febrero [LA LEY 2083/2003]). En esa misma línea, la 654/1999, de 27 de abril [LA LEY 4360/1999], declara que sobre esta doble ficción se han establecido unos requisitos del tipo penal, destacando, entre ellos, la necesidad de que la aceptación de la condición de depositario sea precedida de una instrucción suficiente sobre las obligaciones y responsabilidades que contrae, puesto que un eventual incumplimiento de los deberes del depositario acarrea una responsabilidad penal, precisamente, a quien ni es funcionario público ni su conducta se realiza sobre caudales públicos, de no operar las ficciones expuestas con anterioridad. Se hace necesario, consecuentemente, una información precisa de las obligaciones que suponen un cambio cualitativo en el depositario y sobre los bienes (1081/1998, de 24 de septiembre [LA LEY 10812/1998], 1465/1998, de 18 de noviembre [LA LEY 1077/1999], y 1570/1998, de 10 de diciembre). Con igual criterio se pronuncia la 341/1999, de 9 de marzo [LA LEY 2868/1999], en la que se expresa que como elemento complementario del tipo penal, la jurisprudencia ha venido exigiendo, con reiteración, que la persona nombrada depositaria conozca perfecta y detalladamente las obligaciones del cargo para el que ha sido nombrada. Se precisa la formal y expresa aceptación de la persona designada una vez que ha sido minuciosamente informada de las obligaciones que contrae y de las responsabilidades en que puede incurrir. Se ha dicho reiteradamente por nuestra jurisprudencia, que la mera formalidad de un nombramiento no puede arrastrar tan graves consecuencias como

las que pueden derivarse de la aplicación de las previsiones del tipo penal aplicable. Por ello las informaciones puramente rutinarias, genéricas e imprecisas no pueden llevar ligadas, como efecto añadido, la exigencia de responsabilidad penal. El requisito de la información previa se transforma, en el caso de que no exista en la debida forma, en un elemento negativo del tipo que produce en el sujeto un error invencible de prohibición que excluye la responsabilidad criminal. En sentido análogo, la 2070/2002, de 5 de diciembre [LA LEY 205178/2002], 667/2002, de 15 de abril [LA LEY 5912/2002], y 817/2001, de 11 de mayo [LA LEY 95857/2001], entre otras. Por su parte, la 1564/2005, de 4 de enero [LA LEY 794/2005], señala que la información de responsabilidades, debe ser estudiada en combinación con la doctrina del error de prohibición. Constituye doctrina reiterada de esta Sala que para sancionar un acto delictivo el conocimiento de la ilicitud del hecho no tiene que ser preciso, en el sentido de conocer concretamente la gravedad con la que el comportamiento realizado es sancionado por la Ley (STS 1399/2003, de 28 de octubre [LA LEY 10652/2004]), dictada a propósito de un caso de malversación impropia). Claramente, la diligencia indica que fue informado (y quedó «enterado») de tales responsabilidades, por lo demás de todos conocidas, y máxime de quien se encuentra ejerciendo el comercio o la industria, pues parece evidente que los bienes embargados a resultas de un procedimiento judicial para el pago de una deuda no pueden enajenarse sin hacer constar la traba, por estar afectos a dicho destino. Repetimos que esto es algo que conoce cualquiera, y máxime cuando, como declara nuestra jurisprudencia, debe constar en la diligencia una información acerca de las consecuencias negativas de su incumplimiento, pero sin que sea necesario que en la misma se tenga que hacer reseña de los concretos preceptos del Código Penal en donde se sanciona tal conducta, que habrá sido objeto de lectura por parte del destinatario de la misma y depositario de los bienes, y en el caso, firmó el enterado.

Malversación impropia y alzamiento de bienes

La compatibilidad entre el delito de malversación impropia y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia de esta Sala Casacional. En efecto, entre el delito de malversación y el de alzamiento de bienes existe sólo un *Concurso de normas* o concurso aparente regido por el principio de consunción. De tal manera que el contenido de la ilicitud del delito de alzamiento de bienes está ya contemplado en el del art. 399 Código Penal de 1973 (hoy, 435). Precisamente este delito ha sido establecido en el Código Penal con la misma finalidad que el de alzamiento de bienes, toda vez que no sólo protege a la administración de justicia, sino también a los acreedores en favor de cuyo crédito se ha trabado el embargo. La desaparición de los bienes embargados, en consecuencia, no puede ser sancionada juntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el principio *non bis in idem* (435/1997, de 24 de junio). En esta línea, procede señalar que el art. 432.1 del Código Penal, que es el tipo referencial de la malversación impropia, a los efectos enjuiciados, contiene en su nomenclatura legal no solamente la expresión «sustraer», sino también la mención «o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga», que es precisamente la conducta delictiva que ha sucedido, con la venta operada por los aludidos acusados, terceros al ahora recurrente, consistente en hacer desaparecer, con su consentimiento, el bien del activo patrimonial del deudor, a los efectos de perjudicar a los acreedores (1564/2005, de 4 de enero [LA LEY 794/2005]).

Ahora bien, si es de aplicación el subtipo atenuado del art. 432.2 se debe efectuar un nuevo análisis comparativo de los dos preceptos concurrentes: El art. 432.2, malversación castigado con penas de multa superior a dos hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo publico por tiempo de hasta tres años. El art. 257.1.2, insolvencia punible,

castigado con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. Realizada así la comparación el precepto que establece mayor punición, conforme el art. 8.4 CP es este último precepto, art. 257.1.2, en cuyo marco punitivo deberíamos movernos en la concreta individualización que se efectuará en la segunda Sentencia (1027/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 280779/2007]).

CAPÍTULO VIII

De los fraudes y exacciones ilegales

Artículo 436.

La autoridad o funcionario público que, interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de los actos de las modalidades de contratación pública o en liquidaciones de efectos o haberes públicos, se concertara con los interesados o usase de cualquier otro artificio para defraudar a cualquier ente público, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 439.

RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Bien jurídico protegido

Ante todo, se protege el correcto funcionamiento de la Administración, incluida la preservación de una imagen que merezca el respeto de los ciudadanos (5 de abril de 1990 [LA LEY 2007-JF/0000]), que deben ser consecuencia de los deberes de lealtad y probidad que los funcionarios en la gestión de la cosa pública (16 de mayo de 1990 [LA LEY 13123-R/1990], y 1470/1992, de 18 de junio [LA LEY 2426/1992]). Pero es también objeto de protección el peligro respecto de los intereses patrimoniales de la Administración (5 de abril de 1990 [LA LEY 2007-JF/0000], y 1470/1992, de 18 de junio [LA LEY 2426/1992]).

Sujeto activo

Nos hallamos ante un delito especial cuyo sujeto activo ha de ser necesariamente un funcionario público que interviene en el hecho en el ejercicio de sus funciones (190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995]).

Conducta

La acción típica del precepto cuestionado, es el concierto, el ponerse de acuerdo el funcionario con los interesados o especuladores, por lo que es preciso que efectivamente se haya producido el concierto, momento en el que tendría lugar la consumación delictiva. Además del concierto, es acción típica, el uso de cualquier artificio, es decir, de alguna maquinación. El tipo va a ser de aplicación sólo cuando el concierto o artificio aparezca en alguno de los supuestos enumerados en el art. 400 (hoy art. 436, que contempla como supuestos cualquiera de los actos de las mo-

dalidades de contratación pública o las liquidaciones de efectos o haberes públicos). Por último, es una figura de simple actividad, en que la consumación se adelanta al momento del pacto o acuerdo, quedando la defraudación o perjuicio fuera del tipo (168/1994, de 2 de febrero [LA LEY 2724/1994], y 996/1994, de 14 de mayo [LA LEY 13954/1994]).

Elementos subjetivos

En ambos casos, concierto o artificio, junto al dolo existe una intención final, cual es la de defraudar al Estado, Provincia o Municipio —hoy cualquier ente público—, considerada como elemento subjetivo del injusto (168/1994, de 2 de febrero [LA LEY 2724/1994], y 996/1994, de 14 de mayo [LA LEY 13954/1994]). El tipo no requiere ánimo de lucro (1470/1992, de 18 de junio [LA LEY 2426/1992], y 190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995]).

Defraudar equivale a perjudicar económicamente al patrimonio de la entidad a la que el funcionario presta sus servicios (190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995]).

Formas de aparición

Al tratarse de un delito de mera actividad (5 de abril de 1990 [LA LEY 2007-JF/0000], 1470/1992, de 18 de junio [LA LEY 2426/1992], y 190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995]), resultan difícilmente imaginables las formas imperfectas (5 de abril de 1990 [LA LEY 2007-JF/0000]).

Autoría y participación

Esta figura tiene una construcción muy singular en cuanto a las personas que intervienen en el hecho. Al menos han de existir dos, el funcionario como sujeto activo que infringe los deberes de lealtad que le vinculan a la entidad pública a la que sirve y el interesado o especulador con el que se concierta para defraudar a tal entidad pública. En el precepto se dice la pena que ha de imponerse al funcionario, pero nada respecto a cómo debe sancionarse al particular que se concierta. Ambos son codelincuentes en el mismo comportamiento criminal, pero en el precepto sólo se castiga al funcionario y no al que con él se concierta. Hemos de acudir a las normas generales de participación que extienden la responsabilidad criminal más allá de las personas que incurren en las distintas conductas típicas definidas en la parte especial. Recientemente ha adquirido firmeza en la doctrina de esta Sala la posibilidad de condenar como partícipes en un delito especial a quienes no reúnen la condición exigida en el tipo para ser sujeto activo del delito. Existiendo el hecho típico y antijurídico (accesoriedad limitada) si alguien toma parte con un comportamiento de inducción o complicidad (necesaria o no necesaria) habrá de responder conforme a las mencionadas normas de extensión de la pena de los arts. 14.2.º y 3.º, 16 y 53 CP, si se trata de un delito especial propio, como es el caso (190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995]). En sentido análogo, la Sentencia 168/1994, de 2 de febrero [LA LEY 2724/1994], si bien contemplando la posibilidad de aplicar al partícipe no funcionario una atenuante analógica.

Concursos

La sanción de la malversación es compatible con la del delito de fraude del art. 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfec-

ción del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial (1537/2002, de 27 de septiembre [LA LEY 424/2003], citando la 190/1995, de 16 de febrero [LA LEY 14353/1995], y 257/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1775/2003]).

Artículo 437.

La autoridad o funcionario público que exigiere, directa o indirectamente, derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, será castigado, sin perjuicio de los reintegros a que viniere obligado, con las penas de multa de seis a veinticuatro meses y de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 24, 31 y 133.

Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico prioritariamente tutelado no es otro que la correcta prestación del servicio público y la defensa del particular, en el uso y disfrute del mismo, frente al venal comportamiento del funcionario que pretende convertir su cargo en corrompida fuente de enriquecimiento personal, ora exigiendo mayores retribuciones de las que puede legítimamente percibir, ora reclamando emolumentos sin estar autorizado para ello (12 de diciembre de 1986 [LA LEY 11672-JF/0000]).

Sujeto activo

La Sentencia 1223/1997, de 13 de octubre [LA LEY 10278/1997], exige sólo, sin otras precisiones, la condición de funcionario del sujeto agente. Por tal motivo y al referirse ahora el tipo a tarifas por aranceles o minutas que no sean debidos o en cuantía mayor a la legalmente señalada, hay que entender superada la doctrina jurisprudencial de las Sentencias de 14 de abril de 1986 [LA LEY 72574-NS/0000], 27 de junio de 1989 [LA LEY 2112-JF/0000] y 3 de julio de 1991 [LA LEY 10826/1991] en el sentido de que el sujeto activo del delito de exacción ilegal no es cualquier funcionario, sino tan sólo aquel que percibe todo o parte de sus emolumentos en forma de derechos, fijados en aranceles, o de otro modo legalmente establecido, como puede ser su participación en la recaudación de tributos, tasas parafiscales, etc.

Conducta

La acción se condensa en el verbo exigir (derechos, tarifas por aranceles o minutas que no sean debidas o en cuantía mayor a la legalmente señalada). Lo que puede hacerse directa o indirectamente, esto es, por sí o a través de otra persona. La consumación se logra con la exigencia de los derechos indebidos aunque no lleguen a cobrarse (550/2004, de 20 de mayo [LA LEY 13871/2004]; 14 de abril de 1986 [LA LEY 72574-NS/0000] y 27 de junio de 1989 [LA LEY 2112-JF/0000]). Sin embargo, la Sentencia de 12 de febrero de 1986 [LA LEY 70128-NS/0000] considera que la consumación se produce con la percepción.

Autoría y participación

Cuando la exigencia tiene lugar a través de otra persona que no tiene la condición de funcionario, se siguen las reglas de la participación de *extraneus* en los *delicta propria* (27 de junio de 1989 [LA LEY 2112-JF/0000]).

Concursos

Dada la estrecha relación que el delito de exacciones ilegales tiene con los cohechos y estafa, ya que de estos últimos, el primero de ellos se comete cuando se exige el pago al particular dándole a conocer la ilegalidad del mismo y, el segundo, cuando a la persona a quien el pago le es exigido se le hace creer, con engaño, que es legítimo o debido, un extendido sector doctrinal entiende que los Tribunales deben encajar los hechos delictivos en alguna de las dos referidas modalidades delictivas siempre que las circunstancias lo permitan en vez de en la figura que contempla el art. 402 del Código Penal, ya que la aplicación de este precepto implica, indudablemente, un trato de privilegio para el funcionario (12 de diciembre de 1986 [LA LEY 11672-JF/0000]). En sentido análogo, pero sólo para el caso de emolumentos no debidos en absoluto, las Sentencias de 12 de diciembre de 1986 [LA LEY 11672-JF/0000] y 27 de junio de 1989 [LA LEY 2112-JF/0000].

Artículo 438.

La autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere algún delito de estafa o apropiación indebida, incurrirá en las penas respectivamente señaladas a éstos, en su mitad superior, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 248 y ss. y 252 y ss.

Sujeto activo

Es un delito especial propio, que absorbe al delito común de estafa, cuando es cometido por una persona que ostenta la condición de autoridad y de funcionario público (866/2003, de 16 de junio [LA LEY 2657/2003]).

Conducta

El tipo delictivo objeto de aplicación (art. 403 CP 1973, hoy 438 CP 1995), no requiere que el acusado actúe en el ámbito estricto de sus funciones. Basta que sea funcionario público, que su actuación comprometa los intereses públicos y que se aproveche de su condición, de modo que su cargo le facilite la comisión de las infracciones patrimoniales enjuiciadas: es decir, se trata solamente de aprovechar su condición funcional para obtener un lucro empleando mecanismos semejantes a los que se describen en la estafa y en la apropiación indebida (78/1999, de 29 de enero [LA LEY 1910/1999], con cita de la de 3 de mayo de 1990 [LA LEY 2007-2/1990]).

La ausencia de ingreso en las arcas municipales del tributo, con el correspondiente perjuicio para la Administración municipal, constituye, en efecto, el delito de fraude cometido por autoridad o funcionario público, con abuso de su cargo, en este caso en beneficio de tercero, el contribuyente que no lo pagó, pero que es plenamente acorde con la referida narración fáctica, en la que se incluye la causación de engaño bastante, por medio de la apariencia generada con el documento falseado que acreditaba el abono no realizado (1440/2003, de 31 de octubre [LA LEY 11776/2004]).

El precepto se refiere sólo a los delitos de estafa y apropiación indebida y no a las faltas (27 de junio de 1989 [LA LEY 2112-JF/0000]).

En todo caso, deben concurrir los elementos que vertebran la estafa (o, en su caso, la apropiación indebida), es decir, un engaño idóneo para producir un error en otro sujeto pasivo que engendra un acto de disposición patrimonial del que se deriva un perjuicio bien para el sujeto pasivo u otra persona (161/2002, de 4 de febrero [LA LEY 4083/2002]).

Concursos

Los hechos descritos, constituyen el delito de fraudes y exacciones ilegales descrito en el art. 403, en relación con el art. 528 del CP 1973, equivalente al actual art. 438. En definitiva, se trata de una estafa agravada por la específica condición de ser el sujeto activo funcionario resolviéndose el concurso aparente de normas entre el 403 en relación con el art. 528 agravado por la circunstancia agravante genérica décima del art. 10, con aplicación exclusivamente del art. 403 que ya contiene una agravación penal y que constituye la norma específica —Ley especial—, que desplaza a la genérica —en relación al CP vigente—, el esquema es idéntico entre el art. 438 y la estafa del art. 248 con la agravante ordinaria séptima del art. 22, si bien con una previsión penológica más grave que la prevista en el anterior CP (161/2002, de 4 de febrero [LA LEY 4083/2002]).

CAPÍTULO IX

De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función

Artículo 439.

La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 436.

RDLeg. 2/2000, de 16 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Bien jurídico protegido

La imparcialidad en la actuación de la Administración Pública es uno de los valores que vertebran el estado de derecho de una sociedad democrática, pues en base a ello se consolida la credibilidad entre los ciudadanos, y consecuencia de ello es la prohibición de obtener ventaja particular por parte del funcionario en asunto en el que deba de intervenir oficialmente. A esta idea responde el tipo penal del art. 439 (920/2001, de 16 de mayo [LA LEY 4308/2001]). Se trata de un tipo penal que protege la transparencia en el ejercicio de la función pública en el doble aspecto de correcto funcionamiento de la Administración y mantenimiento del prestigio y neutralidad de los funcionarios entre los administradores (1826/1999 [LA LEY 5138/2000], con cita de las 968/1997, de 4 de julio [LA LEY 9125/1997], y 786/1996, de 21 de octubre [LA LEY 10849/1996]).

Sujeto activo

Es un delito especial, pues sujeto activo del delito será la autoridad o el funcionario público, pero no cualquiera, sino aquel «que deba informar». Al describir al sujeto activo del delito el art. 439 lo determina con la expresión «La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad», expresión que limita la autoría del delito a los funcionarios que emiten informes en relación con la contratación realizada por el organismo en el que trabajan, quedando fuera otros funcionarios relacionados con la contratación (1887/2002, de 13 de noviembre [LA LEY 167/2003]). En sentido análogo, la 127/2001, de 5 de febrero [LA LEY 3646/2001].

Puede resultar extraño que se sancionen por este delito a quienes han de informar y no a quienes han de resolver. Sin embargo, conforme a la dicción de la ley y el principio de legalidad, es imposible aplicar el tipo penal a conductas análogas, incluso aunque pudiera estimarse como más merecedores de dicha condena (2208/2001, de 26 de noviembre [LA LEY 1008/2002]). En el mismo sentido, 920/2001, de 16 de mayo [LA LEY 4308/2001], con cita de las 1586/2000, de 17 de octubre [LA LEY 11325/2000]; 1823/2000, de 27 de noviembre [LA LEY 170/2001], y 127/2001, de 5 de febrero [LA LEY 3646/2001].

Conducta

La actual redacción del art. 439 refiere una conducta típica de mera actividad (1887/2002, de 13 de noviembre [LA LEY 167/2003], y 1337/1998, de 11 de noviembre [LA LEY 1466/1999]).

La autoridad o funcionario, que tiene el deber de informar en cualquier clase de asuntos, ha de participar, directamente o por persona interpuesta, en un negocio o actuación que sea de aquellos en los que como funcionario o autoridad tiene el deber de informar. Es decir, ha de intervenir como particular en un asunto de la clase de aquellos en que por su cargo público tenía el deber de informar. Y es preciso también que haya habido un aprovechamiento de esa circunstancia de deber informar por razón del cargo para forzar o facilitarse esa participación como particular. Ha de utilizarse tal circunstancia (tener que informar como instrumento para obtenerse esa participación en el asunto a título particular). Ha de existir una actuación concreta del funcionario o autoridad por medio de la cual, prevaliéndose de que tiene que informar en el correspondiente expediente administrativo, obtenga, por algún procedimiento coactivo o sin coacción alguna (forzar o facilitarse), esa participación en el asunto como particular (127/2001, de 5 de febrero [LA LEY 3646/2001]).

Conviene añadir aquí que el deber de informar al que se refiere este art. 439 puede venir impuesto por la ley o por otra disposición general de rango inferior, y también por el modo de actuar con-

creto en el organismo de que se trate conforme a sus propias normas internas. Incluso puede ocurrir que quien haya de resolver también tenga que informar, como sucedería cuando el órgano decisor sea de carácter colegiado y uno de sus miembros tenga que informar a los demás sobre la resolución a adoptar o sobre alguno de sus extremos (127/2001, de 5 de febrero [LA LEY 3646/2001]).

Elementos subjetivos

El dolo radica en la voluntad consciente de asumir la intervención como funcionario de la Administración y, a la vez, el papel de interesado en la operación (1337/1998, de 11 de noviembre [LA LEY 1466/1999]).

Artículo 440.

Los peritos, árbitros y contadores partidores que se condujeren del modo previsto en el artículo anterior, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación hubieran intervenido, y los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a sus pupilos o testamentarias, serán castigados con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, guarda, tutela o curatela, según los casos, por tiempo de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 439.

CC: arts. 222 y ss., 286 y ss., 841, 892 y ss. y 1057.

LECrim.: art. 474.

LEC: arts. 335 y 638.

Bien jurídico protegido

Se refuerza la idea de exigencia de integridad en el desempeño de las funciones públicas o de situaciones a ella asimiladas, así como la protección a los perjuicios que los intereses públicos o privados puedan sufrir (1826/1999, de 29 de diciembre [LA LEY 5138/2000]).

Conducta

En ambos tipos —arts. 439 y 440— el verbo sobre el que se nuclea la acción es «se aprovecha de tal circunstancia para forzar», es decir, se exige una clara instrumentalización del cargo a través del cual se consigue el forzamiento para obtener cualquier forma de participación, siendo patente en la idea de aprovechamiento la noción de ventaja o beneficio (1826/1999, de 29 de diciembre [LA LEY 5138/2000]).

Artículo 441.

La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las Leyes o Reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de

asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 24.

Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

LO 1/1985, de 18 de enero, sobre incompatibilidades del personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Administración de Justicia y Consejo de Estado y de componentes del Poder Judicial.

Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado.

Bien jurídico protegido

La finalidad del precepto es evitar el riesgo de que los intereses privados prevalezcan sobre los públicos, poniendo en entredicho la objetividad e imparcialidad de la función pública (2125/2002, de 7 de enero de 2003 [LA LEY 1001/2003]). El art. 198 del CP 1973 (441 del vigente), pretende proteger y garantizar los intereses públicos separándolos de los privados, sancionando para ello a los funcionarios o autoridades que realicen actividades directamente relacionadas con la esfera de sus atribuciones oficiales (1048/1997, de 18 de julio [LA LEY 8836/1997], y 1269/1997, de 14 de octubre [LA LEY 11506/1997]). Bien jurídico protegido lo constituye el correcto funcionamiento de la función pública, conforme a las exigencias constitucionales con respeto de los principios de objetividad, imparcialidad, igualdad e incorruptibilidad (484/2008, de 11 de julio [LA LEY 96519/2008]).

Sujeto activo

Se trata de un delito especial propio por cuanto el sujeto activo del mismo sólo puede ser una persona que sea autoridad o funcionario público (484/2008, de 11 de julio [LA LEY 96519/2008]).

Conducta

Estamos ante un delito de mera actividad (ya que no requiere para su comisión la producción de un determinado resultado (484/2008, de 11 de julio [LA LEY 96519/2008])).

En el art. 441 pueden cobijarse algunas de las actividades típicas que contemplaba el antiguo párrafo 1.º del art. 401 y también las previstas en el art. 198 del anterior Código (372/1998, de 9 de diciembre [LA LEY 646/1999]).

La conducta típica consiste en realizar una actuación profesional o de asesoramiento a entidades privadas en asuntos relacionados con el cargo ejercido por el sujeto activo fuera de los casos legalmente permitidos. Por el contrario, la conducta típica no abarca el trabajo o actividad realizados para la propia entidad pública de la que es agente el funcionario, que es lo ocurrido en

este caso o, incluso, para otra entidad pública, como sería el caso típico de un funcionario de la Administración central que realizara alguna actividad para un órgano de la autonómica o local, aunque obviamente incurriría en la correspondiente responsabilidad administrativa si lo hiciera sin la necesaria autorización (2125/2002, de 7 de enero de 2003 [LA LEY 1001/2003]).

En las Sentencias 1048/1997, de 18 julio [LA LEY 8836/1997], y 1269/1997, de 14 octubre [LA LEY 11506/1997], se estimó aplicable el art. 198 del CP de 1973 —al que básicamente sustituye el 441 del CP de 1995— a los funcionarios y autoridades que realizasen actividades directamente relacionadas con la esfera de sus atribuciones oficiales, y en el ejercicio de éstas se aprovecharan ilícitamente de su cargo, es decir utilizasen la preeminencia que su cargo público les proporcionaba para obtener abusivas ventajas en su actividad privada. En las Sentencias citadas de 1997 se estiman actividades profesionales incursas en la prohibición del art. 198 del CP 1973 la de empresario constructor ejercida por el Alcalde. Las mismas razones existen para aplicar el art. 198 del CP de 1973 —y como más favorable el 441 del CP de 1995—, al Concejal que ejerce actividades de empresario dedicado al movimiento de tierras, en relación con obras contratadas por la Corporación Municipal, de la que él formaba parte (372/1998, de 9 de diciembre [LA LEY 646/1999]).

Desde otra perspectiva, es preciso subrayar, en relación con este tipo penal, que constituye una condición negativa del mismo que la acción de la autoridad o funcionario de que se trate se ejecute «fuera de los casos admitidos por las Leyes y Reglamentos», pero repugna al buen criterio admitir que una norma legal permita que los funcionarios públicos lleven a efecto el doble asesoramiento —público y privado— en un determinado asunto; hasta el punto de que, desde la perspectiva de la importancia jurídica y social de semejantes conductas, ha de reconocerse la indudable gravedad de la conducta enjuiciada, es decir, que un funcionario público pueda asesorar privadamente a una empresa que está siendo inspeccionada por otros funcionarios del mismo Servicio que el del acusado, para defenderla de las previsibles consecuencias de la inspección oficial (484/2008, de 11 de julio [LA LEY 96519/2008]).

Elementos subjetivos

Por lo que se refiere al elemento subjetivo, la noción de que no puede obtenerse un beneficio privado de un cargo público ni intervenir en decisiones administrativas sobre cuestiones en que se tiene un interés directo se encuentra arraigada en la sociedad y pertenece al acervo cultural común, por lo que la generalidad de las gentes rechazan y reprochan tal tipo de conductas. Debe estimarse, en consecuencia, que el recurrente no sólo no podía ser ajeno a dicho sentir general, sino que, por el desempeño de su cargo, debía tener un superior conocimiento de sus deberes e incompatibilidades, y concretamente de la incompatibilidad entre su actividad privada como titular y asesor de empresas constructoras y la participación en la adopción de acuerdos administrativos que afectaban directamente a las solicitudes formuladas por las referidas empresas (1048/1997, de 18 julio [LA LEY 8836/1997], y 1269/1997, de 14 octubre [LA LEY 11506/1997]).

Artículo 442.

La autoridad o funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa del

tanto al tripló del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior.

Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 418.

Conducta y elementos subjetivos

El tipo no exige el resultado de obtener el beneficio económico con el uso de la información privilegiada, sino sólo el ánimo de conseguir ese resultado (2361/2001, de 4 de diciembre [LA LEY 1692/2002]).

Artículo 443.

1. Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años.

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 184.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de añadir al precepto los apartados 2 y 3, que son reproducción del anterior art. 444.

Bien jurídico protegido

No es ciertamente la libertad sexual de los administrados, ni siquiera de manera principal, el único bien jurídico tutelado penalmente en tal artículo, sino también —como se lee en la Sentencia de 13 de junio de 1979— el irreprochable comportamiento del funcionario, cuya desleal extralimitación en tales situaciones, no puede por menos que traducirse en público desdoro y desprestigio, tanto del funcionario mismo como de la institución oficial en que está integrado, o, en otras palabras, el interés público que tiene la Administración de que su gestión se realice con la máxima corrección y que se concreta en la obligación de un exquisito cumplimiento de los deberes del servicio que incumbe a todos los funcionarios; siendo por tanto dos bienes jurídicos los protegidos por el precepto, uno que afecta al interés público y otro a un interés individual o particular (2673/1992, de 14 de diciembre [LA LEY 12930/1992]).

Elementos del delito

Es preciso que se encuentren presentes tres requisitos para que se entienda cometido el delito:

1.º Que el agente del delito sea funcionario público.

2.º Que solicite sexualmente a un tercero, bastando cualquier conducta con dicho contenido, pero sin que sea necesaria su efectiva realización; y

3.º Que el tercero tenga pretensiones pendientes de resolución del acusado acerca de las cuales éste deba evacuar informe o elevar consulta (1187/2004, de 18 de octubre [LA LEY 63/2005]).

Sujeto activo

Es un acoso sexual limitado a los funcionarios públicos (1004/1997, de 9 de julio [LA LEY 8689/1997]).

Conducta

Se trata de un supuesto en el que, debido a la situación prevalente del funcionario, el precepto adelanta la protección penal de la libertad sexual al hecho de la mera solicitud, momento en que el tipo se cumple, con independencia de que la proposición se traduzca o no en la realización concreta del acto solicitado, ya que se trata de un mero delito de actividad, no de resultado (2673/1992, de 14 de diciembre [LA LEY 12930/1992] y 930/1998, de 2 de julio [LA LEY 8345/1998]).

La acción nuclear del tipo «solicitar sexualmente», resulta polémica doctrinalmente, pues mientras un sector considera que ha de entenderse en el sentido de proponer el acceso carnal completo, otro se decanta para que la solicitud sea punible, tanto a la que tiende a obtener el yacimiento, como a la que tiene por objeto cualquier otro acto lúbrico. Postura esta última que, después de la reforma de 1989, al extender el tipo y poder ser sujetos activo y pasivo indistintamente varones o hembras, adquiere mayor predicamento y a la que esta Sala se adhiere, interpretando el término solicitar en sentido amplio, admitiendo que la proposición o petición comprende la de cualquier manifestación sexual, lo mismo cuando se pretenda la realización del acto sexual completo, como la dirigida a ejecutar cualquier acción de contenido sexual (2673/1992, 14 de diciembre [LA LEY 12930/1992]). La interpretación amplia es también propugnada por las Sentencias 1004/1997, de 9 de julio [LA LEY 8689/1997], y 930/1998, de 2 de julio [LA LEY 8345/1998].

No es preciso que la sollicitación sexual sea expresamente condicionada (13 de junio de 1979).

Las solicitudes han de ser reiteradas e insistentes para evitar un desmesurado y peligroso aumento del tipo, pero hay quien sin embargo sostiene que el delito se comete con la simple proposición, si ésta es claramente manifiesta (1004/1997, de 9 de julio [LA LEY 8689/1997]).

La acción típica está legalmente concatenada al básico dato de incumbir al funcionario solicitante el papel de decidir o bien informar o elevar consulta a su superior acerca de alguna pretensión personal o allegada de la mujer requerida, es visto que tal relación de interés, para ser penalmente relevante, no tiene por qué revestir necesario carácter formal cifrado en instancia o pedimento atendido a la normativa y rígidos cauces de un definido procedimiento judicial o administrativo, sino que bastará la realidad de cualquier aspiración o expectativa —obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio del funcionario— en cuyo resultado pudiera ejercer apreciable influjo la favorable o adversa disposición del agente, con el consiguiente prevalimiento de ventaja o superioridad por su parte que, por ello, pesará sobre la solicitada, dada su posición subjetivamente calamitosa, cohibiendo sensiblemente —ya que no siempre su honestidad, inexistente en casos como el de autos—, sí, al menos, su libertad sexual, acarreando así, en la proyección social y externa del sórdido episodio, desvalorización del usual buen concepto y confianza en la función pública por aquél desempeñada, normalmente inherentes a la misma (13 de junio de 1979).

La expresión «pendientes de resolución» no puede entenderse simplemente como pendiente de dictar resolución en el sentido técnico-jurídico de la palabra, sino que quiere decir pendiente de una toma de decisión que, de hecho esté al alcance del funcionario (2673/1992, de 14 de diciembre [LA LEY 12930/1992] y 930/1998, de 2 de julio [LA LEY 8345/1998]).

Concursos

En caso de llegarse a obtener el propósito perseguido por el sujeto activo, se produce un concurso real con un delito contra la libertad sexual, como expresamente previene el art. 445 (hoy 444) CP 1995 (930/1998, de 2 de julio [LA LEY 8345/1998]).

Artículo 444.

Las penas previstas en el artículo anterior se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 73 y 179 a 184.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha traído a este precepto el mismo texto del anterior art. 445.

Concursos

En caso de llegarse a obtener el propósito perseguido por el sujeto activo, se produce un concurso real con un delito contra la libertad sexual, como expresamente previene el art. 445 (hoy 444) del CP de 1995 (930/1998, de 2 de julio [LA LEY 8345/1998]).

CAPÍTULO X

De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales**Artículo 445.**

1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieran a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el art. 423, en sus respectivos casos.

2. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el Juez o Tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: art. 423.

Modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en el sentido de establecer como apartado 1 del precepto el mismo texto del anterior art. 445 bis, y añadir el apartado 2, entrando en vigor el 1 de octubre de 2004.

TÍTULO XX

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

De la prevaricación**Artículo 446.**

El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:

1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.

2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.

3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 404 y ss.

CPM: art. 184.1.

LOPJ: arts. 16.1, 23, 405 y ss.

El Código Penal de 1995 ha marcado más aún que el precedente la diferencia entre la prevaricación judicial y la prevaricación de los funcionarios públicos, porque, si bien eran objeto de artículos distintos, se encuadraban ambos tipos delictivos en un mismo título dedicado a los delitos de funcionarios públicos, mientras que, ahora, uno y otro delito tienen su asiento en dos títulos distintos del libro segundo del Código Penal, los referentes respectivamente, a delitos contra la administración pública y a delitos contra la administración de Justicia. La reiterada doctrina jurisprudencial que venía exigiendo para la prevaricación del funcionario, un patente y elevado grado de injusticia de la resolución que hubiera adoptado, se ha reflejado en el Código de 1995 al exigir que sea arbitraria la resolución que adopte el funcionario al que se une ahora la autoridad, como lo son Alcalde y Concejales con frecuencia legos en Derecho, con lo que se refuerza el carácter de estruendosa injusticia como elemento de este tipo de delito, mientras mantiene para la prevaricación judicial la exigencia de una resolución injusta, sin más calificativos que pudieran elevar el grado de importancia de la injusticia de la resolución por el Juez adoptada. El CP 1995 se ha situado en la misma línea restrictiva al asociar, en su art. 404, la injusticia de la resolución con la arbitrariedad, nota de la que, por cierto, se ha prescindido en la definición de la prevaricación judicial 723/2009, de 1 de julio [LA LEY 125310/2009].

En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema. Objetivamente, por el contrario, se afirma que la esencia del delito de prevaricación radica en el quebrantamiento del Derecho objetivo, y se entiende que existe el quebrantamiento cuando la aplicación del mismo no resulta objetivamente sostenible, exigiéndose una indudable infracción del Derecho. De esta manera allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho, la elección de una u otra de estas interpretaciones posibles —independientemente de la convicción del Juez— no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el Juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. La anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el Juez excede el contenido de la autorización, cuando el Juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el Juez se aparte del método previsto en el ordenamiento (102/2009, de 3 de febrero [LA LEY 4694/2009]).

Bien jurídico

La existencia de un poder judicial, o de una autoridad judicial, que desarrolle la función jurisdiccional de un Estado democrático, es uno de los pilares básicos de un Estado de Derecho.

Su consideración de independiente es una condición que posibilita la condición de legitimidad del Estado. Al mismo tiempo un elemento fundamental de la independencia judicial es la vinculación del Juez exclusivamente a la ley, art. 117 CE. Esta sujeción del Juez a la norma supone la ausencia de responsabilidad del Juez por las decisiones que adopte, siempre y cuando actúe en el ámbito de la ley. De esta manera se garantiza la vigencia real del Derecho y la protección jurídica de los ciudadanos. La independencia del poder judicial se legitima democráticamente porque el Juez sólo aplica la ley creada por el Parlamento. Esta construcción tiene hondo fundamento en todos los textos que legitiman la función jurisdiccional desarrollada por los Jueces. El Juez es custodio de la ley y legitima su función en cuanto aplica la voluntad del Parlamento expresada en la norma. Así la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir, la vigencia efectiva de las leyes. Esta tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. En primer lugar, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto. La cuestión de la responsabilidad penal del Juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del Juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al Juez, y es en estos casos donde se hace necesaria las exigencias de responsabilidad penal del Juez como «contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia». La respuesta de las legislaciones a los abusos de los Jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, más que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia. Los delitos de cohecho, soborno, no sólo perjudican la imagen del Juez independiente, también la del Juez vinculado únicamente al imperio de la ley como requisito esencial del Estado democrático de Derecho (102/2009, de 3 de febrero [LA LEY 4694/2009]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

La Sentencia 877/1998, de 24 de junio [LA LEY 9072/1998], afirma que sólo puede ser sujeto activo de este delito un Juez o Magistrado porque, precisan las Sentencias 2/1999, de 15 de octubre [LA LEY 11660/1999], y 2338/2001, de 11 de diciembre [LA LEY 2616/2002], no se debe olvidar que el delito de prevaricación judicial es un delito de técnicos en Derecho. Sujeto activo ha de ser un Juez o Magistrado. Se trata de lo que venimos conociendo como delito especial propio (308/2009, de 23 de marzo [LA LEY 14317/2009]).

Conducta típica

Analizaremos la jurisprudencia más reciente de la Sala Segunda, representada por tres Sentencias 2338/2001, de 11 de diciembre, 359/2002, de 26 de febrero y 2/1999, de 15 de octubre, que contiene la doctrina general sobre este tipo penal. Estas tres Sentencias son coincidentes en su

contenido jurisprudencial y permite consolidar una doctrina pacífica sobre el abuso judicial o prevaricación. Se destaca en la jurisprudencia, de una parte, la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa, y, de otra, que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, de ahí que no deba trasladarse *sic et simpliciter* los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho. «El elemento objetivo se produce cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En otros términos (...) el abandono de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando la aplicación del Derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del Derecho aceptable en tal Estado de Derecho (...).» El elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del Juez no puede erigirse en Tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del Juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho. En definitiva por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad, 102/2009 de 3 de febrero [LA LEY 4694/2009]. La jurisprudencia ha subrayado la importancia del elemento objetivo del delito de prevaricación y ha excluido, paralelamente, interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia sólo como una actitud subjetiva del Juez al aplicar el derecho, postulando la tipicidad de la conducta del Juez o funcionario que dicte Sentencia o resolución contra su convicción jurídica, aunque la Sentencia o resolución resulte objetivamente compatible con las normas aplicadas. En la STS 1/1996 (Causa Especial núm. 2830/1994), esta Sala subrayó que la jurisprudencia requiere que el carácter injusto del acto sea objetivo, remitiéndose al respecto a antiguas Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS de 142-1831 y 21-1-1911). Desde este punto de vista es evidente que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia». El carácter objetivo de la injusticia se deduce, según la nombrada Sentencia de la Sala Segunda de 15-10-1999, de la tesis consagrada en la STS 1/1996 (Causa Especial 22830/1994), en la que se subraya que «la injusticia se da cuando “quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate” y, precisamente, se excluyó de la prevaricación el caso de las aplicaciones del derecho basadas en “algún modo razonable de interpretar los hechos y la norma jurídica” (FJ segundo.1.º). El Juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir según su parecer al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos cánones interpretativos establece. Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley —en su caso— y no la del Juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del Juez, sin fundamento racional en

la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho (art. 1.º CE)» (A TS, Sala de lo Militar, de 24 de febrero de 2009 [LA LEY 9362/2009]).

La determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. En palabras de la Sentencia ya citada, el carácter objetivo de la injusticia supone que el «(...) apartamiento de la función judicial propia del Estado de Derecho se da cuando, como ya se dijo, la aplicación del derecho se ha realizado desconociendo los medios y métodos de la interpretación del derecho aceptable en tal Estado de Derecho (...)». Por ello, continúa la Sentencia 2338/2001 [LA LEY 2616/2002], el elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad, porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, ya que, en tal caso, la subjetivización del delito de prevaricación conduciría a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del Juez no puede erigirse en Tribunal de la conciencia de la Ley, porque ello conduce, en definitiva, a convertir la voluntad del Juez en decisión para resolver el conflicto. Tal planteamiento es incompatible con el Estado de Derecho. En consecuencia, por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad (exponentes las Sentencias de 14 de febrero de 1891, 21 de enero de 1901, 1/1996, de 4 de julio [LA LEY 13652/1996], en causa especial 2830/1994, 155/1997 y la última, más completa y reciente, de 2/1999, de 15 de octubre [LA LEY 11660/1999], en causa especial 2940/1997),

El medio de comisión consiste en dictar una Sentencia o resolución injusta, con exclusión de las pronunciadas en causa criminal contra el reo que, como acabamos de decir, aparecen penadas en los referidos números 1.º y 2.º del mismo art. 446. Tal injusticia puede derivar de razones de fondo y también existirá cuando haya importantes defectos de forma o procedimiento. Se trata, como bien dice el recurrente, de un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo (308/2009, de 23 de marzo [LA LEY 14317/2009]).

Únicamente los defectos procesales de cierta entidad pueden constituir este delito de prevaricación, concretamente aquellos que consisten en absoluta falta de competencia o en inobservancia de esenciales normas de procedimiento (Sentencias de esta Sala 813/1998, de 12 de junio [LA LEY 8674/1998], 877/1998 de 24 de junio [LA LEY 9072/1998], 1012/1995 de 13 de octubre [LA LEY 9072/1998], 1152/1994, de 27 de mayo [LA LEY 16262-R/1994], y 1095/1993, de 10 de mayo [LA LEY 13221/1993], entre otras): la mera ilegalidad no basta a estos efectos. Si aplicamos esta sencilla doctrina, tan conocida en materia de prevaricación, a los tres defectos que la Sentencia recurrida considera integrantes del delito que estamos examinando, podemos comprobar como hemos de estimar este motivo, lo que ha de conducirnos a un pronunciamiento absolutorio:

a) Entendemos que desde luego no es un defecto formal importante a estos efectos el hecho de no esperar a que llegaran las actuaciones originales del decanato al Juzgado de Instrucción núm. 2.

Siendo éste competente, como sin duda lo era, ha de reputarse de relevancia muy secundaria la circunstancia de que se pusiera en marcha la querrela sólo con la copia presentada en este último Juzgado con el mencionado sello de haberse presentado para reparto en dicho decanato.

b) Lo mismo hemos de decir respecto de la falta relativa al acto de conciliación exigido en el art. 804 LECrim. Siempre se ha concebido como un requisito no esencial para el procedimiento. Un dato que lo pone de relieve es que tal requisito desapareció como consecuencia de lo dispuesto en el art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, relativa a la protección de los derechos fundamentales de la persona, reapareciendo luego como consecuencia de su derogación por la Ley 38/2002, de 24 de octubre, sin que con tales incidencias se haya resentido para nada el procedimiento a seguir.

c) Y en cuanto al otro pretendido defecto procesal, el relativo a la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental relativo a libertad de expresión o información del art. 20 CE sin audiencia previa del querrellado ni del Ministerio Fiscal, basta con que pongamos aquí de relieve lo que dice una norma específica que regula esta materia, que introdujo en nuestra LECrim. el art. 823 bis por medio de LO 8/2002, de 24 de octubre. Esta especial norma procesal, en su párrafo 2, permite que los Jueces, al iniciar el procedimiento puedan acordar, entre otras medidas, la prohibición de difundir el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva, entre otros la transmisión por televisión. Pues bien en esta norma, que tiene fecha posterior a la de nuestra Constitución, nada se dice de que para adoptar tal medida sea necesaria la audiencia ni del interesado ni del Ministerio Fiscal. En la misma línea de lo dispuesto en el art. 278.2 LECrim., se permite que cuando haya razones de urgencia para proteger a la víctima (art. 13 de tal ley procesal) pueda adoptarse esta prohibición de emisión de un programa de televisión. Estimamos que tales razones de urgencia existían en el presente caso, en el cual desde varios días antes, desde el 10 de marzo, se había estado emitiendo de un modo ininterrumpido un programa de Telemar cuyo contenido no conocemos, pero que se dice gravemente perjudicial para el buen nombre del querellante Luis Miguel y de otras personas; algo que tendría que ser así, pues de otro modo no se hubiera presentado ni la denuncia del día 15 ni la querrela del 16 con la solicitud de proceder de inmediato para impedir la continuación del mencionado programa, que continuaba en antena, repetimos, sin interrupción, salvo la que se produjo, por unas horas entre el 15 y el 16, 308/2009, de 23 de marzo [LA LEY 14317/2009].

La Sentencia 2338/2001, de 11 de diciembre [LA LEY 2616/2002], aprecia el delito de prevaricación del art. 446 al Magistrado de la Audiencia Provincial que dicta un Auto injusto aplicando prescripción en causa por delito fiscal sosteniendo posiciones jurídicamente no asumibles apartándose a sabiendas de la legalidad teniendo en cuenta su condición de Magistrado y concedor del Derecho, sin que tenga relevancia que el Auto no fuese recurrido.

Por faltar esos elementos, el Auto de 24 de marzo de 2003 considera que modo alguno puede considerarse prevaricadora la decisión acordada por el Instructor de que ante una convocatoria de una manifestación de la que aparecen como peticionarios y portavoces de la iniciativa personas que pudieran estar relacionadas con organizaciones investigadas por su relación con actividades terroristas, se comunique a la Consejería de Interior del Gobierno vasco que dicha manifestación estaría en colisión con la resolución que acordó la suspensión cautelar de actividades de la organización HB-EH-Batasuna y se insta a dicho Gobierno a fin de que tome las medidas que considere oportunas para prevenir la legalidad y el cumplimiento de las resoluciones judiciales, en el ámbito de sus competencias. Y en el mismo sentido el Auto de 23 de julio de 2002 [LA LEY 6254/2002] recordando que la jurisprudencia de esta Sala ha precisado en diversas Sentencias el contenido de la ilicitud propia del delito de prevaricación judicial. Básicamente se ha considerado que el delito se comete cuando el Juez adopta una resolución que se funda en su propia voluntad y no

en la Ley aplicable al caso. El tipo objetivo del delito, por lo tanto, se dará cuando el Juez toma decisiones que no pueden ser derivadas de la Ley por ninguno de los métodos de interpretación de la misma admitidos en la práctica judicial. Si la resolución no puede ser deducida de la Ley por alguno de estos métodos, no se la podrá considerar como una aplicación de la Ley vigente, sino como un acto voluntarista del Juez. Es claro que en estos casos se dará la «irracionalidad» a la que se refiere el Excmo. Sr. Fiscal y de la que se habla en algunas Sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional citadas por el mismo, pues «irracionalidad» y ausencia de respaldo en los métodos interpretativos es exactamente lo mismo. La razón de la aplicación del derecho, en el sentido de los principios del Estado de Derecho, será siempre de apreciar, precisamente, cuando el fundamento de la resolución judicial sea la Ley. Toda resolución que no se pueda derivar de la Ley por un método admisible será, por lo tanto, irrazonable. Por eso, no existe el delito en el caso de Magistrados que otorgan la libertad con fianza del preso que iba a ser juzgado próximamente, fundando la medida en el informe médico en el que se exponía que existía riesgo de suicidio del mismo, complementando, además, dicha medida con otras igualmente previstas en la Ley.

Elementos subjetivos

Dolo

La jurisprudencia, no obstante la caracterización esencialmente objetiva de la injusticia de la resolución —que, como señala 12/1999, de 15 de octubre [LA LEY 11660/1999], «no comporta una reducción de ninguno de los aspectos subjetivos del delito»—, es especialmente exigente en lo concerniente al elemento intencional o culpabilístico del delito, representado en la expresión «a sabiendas» —que se contiene tanto en el art. 446 del CP como en el párrafo primero del art. 184 del CPM—, pues, según la meritada Sentencia de 15-10-1999, «la injusticia del acto no depende de la opinión o de la convicción del Juez, sino de la relación de aquél con las normas y principios del ordenamiento jurídico. A ello se debe sumar el elemento subjetivo “a sabiendas”». En el mismo sentido, señala al respecto 2338/2001, de 11 de diciembre [LA LEY 2616/2002] que «el elemento subjetivo del tipo, aparece representado en la expresión “a sabiendas” es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica —*iura novit curia*—». Y en la misma línea se pronuncia 359/2002, de 26 de febrero [LA LEY 4567/2002], A TS, Sala de lo Militar, de 24 de febrero de 2009 [LA LEY 9362/2009].

El elemento subjetivo del tipo, aparece integrado por la expresión «a sabiendas» es decir la conciencia de estar dictando una resolución con total abandono del principio de legalidad y de unas interpretaciones usuales y admisibles en Derecho en aquellos casos en los que la norma puede ser susceptible de diversas interpretaciones elementos que deben ser puestos en relación con la condición del Juez técnico en Derecho y por tanto conocedor del Derecho y de la ciencia jurídica» (102/2009, de 3 de febrero [LA LEY 4694/2009]). El elemento subjetivo de este delito viene recogido en la expresión «a sabiendas» que, como ya dijeron dos antiguas Sentencias de esa Sala, las de 14-10-1884 y 22-11-1901, consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo que ha de aparecer así de una manera que no deje lugar a dudas. Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil que, como aquí ocurrió, estuvo en la intención de favorecer al coacusado Luis Miguel. Esta expresión («a sabiendas») ha de referirse a la injusticia de la propia resolución, es decir, requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento:

ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal, (08/2009, de 23 de marzo [LA LEY 14317/2009]). El elemento subjetivo aparece representado en la expresión «a sabiendas», es decir, la conciencia de estar dictando una resolución con apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones; elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico en derecho y, por tanto, concededor del derecho y de la ciencia jurídica —*iura novit curia*— (A 19 de noviembre de 2008 [LA LEY 235404/2008]).

Imprudencia

Ver comentario al art. 447 CP.

Otras Cuestiones

Como dice el A de 31 de mayo de 2004, «no existe diferencia esencial alguna entre el tipo de prevaricación que se describe en el art. 446 del CP y el delito contra la Administración de la Justicia Militar que se prevé en el art. 184 del CPM. Ambos sancionan el hecho básico de dictar a sabiendas Sentencia o resolución injusta, es decir, la prevaricación judicial dolosa, que se incluye en el catálogo de delitos de la competencia de la jurisdicción militar —representado por la totalidad de los tipos penales definidos en el Código Penal Militar— cuando el que realiza esa conducta forma parte de un Tribunal Militar o la lleve a cabo en ejercicio de funciones judiciales militares. Naturalmente, la prevaricación judicial que puede imputarse a los miembros del Tribunal Militar Central y al Juez Togado Central de Instrucción es la definida en el referido art. 184 del Código Penal Militar», a que alude el Auto de 27-10-2008 recurrido, y cuyos dos elementos son, según afirma el indicado Auto de esta Sala de 31-5-2004, «la injusticia objetiva de la resolución y el componente subjetivo de que se haya dictado a sabiendas», es decir, los elementos objetivo e intencional o culpabilístico de este delito, ya que para que el mismo se integre «una resolución injusta no sólo debe ser antijurídica, sino además demostrativa del grave apartamiento de los juzgadores de la función que les corresponde en el Estado de Derecho, según los arts. 117.1 y 103.1 de la CE (2/1999, de 15 de octubre [LA LEY 11660/1999])».

Artículo 447.

El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

LOPJ: arts. 292 a 297, sobre error judicial.

El tipo de prevaricación por imprudencia tiene una estructura doble en el sentido que diferencia la conducta imprudente o negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable (por ello, en el Código anterior no se aplicaba el tipo de imprudencia genérico incriminándose específicamente la prevaricación imprudente, art. 355 CP 1973). La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un Juez o Magistrado, es

decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito, imputable al mismo, lo que es causa de la Sentencia o resolución manifiestamente injusta (333/2006, de 15 de febrero [LA LEY 138588/2006]).

La Sentencia 359/2002, de 26 de febrero [LA LEY 4567/2002], y el ATS de 23 de julio de 2002, precisan que el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación por imprudencia grave, no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y, particularmente, en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado —culpa con representación— la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado **injustificadamente**, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. En consecuencia, el delito del art. 447 CP requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o con representación, pues cuando la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente. De aquí se deduce, continúa el Auto citado, que si el autor tiene que haber tenido representación de la injusticia de la resolución, dado el carácter manifiesto de ésta, su error sobre la injusticia no sólo excluye el dolo, sino también la culpa consciente, pues el elemento cognitivo de ambas formas de acción es coincidente. Consecuentemente, si el tipo penal del art. 447 CP requiere siempre culpa consciente o con representación, cuando el error versó sobre la injusticia de la resolución, se debe tener por excluida la culpa consciente, pues el autor no era consciente de la posibilidad de realización del tipo. Si esto es así, y el tipo penal no alcanza la culpa inconsciente, no cabe la sanción del delito como imprudente en la forma en la que lo prevé el art. 14.1 CP, por lo que esta última forma de la acción queda fuera del ámbito jurídico-penal.

El ATS de 21 de junio de 2001, causa especial 5/2001, destaca, en relación a esta figura jurídica, que, como tiene declarado la Sala Segunda, ha de entenderse dictada una resolución por ignorancia inexcusable cuando ésta sea tan patentemente contraria a la ley que ponga de relieve el absoluto desconocimiento de la misma, excluyendo toda razonable interpretación y que, como expresa la Sentencia 2635/1993, de 23 de noviembre [LA LEY 13577/1993], la prevaricación culposa exige, como especialidad, que la injusticia sea manifiesta, considerándose tal cuando sea palmaria, evidente, notoria, que no ofrezca duda. En la misma línea, el Auto 12 de junio de 2002, causa especial 4/2002, que haciéndose eco de la consolidada jurisprudencia, señala que la modalidad culposa requiere no sólo que la resolución judicial sea desacertada y errónea, exige que su autor desconozca hasta los más esenciales rudimentos de su profesión pública de modo que su incultura jurídica le hagan incompatibles con el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ya que lo que el precepto penal tipifica es una ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria, que de ninguna manera puede atribuirse por una decisión incorrecta. De tal manera que, una vez más se insiste, si en el delito doloso la injusticia de la resolución no es simplemente la transgresión de la Ley, sino que es partícipe de un plus de antijuridicidad (de modo que sea «clamorosa», «esperpéntica», e incluso «grosera»), fácil es suponer que si tales adjetivos se predicaban de ese elemento objetivo —la injusticia de la resolución— en el delito doloso de prevaricación, mayor dosificación antijurídica tiene que comprenderse en la interpretación del precepto contenido en el art. 447 del Código Penal, por razón de calificarse (en la propia mención legal) como resolución «manifiestamente injusta»; mucho más que injusta.

El Auto de 23 de julio de 2002 señala que si el autor tiene que haber tenido representación de la injusticia de la resolución, dado el carácter manifiesto de ésta, su **error** sobre la injusticia no sólo excluye el dolo, sino también la culpa consciente, pues el elemento cognitivo de ambas formas de acción es coincidente. Consecuentemente, si el tipo penal del art. 447 CP requiere siempre

culpa consciente o con representación, cuando el error versó sobre la injusticia de la resolución, se debe tener por excluida la culpa consciente, pues el autor no era consciente de la posibilidad de realización del tipo. Si esto es así y el tipo penal no alcanza la culpa inconsciente, no cabe la sanción del delito como imprudente en la forma en la que lo prevé el art. 14.1 CP, por lo que esta última forma de la acción queda fuera del ámbito jurídico-penal.

Artículo 448.

El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 24.1 y 117.

LOPJ: arts. 11.3, 217 y ss., 417 y 418.

LECrím.: arts. 197 y 198.

LEC: art. 361.

CC: art. 1.7.º.

El precepto viene a configurar una de las posibles concreciones del derecho a la tutela judicial efectiva según el art. 24.1 de la Constitución, en el sentido que obliga a los organismos jurisdiccionales a resolver los conflictos sometidos a su decisión, siempre que se den los requisitos procesales que establece la ley. El transcrito artículo 448 del Código Penal tipifica como delito la denegación de justicia, pero lo tipifica no como un delito de naturaleza omisiva, sino que para su perfección típica exige un acto judicial positivo por el cual el Juez se niegue a resolver las cuestiones sujetas a su decisión, es decir, se configura el tipo como un delito de acción, pues el titular del organismo jurisdiccional debe negarse a juzgar o a resolver. Si bien con la precisión de que no todo acto positivo denegatorio del Juez o Magistrado puede ser constitutivo de delito de denegación de justicia, sino que el acto denegatorio ha de encajar en alguno de los supuestos que detalla el referido art. 448 del Código punitivo. En efecto, el delito de denegación de justicia puede cometerse mediante la negativa a juzgar alegando como pretexto la «oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley». Esta primera modalidad del delito que tipifica el art. 448 del Código Penal debe descartarse de entrada en el caso que origina la presente resolución, pues desde el escrito inicial de querrela hasta la última diligencia practicada para la averiguación de los hechos enjuiciados, no aparece el menor atisbo de que las querreladas hayan alegado o insinuado el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley para no resolver las cuestiones sometidas a su decisión. El delito de denegación de justicia puede cometerse también sin alegar ninguno de los pretextos a los que antes se ha hecho referencia, sino por el simple hecho de que el titular del organismo jurisdiccional se niegue a juzgar *sin alegar causa legal* (A TSJ de Cataluña de 26 de julio de 2001 [LA LEY 151485/2001]).

La conducta típica consiste en una negativa abiertamente ilegal a cumplir, en cualquier materia, con la función jurisdiccional que compete a Jueces y Magistrados (art. 117 CE y art. 1 LOPJ), lesionando así el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). En suma, consiste en no decidir o pronunciarse sobre las pretensiones formuladas ante los órganos jurisdiccionales. La jurisprudencia, por lo demás, ha puesto de relieve que se trata de un delito intencional

que requiere ánimo de perjudicar a alguna de las partes y que puede incurrirse en responsabilidad disciplinaria en los casos no intencionales (A 22 de junio de 2001).

El tipo penal contemplado en el art. 448 del CP exige la existencia de algo más que el mero retraso o dilación resolutoria. No puede predicarse en absoluto ni tan siquiera con carácter indiciario tal imputación de parte cuando en el caso contemplado la interposición del recurso de reposición y de la nulidad de actuaciones formulada tuvieron lugar el 10-7-2002 y el 24-7-2002 teniéndose en cuenta la fecha de la formulación de la querrela así como la necesidad procesal de acordar sobre la aprobación del remate extremo éste que fue el único contenido del Auto dictado el 24-7-2002 (A TSJ Madrid de 23 de octubre de 2002).

Artículo 449.

1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.

CONCORDANCIAS

LOPJ: arts. 417 y ss.

Bien jurídico

El precepto concreta otra modalidad de la tutela judicial efectiva con base al art. 24.2 de la Constitución que reconoce a todas las personas el derecho «a un proceso público sin dilaciones indebidas», pues la tutela judicial debe ser efectiva, es decir debe prestarse en un plazo razonable. Interesa señalar también que el delito de retardo en la administración de justicia es un delito de omisión, pues el delito consiste simplemente en no juzgar dentro de un plazo razonable. Y se trata de un delito de estructura exclusivamente dolosa, como resulta de la expresión retardo malicioso que aparece en el precepto, que tiene por finalidad destacar la exigencia de dolo en este delito, ATSJ de Cataluña de 26 de julio de 2001 [LA LEY 151485/2001], 2135/2002, de 20 de enero de 2003 [LA LEY 874/2003], considera que el art. 449 CP sanciona un tipo de prevaricación que ha sido calificado por la doctrina como «de recogida» respecto a las figuras prevaricadoras de los arts. 446 a 448 del Código. El tipo viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Ver comentario al art. 446.

Conducta típica

Como señala la S del TSJ de Murcia 5/2008, de 23 de diciembre [LA LEY 189320/2008], según la jurisprudencia el delito de retraso en la Administración de Justicia se caracteriza por dos

notas, la objetiva, que pueda medirse un tiempo excesivo en la resolución del asunto, incompatible con su naturaleza y similitud con otros casos parecidos. La segunda nota que caracteriza este delito es la malicia (STS 18-junio-1897, 6 marzo 1918, A TS 17-10-2003).

El elemento material al ilícito penal es el retardo en proveer lo que el desempeño del deber y el acatamiento de la Ley exigen, y ese retardo bien puede ser consecuencia de una conducta meramente omisiva de dejar de resolver aquello a lo que el Juez está obligado, o de una acción positiva, supeditando la obligada resolución al cumplimiento de trámites inútiles o injustificados que provocan una dilación en la resolución que, sin aquellas trabas, no habría tenido lugar. Si bien, continúa dicha Sentencia, no es ocioso subrayar que ninguna diferencia nuclear se advierte entre la prevaricación consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta del art. 446 y la modalidad prevaricadora del retraso malicioso prevista en el art. 449, pues, en ambos casos, la esencia que tiñe de antijuridicidad la actuación del Juez es la misma: la aplicación perversa y abusiva del derecho que produce una retorsión del ordenamiento jurídico y un abuso de la función judicial (**2135/2002, de 20 de enero de 2003 [LA LEY 874/2003]**).

Elementos subjetivos

Claro es que la figura delictiva de la prevaricación tipificada en el art. 449 CP necesita de la concurrencia del elemento subjetivo integrado por el delito del autor de obrar con malicia. «Retardo malicioso», describe la figura típica, si bien, y a diferencia del art. 357 del Código de 1973, el vigente 449 nos ofrece una interpretación auténtica de lo que el legislador entiende por tal expresión, pues de seguido, el precepto define el «retardo malicioso» como el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.

El art. 449 castiga al «Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia», entendiéndose por tal «el provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima», por tal ha entendido la jurisprudencia, a título ejemplificativo, el deseo de perjudicar a una de las partes (v. SS de 18 de julio de 1897 y de 6 de marzo de 1918), o de beneficiarse a sí mismo (v. S de 3 de diciembre de 1929), A 22 de junio de 2001.

La Sentencia 550/2004, de 20 de mayo [LA LEY 13871/2004], aprecia la existencia del delito previsto en este precepto, considerando que existió retardo malicioso en la Administración de Justicia en la conducta del Juez que incoa diligencias previas con la finalidad de paralizar en otro Juzgado un procedimiento de desahucio y una vez dictado Auto de sobreseimiento de las diligencias no lo comunica al Juez que conocía el desahucio.

Señala 2135/2003, de 20 de enero [LA LEY 874/2003], la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia declara la concurrencia de este elemento subjetivo del injusto, afirmando que la actuación del acusado perseguía provocar una situación de colapso en la prisión, encaminando su actividad jurisdiccional a producir una situación de crisis en el Centro Penitenciario para poner en evidencia la política penitenciaria emprendida por el nuevo equipo directivo, probado indiciariamente.

Concursos

Delito continuado

En estrecha relación con este argumento, el Ministerio Fiscal apoya el reproche aduciendo que los hechos probados reflejan un supuesto de unidad natural de acción no susceptible de descomposición en varios actos delictivos, pues el condenado perseguía, y así se considera probado, de-

sestabilizar el gobierno del Centro Penitenciario con el conjunto de su actuación y es esa conjunta actividad la que constituye la acción típica sancionada, que obedece a un único designio delictivo y se desarrolla en acciones diferentes, lo que excluiría la calificación de continuidad delictiva. La Sala no comparte la censura de consuno formulada. Cada uno de esos bloques de resoluciones constituirían —el conjunto de cada uno de ellos— una acción típica *per se* —como también la constituirían cada acción individual dentro de ese conjunto—, de manera que, obedeciendo los diferentes actos y conjuntos de actos a un mismo designio en virtud del cual se ejecutaban, esta actuación global se enmarca penológicamente en la continuidad delictiva legalmente prevista en el precepto aplicado por el Tribunal a quo (2135/2003, de 20 de enero [LA LEY 874/2003]).

CAPÍTULO II

De la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución

Artículo 450.

1. El que, pudiendo hacerlo con su intervención inmediata y sin riesgo propio o ajeno, no impidiere la comisión de un delito que afecte a las personas en su vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si el delito fuera contra la vida, y la de multa de seis a veinticuatro meses en los demás casos, salvo que al delito no impedido le correspondiera igual o menor pena, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la de aquél.

2. En las mismas penas incurrirá quien, pudiendo hacerlo, no acuda a la autoridad o a sus agentes para que impidan un delito de los previstos en el apartado anterior y de cuya próxima o actual comisión tenga noticia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 195, 412.3 y 618.

LECrin.: arts. 259, 262 y 264.

CPM: art. 181.

El tipo penal objeto de la condena, la omisión del deber de impedir delitos protege, como bien jurídico, la administración de justicia, en un sentido amplio. Las conductas descritas en el tipo protegen el deber de los ciudadanos de evitar los delitos o facilitar su persecución, bien actuando para impedir su realización, bien denunciando el hecho ante la autoridad o sus agentes, para que impidan este delito. Además mediante el tipo se vertebra, de alguna manera, una nueva modalidad de protección de los bienes jurídicos que se mencionan en el precepto. El tipo penal como delito de omisión tiene una estructura que responde a los patrones de ese tipo de delitos, es decir, la existencia de una situación típica; la ausencia de una conducta determinada; y la capacidad de realizar esa acción. Aplicada esta estructura al delito objeto de la condena, la producción de un delito contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual; no impedir la comisión del delito; y posibilidad de actuar inmediatamente y sin riesgo propio o ajeno (1151/2005, de 11 de octubre; en el mismo sentido [LA LEY 14063/2005], **149/1999, de 4 de febrero** [LA LEY 2423/1999]).

La Sentencia 2101/2001, de 14 de noviembre [LA LEY 2685/2002], aclara que no es presupuesto del delito que la víctima reclame auxilio para que exista obligación de ayudarle. En consecuencia,

carece de toda relevancia si se probó o no que la víctima haya solicitado la ayuda de su hermano, el acusado José B. S. El deber de actuar para impedir el delito no está condicionado por el requerimiento del sujeto pasivo, sino que surge directamente de la posición de garante del omitente.

La Sentencia 2013/2002, de 28 de noviembre [LA LEY 670/2003], recordando la jurisprudencia de la Sala al respecto, dice que el delito de omisión del deber de socorro, como delito de mera actividad omisivo, requiere, desde el **plano objetivo**, la existencia de una situación real de inminencia de la comisión de un delito contra la vida, la integridad, la salud, la libertad o la libertad sexual. Se sanciona el incumplimiento de un deber de intervención para salvar el bien jurídico en peligro, por lo que se hace preciso expresar en la tipicidad las condiciones en las que puede, y debe, actuarse para tratar de salvar el bien jurídico en peligro. Desde luego, es precisa la presencia en el momento del ataque y que éste no haya sido consumado, entendido como el momento en el que se perciba la inminencia del ataque. Es preciso, además, una posibilidad de impedir el ataque mediante una actuación concreta dirigida a la no realización de la agresión, lo que supone un estudio de la situación concreta y las posibilidades, también concretas, de actuación inmediata. Esa intervención esperada, y requerida por la norma, debe poder ser realizada sin riesgo propio, la denominada ausencia de riesgo, que exige, desde la subsunción, una ponderación de las circunstancias concurrentes para valorar las posibilidades de intervención en el caso concreto. Desde el **plano subjetivo**, el tipo penal exige un conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, esto es, conocimiento de la situación generadora del deber, conocimiento de las posibilidades de actuar en el sentido querido por la norma, también de la **ausencia de riesgo**, esto es, conciencia de la capacidad de actuar sin riesgo propio, e inacción con cierto desprecio hacia el bien jurídico en peligro. En el supuesto objeto de la casación, el relato fáctico no hace referencia alguna a la inexistencia de un riesgo propio en la actuación en beneficio del bien jurídico en peligro por lo que falta uno de los requisitos de la tipicidad. Por otra parte, la prueba practicada al respecto abunda en la imposibilidad de actuar en el sentido de la norma ya que por el carácter violento del padrastro que cometió las agresiones sexuales contra la menor, el acusado, de 16 años, tenía temor a las represalias de aquél. Consecuentemente, y ante la ausencia del requisito típico de la ausencia de riesgo propio, no es posible apreciar la existencia de este delito.

CAPÍTULO III

Del encubrimiento

Artículo 451.

Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

2.º Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

3.º Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio.

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.7.^a, 67, 298 y ss, 452 y ss.

LECrim.: arts. 259 y ss.

CPM: art. 23.

El párrafo 3.º, letra a), ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004, siendo la redacción anterior la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio».

Bien jurídico

El bien jurídico protegido es un delito que afecta a la Administración de Justicia, en su función de averiguación y persecución de los delitos, sin perjuicio que con su punición se pretenda evitar también aumentar la lesividad a los bienes jurídicos ya lesionados por el delito de referencia (A de 29 de abril de 2009).

Art. 451 CP: Elementos comunes del tipo: Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución.

Señala 178/2006, de 16 de febrero [LA LEY 17955/2006], que el delito de encubrimiento como «delito autónomo», dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, tiene tres modalidades: 1.^a) auxiliar, sin ánimo de lucro, a los culpables para que se beneficien del hecho delictivo; 2.^a) ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito (que ha sido la aplicada en el caso de autos); y 3.^a) ayudar a los culpables a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura cuando concurren las circunstancias especialmente previstas en el citado precepto [v. art. 451.3.º, apartados a) y b), CP]. Son elementos comunes de las tres modalidades de este delito:

a) Un elemento subjetivo consisten en «el conocimiento de la comisión del delito encubierto», lo que se traduce por la exigencia de un actuar doloso en cuanto se requiere no una simple sospecha o presunción, sino un conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no

excluye el dolo eventual que también satisface el requisito de conciencia de la comisión previa de un hecho delictivo y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos (67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006]). El conocimiento de la comisión del hecho delictivo que se pretenda encubrir, sin que sea suficiente la simple sospecha o presunción (STS de 28 de mayo de 1981).

Es evidente que el recurrente sabía que el otro partícipe llevaría a cabo «un palo», pues ello estaba incluido en el plan del delito conjuntamente elaborado y en el que había prometido intervenir en la fase de distribución de la droga. Pero eso no es todo: de acuerdo con los hechos probados, el anterior recurrente le manifestó que «había pegado el palo y que había disparado contra Rafael y Raúl». Es cierto que no se tuvo por probado si le dijo también que había acabado con la vida de uno de ellos. Pero es claro que el recurrente decidió su participación en el encubrimiento con absoluta indiferencia respecto del resultado del delito que encubría y que a los efectos de la ayuda prestada para que el autor se alejara del lugar era totalmente irrelevante si los disparos habían producido la muerte o no de las víctimas. La adecuación de la acción al tipo del encubrimiento, como es obvio, no depende de que el delito encubierto se haya consumado. Por lo tanto, era suficiente a los efectos del dolo que supiera que el otro partícipe había disparado contra dos personas (1290/2005, de 17 de noviembre [LA LEY 10618/2006]).

b) El segundo es de carácter normativo: el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes (67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006]).

Es obvio que coautoría de un delito y encubrimiento del delito de otro son conceptos no asimilables (740/2009, de 30 de junio, 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 11047/2006]). Cabría discutir si se trata de un supuesto de autoría por cooperación necesaria y no mera complicidad, pero desde luego la referencia al encubrimiento aparece como manifiestamente infundada, puesto que esa figura requiere, por virtud del principio de subsidiaridad expresa, no haber participado en el delito encubierto como autor ni como cómplice, y además exige que la acción se ejecute con posterioridad a la consumación del delito (A 698/2009, de 5 de marzo [LA LEY 23285/2009]).

104/2005, de 31 de enero [LA LEY 872/2005], acoge la teoría del autoencubrimiento impune que en Sentencias como las de 24-10-89, 18-9-92, 23-12-95, se establece y da algunos ejemplos y sostiene que no puede ser apreciado delito en aquellos supuestos en que lo único que se pretende con el traslado del cadáver, con su desenterramiento y posterior destrucción en la incineradora, es exclusivamente esconder y disimular la acción homicida, ni muchísimo menos, atentar contra las normas reglamentarias que salvaguardan la salud Pública, ya que sería paradójico, cuando no risible, obligar al homicida a solicitar previamente de las autoridades sanitarias ese traslado. Sin embargo, ello no tiene un alcance extensivo a todo tipo de delitos y supuestos. La Sentencia de 5 de febrero de 1990 [LA LEY 1260-2/1990] precisa que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo que los actos practicados por el autoencubridor constituyan de por sí un nuevo delito. 1807/2000, de 25 de noviembre [LA LEY 1388/2001], contempla el supuesto de un funcionario auxiliar de correos que se abstuvo de entregar dos paquetes postales a su destinatario para apoderarse de su contenido, simulando una rúbrica en el lugar del libro de reparto en que deben estampar su firma las personas que reciben los paquetes y se entendió incuestionable que tal conducta era plenamente insubsumible en el art. 390.1.3.º CP, rechazándose el autoencubrimiento impune, en la medida en que el hecho ya suponía una lesión al bien jurídico protegido mediante la punición de las falsedades.

c) Que la conducta del encubridor sea posterior a la realización del delito que se pretende encubrir.

Como expone la doctrina científica el encubrimiento es sin duda una conducta dotada de su propio contenido de injusto en la medida en que ayuda al autor o al partícipe en un delito a alcanzar el agotamiento material de sus propósitos o a conseguir burlar la acción de la justicia, con lo cual el injusto cometido cristaliza y hasta se agranda en lo material, amén de que se frustra la reacción punitiva. Pero en modo alguno el encubrimiento contribuye al injusto anteriormente realizado por los partícipes (67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006]).

20/2001, de 28 de marzo [LA LEY 3306/2001], el fundamento esencial del tratamiento del encubrimiento como delito autónomo se encuentra en la consideración de que no es posible participar en la ejecución de un delito cuando ya se ha consumado. Por ello, la tipificación autónoma del encubrimiento exige que se trate de comportamientos realizados con posterioridad a la ejecución, mientras que la ayuda prestada al autor durante la fase ejecutiva integra complicidad o cooperación necesaria.

Consumación y tentativa

ATS de 3 de septiembre de 2001 detalla que basta con que se produzca ese auxilio para que se entienda consumada la acción encubierta, aunque no produzca el resultado apetecido en todo o en parte; es decir, se configura como un delito de simple actividad en el que, lógicamente, no caben formas imperfectas de ejecución como la tentativa (Sentencia 1655/2001, de 22 de febrero [LA LEY 4370/2001]), transcrita por SAP Madrid 62/2009, de 27 de abril [LA LEY 72202/2009].

Así, pues, la concurrencia de estos elementos comunes ha quedado verificada a resultados del contenido del *factum*. Ahora queda por dilucidar si, además, también están presentes en la actuación del acusado, las notas requeridas por cada una de las modalidades de encubrimiento (67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006]).

Art. 451.1.º CP. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio.

Art. 451.2.º CP. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento.

Elementos objetivos

Conducta típica

Por lo que se refiere a la segunda modalidad típica de esta figura delictiva —conocida doctrinalmente como «favorecimiento real»—, que ha sido la aplicada en este caso, debe decirse que el término «ocultar», empleado por el legislador, «ha de interpretarse en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa», y que la acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del delito (v. SSTS de 6 de febrero de 1982 y 15 de febrero de 1993), y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión (178/2006, de 16 de febrero [LA LEY 17955/2006]).

Lo que reclama el precepto es una actuación material sobre los objetos que enumera. Previsión que no puede decirse satisfecha con un comportamiento como el que se describe por la sala. En efecto, según ésta señala (fundamento segundo *in fine*), la acusada trató de que el delito en curso de realización por parte de la persona a la que acompañaba no fuera descubierto por la policía, dificultando con ello en alguna medida, es cierto, la actuación de los agentes. Pero lo hizo «negando que su tío y ella llevaran equipaje» y, por tanto, sin recurrir a alguno de los modos de obrar denotados en el precepto de referencia mediante los verbos «ocultar», «alterar» e «inutilizar». Donde, según el Diccionario de la RAE, resulta que «ocultar» es «esconder, tapar, disfrazar, encubrir a la vista». «Alterar» equivale a «cambiar la esencia o forma de una cosa». E «inutilizar» consiste en «hacer inútil, vana o nula una cosa». Pues bien, la simple utilización de recursos verbales para tratar de persuadir a otros de algo que no es real, constituye una clase de actuación que no puede ser asimilada a ninguna de las descritas, que consisten en diversas modalidades de intervención sobre las cosas o en algún supuesto de interposición espacial entre ellas y el tercero observador, con objeto de impedir que puedan ser vistas o reconocidas. Algo que, es patente, aquí no aconteció, 847/2004, de 5 de julio [LA LEY 13742/2004].

De modo evidente, son varias las cuestiones que plantea este motivo, destacando, en primer término, la relativa a si la pretensión de ocultar la titularidad del barco XXX constituye realmente una conducta penalmente típica —contemplada en el artículo, ir al término anterior 451, ir al término siguiente 2.º CP, como ha estimado el Tribunal de instancia—, habida cuenta del tenor literal del precepto, en el que se habla de ocultar los «instrumentos» del delito, por cuanto, en el presente caso, es patente que el XXX —verdadero instrumento del delito— ha estado en todo momento a disposición de las autoridades y de los funcionarios encargados de la instrucción e investigación de los hechos objeto de esta causa. Por lo demás, la ocultación de la titularidad real del barco ha sido un hecho anterior a la intervención como Letrado del aquí recurrente (al menos, nada consta sobre su posible intervención en ello), dado que «el XXX estaba a nombre de la mercantil Darlington Marine Ltd., compañía domiciliada en Gibraltar, de la que se desconocían los socios» (v. HP, pág. 27); sociedad que, por lo demás, y ello es ciertamente relevante, ha estado personada en esta causa (v. encabezamiento de la Sentencia recurrida). Constituye una cuestión igualmente debatida la relativa al pabellón del XXX —abanderado en la República de Togo—, que ha dado lugar a la formalización de varios motivos de casación en los que se cuestiona la jurisdicción española y, por ende, la competencia del Tribunal de instancia para el enjuiciamiento de estos hechos, por lo que se pide la nulidad de las actuaciones. Consecuencia de ello, ha sido también la personación del Gobierno de la República de Togo, ante la Audiencia Nacional, planteando «cuestión de cesión de jurisdicción a dicha República» (cuestión sobre la que —como también hemos dicho— se pronunció finalmente esta Sala —v. gr., antecedentes núm. 6 de la resolución combatida—); e igualmente la presencia, en la sede del Juzgado Central de Instrucción núm. 6 —instructor de esta causa— de dos ciudadanos —uno como funcionario del gobierno de la República de Togo y el otro como Abogado— «solicitando explicaciones sobre la embarcación XXX», habiéndose recibido también en el referido Juzgado de Instrucción «escrito remitido por las autoridades administrativas de Togo, del Ministerio de Comercio e Industria, Dirección de Asuntos Marítimos, a través de la Unidad Central de Estupefacientes, que lo habían recibido del Ministerio de Fomento de España, solicitando información sobre la embarcación DIRECCION001» (v. HP, 3.º). Dada la titularidad formal del barco XXX y el pabellón que ostentaba, extremos respecto de los cuales no consta que el recurrente haya tenido intervención alguna previa a su actuación como Letrado de algunos acusados en esta causa, no cabe afirmar categóricamente —como es preciso para una condena penal— que las actividades desarrolladas por el Letrado aquí recurrente, reflejadas, en forma sumamente vaga e imprecisa, en el relato fáctico de la Sentencia de la Audiencia Nacional,

supongan una «desviación del fin supremo de Justicia a que la abogacía se halla vinculada» (v. art. 30 del Estatuto de la Abogacía), como ha entendido el Tribunal sentenciador. De todo lo expuesto, es preciso concluir que los hechos imputados al Letrado recurrente en la resolución combatida no se corresponden incuestionablemente con el tipo penal del art. 451.2.º del CP —cuya infracción aquí se ha denunciado—, por lo que debe estimarse el primero de los motivos formulados por infracción de Ley, lo cual hace innecesario el examen del posible fundamento de los restantes motivos del recurso (178/2006, de 16 de febrero LA LEY 17955/2006)).

Concursos

Blanqueo de capitales (301.1 CP)

La conducta tipificada en el art. 301.1 CP (Realizar cualquier acto para ocultar o encubrir ese origen) es una conducta de favorecimiento real propia del encubrimiento (art. 451.2) con el que entraría en concurso de normas (155/2009, de 26 de febrero [LA LEY 6932/2009], 16/2009, de 27 de enero [LA LEY 623/2009]).

Art. 451.3.º CP. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo u homicidio.

Elementos objetivos

Conducta típica

El recurrente plantea diversas cuestiones. Pero hay una, la última aludida, que debe abordarse en primer término, porque de ser asumida haría innecesario el tratamiento de las demás. Es la suscitada al cuestionar que la referencia al «homicidio» que figura en el art. 451.3.a) CP comprenda el cometido por imprudencia. En materia de interpretación, uno de los argumentos a considerar es el conocido como *a sedes materiae*, que, en este caso, abonaría la inteligencia de que el homicidio imprudente es también «homicidio» a efectos de encubrimiento debido a su ubicación sistemática. Pero es pacífico que este criterio sólo prevalecerá a condición de que no plantee problemas de coherencia interna del propio ordenamiento; por lo que no sería aplicable cuando hacerlo conlleve la desatención a valores jerárquicamente supraordenados al de índole preferentemente formal que encarna tal canon interpretativo. Desde este punto de vista, debe repararse en dos datos de contexto. Uno es que el legislador reserva el tipo de favorecimiento previsto en la norma varias veces citada a sólo cierta clase de delitos, connotados por una especial gravedad, derivada de la calidad del sujeto pasivo o de la naturaleza de la acción («genocidio, rebelión, terrorismo u homicidio»). Y otro que, por regla general, los tipos penales en nuestro Código están concebidos como dolosos. Ambas constataciones prestan plausibilidad al punto de vista de los recurrentes, en el sentido de que, por coherencia con la línea de política penal expresada en tales opciones, la referencia al homicidio no debería comprender el homicidio imprudente. Pues, en efecto, no sólo es menos reprochable que aquellos otros delitos; sino que, además, tiene asignada una pena

(prisión de uno a cuatro años) muy similar a la que —de entenderse punible esta clase de encubrimiento— correspondería a su autor (seis meses a tres años de prisión), con ostensible quiebra del principio de proporcionalidad. Más cuando, aunque el encubrimiento tenga la consideración actual de delito autónomo, no aparece configurado como totalmente independiente del delito encubierto en lo que hace al tratamiento legal en el plano de la pena (art. 452 CP). Es por lo que el motivo debe estimarse (132/2006, de 3 de febrero [LA LEY 14444/2006]).

b) Que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave.

Elementos objetivos

Conducta típica

El auxilio, por una parte, ha de tener como finalidad la de eludir la investigación oficial o sustraerse a la acción de la justicia, que no admite dudas, y que la acción se haya cometido «con abuso de funciones públicas» (67/2006, de 7 de febrero).

Se precisa por el recurrente, pues, que el encubridor sea autoridad o funcionario y que realice la conducta de favorecimiento personal dentro del ejercicio de las competencias que le son propias, de las que hace mal uso, por lo que, quien carece de competencias en el proceso de investigación, en la toma de decisiones, quien no lleva las «riendas de la investigación», quien no decide, ni propone, ni practica las distintas diligencias policiales tendentes a la comprobación del delito y la averiguación del delincuente, no puede favorecer o auxiliar dentro de aquellas competencias, no existe abuso de funciones públicas (competencias) cuando no se tienen. Esta alegación no puede ser aceptada puesto que la expresión legal «abuso de funciones públicas» no debe ser interpretada en el sentido tan radicalmente restrictivo que propugna el motivo, sino en el más amplio que la doctrina científica define como «mal uso» de la función pública desempeñada por el sujeto activo de la infracción, es decir, que la acción favorecedora realizada por el funcionario público se encuadre en el ámbito de sus competencias como tal funcionario, lo que propicia, precisamente, la realización de la acción ilícita mediante el prevalimiento abusivo de dicha condición funcional (67/2006, de 7 de febrero [LA LEY 11047/2006]).

Concursos

Concurso de normas

Blanqueo de capitales (301.1 CP)

La conducta tipificada en el art. 301.1 CP (Realizar —cualquier otro acto—, para ayudar a quien ha realizado la infracción o delito base (que ha de ser grave) a eludir las consecuencias de sus actos) tipifica una conducta de encubrimiento, ahora personal, por lo que entra en concurso de normas con el art. 451.3, a resolver conforme el criterio de la alternatividad (art. 8.4 CP) (155/2009, de 26 de febrero [LA LEY 6932/2009]).

Prescripción

Efectivamente está consolidado el criterio según el cual persiguiéndose un hecho como posible delito, si después es calificado definitivamente como falta, no se aplicará el plazo de pres-

cripción de éstas (seis meses) sino el correspondiente al delito de que se trate. La razón de ello es que debe atenderse a la calificación de los hechos en cada momento y si los mismos estaban catalogados como delito no le podía ser de aplicación el plazo prescriptivo de las faltas, lo que sólo sucederá cuando ésta sea la tipificación acogida. Así, 1444/03 contiene una detallada exposición de la doctrina de la Sala Segunda con numerosos precedentes. Éste es el criterio aplicado cuando la modificación de la calificación desciende de delito a falta. El caso enjuiciado es análogo pero no idéntico, puesto que tiene lugar una mutación de la calificación durante el procedimiento cambiándose el título delictivo más grave (asesinato), sostenido por las acusaciones, por otro más benigno (encubrimiento) acogido por la Audiencia. Naturalmente el recurrente sostiene que, puesto que esta última es en definitiva la calificación, en todo caso debe aplicarse el plazo de prescripción del encubrimiento y no del asesinato, por lo que el delito del art. 451 CP estaría ya prescrito. Sin embargo, este argumento, además de no ajustarse a la Jurisprudencia de esta Sala a la que nos acabamos de referir, no tiene en cuenta que mientras no concurre una calificación definitiva de los hechos, que es la acogida por el Tribunal que debe juzgarlos, es decir, mientras no existe una Sentencia firme, se trata en realidad de calificaciones o catalogaciones de hechos con apariencia delictiva necesariamente sujetos a un juicio provisional de tipicidad, de forma que lo que se declara prescrito con anterioridad a la Sentencia no es un delito o falta propiamente dicho sino un hecho con apariencia de delito o falta. Siendo ello así, sólo podrá tenerse en cuenta la calificación vigente en el momento en que vaya a aplicarse la prescripción, pues no existe otra que tenga mayor corrección, de forma que si es en la propia Sentencia donde se califican los hechos como constitutivos de un delito de encubrimiento sólo a partir de este momento podrá entenderse aplicable el plazo de prescripción correspondiente a dicho delito, pues durante el procedimiento sólo puede considerarse como catalogación correcta en cada momento la del homicidio o el asesinato. Por lo tanto, hasta que no concurre una calificación definitiva no puede jugar el plazo de prescripción que le corresponda: no es propiamente una cuestión de seguridad jurídica (como también la Jurisprudencia ha apuntado en algunas ocasiones) sino de tipificación penal (juicio de tipicidad). Ello no sólo se manifiesta en este aspecto, sino en muchos otros: tipo de procedimiento, medidas cautelares personales o reales. Por otra parte, no es posible admitir la aplicación de la prescripción por el Instructor y mantener simultáneamente la tesis de la calificación definitiva en la esfera de investigación del delito. Por último, si ha habido alguien condenado por el delito de asesinato, como es el caso, también es aplicable la doctrina tradicional según la cual, abiertas actuaciones penales por el delito más grave, ello impide la prescripción de los restantes delitos enjuiciados en la misma causa (1621/2005, de 29 de diciembre [LA LEY 11030/2006]).

Otras cuestiones

Es de meridiana claridad que el hecho de que se condene al recurrente como autor de un delito de encubrimiento cuando la acusación contra él formulada era la de la autoría o, en su caso, complicidad respecto de un delito de homicidio y una falta de lesiones, vulnera su contenido y el derecho de defensa del así condenado (511/2007, de 9 de mayo [LA LEY 20348/2007]).

El motivo contiene también, sin apenas desarrollo, una referencia a la «desviación del principio acusatorio», por haber sido condenado por un delito de encubrimiento (art. 451 CP) siendo la acusación inicial por homicidio. No hay tal vulneración teniendo en cuenta lo siguiente: a) La vinculación del Tribunal a los hechos expuestos por la acusación no puede suscitar duda alguna en la medida que los subsumibles en el delito autónomo aplicado están comprendidos en su relato. En relación con un segmento del mismo la Audiencia ha expresado sus dudas al hilo de si la víctima falleció al ser decapitada o ya había fallecido con anterioridad, luego si el acusado

intervino en este segundo momento, lo que da como seguro, sería encubridor del delito, siendo ésta la tesis acogida por la Audiencia. b) Es cierto que el encubrimiento constituye hoy un delito autónomo y no una forma de participación en lo hecho por el autor, pero ello no excluye la evidente relación de homogeneidad que se da entre ambos tipos. c) Por último, es evidente la menor gravedad de la calificación aplicada y en todo caso no se advierte, ni el recurrente ha demostrado, indefensión alguna derivada de la imposibilidad de debatir en el Plenario esta cuestión. El motivo debe ser desestimado (1621/2005, de 29 de diciembre [LA LEY 11030/2006]).

Como quiera que acusándose por el delito del art. 368 CP en relación al 28 CP, el Tribunal condenó, por ese precepto en las modalidades ejecutiva de complicidad (art. 29 CP), excluida la realización de cualquier acto previo o coetáneo, o caso de ser posterior que estuviera concertado, la hipótesis debe encajar en el art. 368, en relación al 451-1.º CP. Ambos preceptos son homogéneos, en cuanto el encubrimiento constituye una manifestación conductual desarrollada con posterioridad a la comisión del delito encubierto, que en el derogado Código de 1973, constituía una forma de realizar el delito y ahora integra un delito autónomo. Los elementos de la imputación del art. 368 CP se hallan todos ellos contenidos en el art. 451 CP y de ellos ha podido defenderlo plenamente el acusado, amén que las penas establecidas en el art. 451 son menores. La doctrina de esta Sala viene proclamando tal posibilidad, siendo exponente la Sentencia núm. 1760/2002, de 24 de octubre, que declara que «auxiliar a los delincuentes, para que se aprovechen de los efectos del delito es encubrimiento», en particular «tratando de preservar dinero procedente del tráfico de drogas frente a una actuación policial» (1230/2004, de 29 de octubre [LA LEY 227374/2004]).

Artículo 452.

En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 88 y 298.3.

Artículo 453.

Las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor del hecho encubierto sea irresponsable o esté personalmente exento de pena.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 19, 20 y 300.

Artículo 454.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1.º del art. 451.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 218.2, 305.4, 307.3, 308.4, 354, 427, 462 y 480.1.

Tiene declarado la Sala Segunda, como es exponente la Sentencia 475/2002, de 15 de marzo [LA LEY 7296/2002], que la exención de responsabilidad por encubrimiento de parientes nada tiene que ver con el ajeno a la familia al no ser comunicable esta circunstancia, respecto al cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento (reproducida por 130/2006, de 23 de marzo). Añade esa Sentencia que una reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda, Sentencias de 26 diciembre 1986, 16 mayo 1989 y 25 enero 1993, ha declarado que cuando la conducta se dirige a varias personas se debe rechazar la excusa absolutoria cuando concurra una situación psicológica movida y presidida por el deseo de ayudar a todos los miembros del grupo, por encima de la vinculación familiar a uno de ellos. La doctrina que se acaba de dejar expresada es perfectamente aplicable al supuesto que examinamos en el presente recurso, en el que la recurrente ayudó de modo eficaz y activo a ocultar y alterar el cuerpo de la víctima con el fin de evitar el descubrimiento e identificación de la autoría tanto de la persona con la que estaba unida sentimentalmente como del otro partícipe, sin que pueda tomarse en consideración la inexigibilidad de otra conducta con respecto a la persona con la que no mantenía ninguno de los vínculos que se describen en el art. 454 del Código Penal (624/2004, de 17 de mayo [LA LEY 11498/2005], 475/2002, de 15 de marzo [LA LEY 7296/2002]).

La inexigibilidad de otra conducta, sólo puede predicarse respecto del pariente, y no respecto al que no le une tal vínculo (475/2002, de 15 de marzo [LA LEY 7296/2002]).

CAPÍTULO IV**De la realización arbitraria del propio derecho****Artículo 455.**

1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si para la intimidación o violencia se hiciera uso de armas u objetos peligrosos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 236, 237, 238 y 242.

CC: arts. 7.2 y 1747.

Como indican 1243/2003 y 501/2004, «el delito de realización del propio derecho (...) ha sido modificado por el Código Penal de 1995 que ha extendido esta figura delictiva a la realización de cualquier derecho, suprimiendo la exigencia de que se cometa mediante el apoderamiento de cosa perteneciente al deudor, y se admite que pueda realizarse, no sólo con violencia e intimidación, sino también con fuerza en las cosas» (650/2008, de 23 de octubre [LA LEY 169573/2008]).

Bien jurídico

Es unánime la jurisprudencia de los últimos años en considerar que el **bien jurídico protegido** de este delito pluriofensivo es la Administración de Justicia y el patrimonio del deudor atacado, así en Sentencia 359/1999, de 1 de marzo [LA LEY 2853/1999] (que a su vez cita las de fecha 15 de marzo de 1991 [LA LEY 1963-JF/0000], 27 de octubre de 1992 [LA LEY 12822/1992] y 23 de enero de 1998 [LA LEY 1515/1998]). Se trata, recuerda la Sentencia 271/2004, de 5 de marzo [LA LEY 1268/2004], de proteger con este tipo penal, que los ciudadanos renuncien a las vías de hecho, para hacerse pago o hacer cumplir obligaciones, ya que ello deterioraría de forma insoportable, la convivencia social. Por ello, de manera acertada, el Código Penal considera que se trata de un delito contra la Administración de justicia y no de un delito contra la libertad y seguridad de las personas. El Estado de Derecho quebraría, si los particulares actuasen a su libre arbitrio y conveniencia, usurpando el monopolio de la fuerza ejecutiva, que corresponde a cada uno de los tres Poderes del Estado.

Elementos objetivos

Sujeto activo

El delito de realización arbitraria del propio derecho es un delito especial que requiere en el sujeto activo una cualidad específica, cual es la de ser titular del derecho cuya realización se ejecuta por las vías de hecho y al margen de los cauces jurisdiccionales que el Estado establece para la resolución de esta clase de conflictos (A 2518/2005, de 10 de noviembre [LA LEY 299204/2005]). El **sujeto activo**, dice la Sentencia 509/2000, de 27 de marzo [LA LEY 6011/2000], sólo puede ser el mismo titular del derecho que se trata de realizar fuera de las vías legales.

Conducta típica

La jurisprudencia de esta Sala, ha analizado los requisitos de ésta figura delictiva (650/2008, de 23 de octubre):

a) En cuanto a la relación jurídica extrapenal preexistente, se exigía que el autor del delito fuera titular de un crédito lícito, vencido y exigible (SS de 30-5, 20-9 y 25-11-85 si la deuda no fuese exigible se concreta en robo (STS 3-2-81). Con la nueva redacción dada al tipo de realización arbitraria del propio derecho en el art. 455 CP cabe aplicar éste respecto de derechos no crediticios u obligacionales, como los reales, en ese sentido 1242/2003, de 29 de septiembre.

El componente nuclear del tipo delictivo del art. 455 CP es la existencia de una previa relación jurídica obligacional entre el sujeto activo y pasivo del delito, de la que surge un derecho de crédito del primero contra el segundo, que resulta formalmente deudor del acreedor, y esa relación jurídica obligacional es la que genera un crédito real, lícito, vencido y exigible del que el agente se hace pago actuando fuera de las vías legales y empleando a tal fin violencia, intimidación o fuerza en las cosas (1500/2002, de 18 de septiembre).

b) En cuanto a la dinámica, en relación al tipo del art. 337 del CP de 1973, se admitió por la jurisprudencia, que el delito pudiera perpetrarse mediante el apoderamiento de la cosa debida o de otra, puesto que el patrimonio del deudor responde con todos sus bienes (SS 14-11-84, 15-3-88 y 24-4-92), pero se estimaban constitutivos de delito contra el patrimonio los apoderamientos que superasen de forma importante el valor de lo adeudado (S 3-2-81). Con la nueva redacción, y si se trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales, la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de los derechos, para que se aprecie el tipo del art. 455. Ha habido Sentencias que exigían el requerimiento previo directo y personal al presunto deudor (SS 12-2-90 y 21-3-91).

Elementos subjetivos

Continúa con los requisitos de esta figura delictiva 650/2008, de 23 de octubre [LA LEY 169573/2008], señalando: «c) en cuanto al propósito de realizar un derecho propio, elemento subjetivo del injusto, la jurisprudencia (SS 3-2-81 y 26-2-82) ha entendido que el mismo determine la eliminación del ánimo de lucro, y marca la diferencia con el robo. La intención de enriquecimiento injusto preside el delito de robo, mientras en el art. 455 del CP de 1995, se busca la reparación de un empobrecimiento injusto».

Este elemento básico del delito del art. 337 del CP de 1973 y del art. 455 del CP de 1995, del ánimo de realizar y hacer efectivo el propio derecho, no concurre en absoluto en el supuesto que examinamos, en el que el acusado violentamente se apodera del dinero que previamente había entregado en pago de una relación sexual con una prostituta, sin que conste en modo alguno deuda de esta última con su agresor (1242/2003, de 29 de septiembre [LA LEY 10135/2004]).

Error

En la Sentencia 359/1999, de 1 de marzo [LA LEY 2853/1999], se establece que el **elemento subjetivo** en este delito es el ánimo de realizar y hacer efectivo el propio derecho y si, como matiza la Sentencia de 14 de noviembre de 1984 [LA LEY 9360-JF/0000], el acreedor estuviera en la racional creencia de hallarse en el ejercicio legítimo de un derecho, habría un error de prohibición que podría volatilizar el mentado dolo.

Consumación y tentativa

Sobre el momento consumativo del delito tipificado en el art. 455 CP han sido sostenidas diversas posturas relacionadas con lo que se considere como bien jurídico protegido: según se sitúe a éste más o menos cerca del patrimonio mayor o menor resulta la exigencia de que la cosa haya sido sustraída del ámbito del dominio del sujeto pasivo. Pero, dada la actual ubicación del tipo dentro de los delitos contra la Administración de Justicia y dada la expresión utilizada en el tipo «para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales», debe entenderse que para la consumación no es siquiera necesaria la lograda realización del derecho, sino que el delito ha de estimarse consumado por la violencia, intimidación o fuerza en las cosas empleada —véase la Sentencia 531/2002, de 20 de marzo [LA LEY 6678/2002]— (778/2005, de 18 de mayo [LA LEY 111431/2005]).

Concursos

Concurso de normas

Detención ilegal

El tipo delictivo que contemplamos encierra, como elemento secundario cualificador, una conducta que podía integrar el delito de realización arbitraria del propio derecho, consumidos

(art. 8.3.º CP) en el de detención ilegal, en el que además se produce, con la detención de la víctima, la pérdida transitoria de su libertad de deambulación que hace merecedores a los acusados de una grave pena, consecuencia de la rigurosa respuesta punitiva del legislador a la vulneración de uno de los más preciados derechos fundamentales de que puede disfrutar la persona (280/2005, de 3 de marzo [LA LEY 51565/2005]).

Robo

La diferencia esencial entre el delito de robo y el de realización arbitraria del propio derecho está constituida por la presencia en el primero del ánimo de lucro. Sin embargo, a diferencia del art. 337 CP, que castigaba al que «con violencia o intimidación se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella», el texto actual castiga al que actuando fuera de las vías legales, para realizar un derecho propio, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, lo que determina que si el sujeto activo trata de hacer efectivos derechos de propiedad o reales en poder del pasivo, para apreciar el tipo del art. 455 la apropiación deberá recaer sobre los bienes que constituyen el objeto de dichos derechos, luego el apoderamiento indiscriminado de bienes poseídos por el deudor conlleva el ánimo de lucro típico del robo con independencia del móvil que guíe la conducta del sujeto activo. En el presente caso el hecho probado no establece que las cosas sustraídas a los acusados se encontrasen en el domicilio a donde se dirigieron y donde se apoderaron de las relacionadas, razonando la Sala (fundamento de derecho quinto) que los acusados «trasmutando su idea inicial de buscar sólo bienes que les habían sido sustraídos, se apoderaron dolosamente de bienes de José Manuel P. aprovechándose de que se encontraba bajo una situación intimidatoria al continuar todavía privado de libertad». El recurrente, además de ello, posteriormente, se apodera de la furgoneta de P. obligándole a poner su firma en la documentación correspondiente para llevar a efecto la transferencia de la misma. Dificilmente sobre esta base fáctica pueda entenderse la falta del ánimo de lucro que se pretende (1564/2002, de 7 de octubre [LA LEY 1059/2003]).

Concurso real de delitos

La descripción legal de los elementos del tipo objetivo del delito de realización arbitraria del propio derecho incluye la intimidación o la violencia, pero no necesariamente la causación de lesiones a la víctima. Estas constituyen un elemento antijurídico añadido no cubierto por dicha descripción típica, por lo que deben ser sancionadas de modo independiente (654/2006, de 16 de julio [LA LEY 70078/2006]).

Otras cuestiones

El tema planteado ya ha sido tratado en las Sentencias 867/1997, de 19 de diciembre, y 62/1998, de 23 de enero, y de acuerdo con la doctrina en ellas expuesta podemos afirmar que en principio entre los delitos de robo con violencia o intimidación y el de realización arbitraria del propio derecho existe una heterogeneidad sistemática, en cuanto están situados en Títulos distintos del Código Penal, con referencias a bienes jurídicos diferentes. Pero que existe con frecuencia una homogeneidad estructural cuando, como ocurre en el presente caso, sus acciones respectivas ofrecen una similar morfología. Máxime teniendo en cuenta el carácter pluriofensivo del delito recogido en el art. 455 de Código Penal, en el que tanto se atenta contra la Administración de Justicia como contra el patrimonio del deudor atacado. Lo esencial es que no se haya producido indefensión, y en este caso desde el inicio de las actuaciones Guanrong L. manifestó que su conducta siempre ha ido dirigida a cobrar el dinero que le adeudaba Limao X., hasta el punto de que

en el escrito de defensa formulado por su representación procesal se afirma que se trata «de un problema laboral enmascarado interesadamente por el denunciante». Por tanto el ánimo «de realizar un derecho propio» diferenciador de ambos delitos, ha sido alegado y debatido, y la condena por el citado delito, sancionado con pena menor que la solicitada por la acusación, no puede ser considerada como inesperada o sorprendente (1414/2001, de 10 de julio [LA LEY 8457/2001]).

CAPÍTULO V

De la acusación y denuncia falsas y de la simulación de delitos

Artículo 456.

1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados:

1.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito grave.

2.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses, si se imputara un delito menos grave.

3.º Con la pena de multa de tres a seis meses, si se imputara una falta.

2. No podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras sentencia firme o auto también firme, de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que haya conocido de la infracción imputada. Éstos mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del ofendido.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 205, 208 y ss.

LECrim.: arts. 102.2.º y 239 y ss.

LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de hábeas corpus: art. 9.º.

Bien jurídico

El delito de acusación y denuncia falsa es un delito de los denominados pluriofensivos en los que concurren una pluralidad de objetos de protección. De una parte, la administración de justicia, por cuanto implica la utilización indebida de la actividad jurisdiccional; además, el honor de los denunciados a quienes se les imputa la realización de un hecho delictivo. Ambos bienes jurídicos aparecen, en principio, lesionados, por cuanto, de ser ciertos los hechos imputados y eso es algo no discutido en la resolución impugnada, existió una actuación jurisdiccional en contra de los querellantes, alguno de ellos sufrió medidas cautelares de carácter personal, y la investigación duró casi dos años durante los cuales los perjudicados sufrieron las consecuencias de un procedimiento penal de investigación (417/2006, de 7 de abril [LA LEY 48797/2006]).

Elementos objetivos

Conducta típica

La doctrina viene entendiendo como requisitos básicos del delito de acusación y denuncia falsa prevista en el art. 456 CP: a) una imputación con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad de hechos que, de ser ciertos, constituirían delito o falta; b) que la imputación se haga a persona determinada, distinta de la que la realiza y que la misma esté viva; y c) que la acción típica se realice mediante denuncia o querrela ante alguno de los funcionarios que menciona el precepto, judicial o administrativo (A 2248/2006, de 25 de octubre [LA LEY 305384/2006]).

Señala 2112/1993, de 23 de septiembre [LA LEY 13390/1993], que la acción típica consiste en la acción de imputar; es decir, atribuir a otro una acción, en este supuesto un delito, debiéndose significar, a renglón seguido, que esta imputación ha de ser falsa o, lo que es lo mismo, contraria a la verdad; lo que nos conduce a su vez a otro problema muy importante, cual es determinar a qué verdad se refiere la Ley: si a la verdad objetiva —comparar lo que es con lo que se dice que es en la denuncia o acusación—, o a la subjetiva, es decir, lo que el denunciante o acusador entendía razonablemente que era. La jurisprudencia de esta Sala ha exigido, en este sentido, como **elemento subjetivo del tipo**, la intención de faltar a la verdad; lo cual, como siempre que se hace referencia al ánimo en el Derecho penal o en cualquier otro sector del ordenamiento jurídico sancionador, habrá de ser inferido de las circunstancias concurrentes. En el mismo sentido, la Sentencia 753/1997, de 21 de mayo [LA LEY 8006/1997].

Por eso, según la Sentencia 236/2002, de 18 de octubre, se cumple el tipo en quien denuncia a otro por la sustracción de objetos a sabiendas de que la misma no había tenido lugar, o conforme la Sentencia 1301/2003, de 14 de octubre [LA LEY 1511716/2003], en quien introduce 93,05 gramos de cocaína en un vehículo y denuncia al propietario. En cambio, por ausencia de los referidos elementos del tipo, la Sentencia 994/2003, de 25 de julio [LA LEY 1460641/2003], no considera la existencia de este delito en quien realiza una comparecencia en el Juzgado de Instrucción, manifestando que los querellantes habían tomado posesión de las obras e impedían la entrada de los querellados, porque en primer lugar no es un hecho falso sino verdadero pues efectivamente se había tomado posesión de las obras y se había contratado un servicio de seguridad para las mismas ni, en segundo lugar, tal hecho podía ser constitutivo de infracción penal, ni cabe deducir siquiera, por otra parte, la intención de presentar una verdadera denuncia de la circunstancia de que la comparecencia se hiciese ante un Juzgado de Instrucción. El sentido de la manifestación hecha ante el Juzgado revela más la intención de precaverse ante eventuales problemas que la de suscitar el inicio de un procedimiento penal para la investigación de un delito.

Condición objetiva de procedibilidad (art. 456.2 CP)

En este modo de proceder hay, ciertamente, una irregularidad procesal, en vista de lo que dispone el art 456.2.º CP, cuando, tratándose de delitos de acusación o denuncia falsa, contempla la exigencia de que la causa seguida por la infracción ilícitamente imputada haya concluido por Sentencia absolutoria o Auto de sobreseimiento o archivo. Es patente que en su día se desconoció lo dispuesto en una norma de procedimiento. Podría, incluso, discutirse si esencial o no, pero lo cierto es que no concurrió indefensión, en contra de lo sugerido en el escrito de recurso. Porque cuando se produjo la imputación a Diana había indicios claros del posible delito, fue interrogada en presencia y con asistencia de su Letrado; y éste no hizo objeción alguna en relación con tal

defecto de forma, que tampoco aparece denunciado en el escrito de defensa. Por tanto, la conclusión obligada es que el derecho de la interesada a alegar frente a la imputación, a proponer prueba y a defenderse en la causa no ha padecido de manera efectiva en su materialidad, que es lo que bien conocida jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta sala exigen para que pueda hablarse, en rigor, de auténtica indefensión. En consecuencia, el defecto era subsanable y la sala de instancia ha resuelto adecuadamente al considerarlo subsanado (914/2007, de 16 de noviembre [LA LEY 185174/2007]).

Concursos

Concurso real y concurso medial

El delito de falsedad en documento público se consuma con la confección del documento por el funcionario, sin necesidad de un uso posterior. Es claro que en ese momento se vulnera la llamada «fe pública», es decir, la confianza de la generalidad en la veracidad del contenido de la declaración documentada por el oficial público. El uso posterior comporta una nueva acción. Cuando esta nueva acción constituye una denuncia falsa se afectan otros bienes jurídicos que en modo alguno están ya implícitos en la falsedad documental. La falsa denuncia, cualquiera sea la dificultad para delimitarla respecto de los delitos contra el honor, en particular la calumnia, afecta no sólo a la Administración de Justicia, generando el riesgo de persecución penal de un inocente, sino también el honor de la persona afectada, aspectos del hecho que no están alcanzados por la «fe pública». El llamado concurso «medial» es un supuesto de pluralidad de acciones y, consecuentemente un concurso real. Se trata, sin embargo de un concurso real en el que la pena única total del hecho excepcionalmente no se rige por el principio general de la acumulación, con los límites previsto en el art. 76, sino por la regla específica que establece el art. 77.1 CP. La justificación político criminal de este sistema es altamente dudosa, dado que no se explica por qué razón cometer un delito para favorecer la comisión de otro debe ser menos punible que cometer más de un delito sin conectarlos medialmente entre ellos, supuesto en el que es aplicable el art. 73 CP. Estas razones permiten pensar que, mientras la mencionadas normas del concurso real no se modifiquen, habría que interpretar el art. 77.1 CP de tal forma que garanticen un resultado más justo en su aplicación, que la automática consideración «medial». No obstante, en el presente caso, ello está vedado por la prohibición de *reformatio in peius* (1646/2002, de 22 de octubre [LA LEY 10770/2003]).

Prescripción

Ha de entenderse que el día de inicio del cómputo de la prescripción ha de ser referido al momento del archivo de las diligencias que dieron lugar a la incoación del proceso por una acusación o denuncia falsa, pues fue en ese momento cuando cesó la situación antijurídica creada por la acusación falsa y fue ese día cuando los perjudicados en el delito pudieron reaccionar interponiendo la acción (417/2006, de 7 de abril [LA LEY 48797/2006]).

Responsabilidad civil

La Acusación particular sostiene que se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva porque no se le ha reconocido daño moral alguno, sin tener en cuenta el agravio al honor implícito en el delito de acusación y denuncia falsa. Desde el punto del derecho a la tutela judicial efectiva, el recurrente carece de razón, pues ha recibido una respuesta jurídicamente motivada a su pretensión, aunque la motivación sea errónea. Pero, como lo ha destacado acertadamente el

Fiscal al apoyar el motivo, la lesión del honor es consecuencia de la imputación falsa de un delito, es decir, de una forma especial de calumnia que además vulnera, por las particularidades de su ejecución, otro bien jurídico público. Este aspecto de la cuestión planteada en el tercer motivo ya no se refiere a la prueba, sino a la naturaleza del tipo penal aplicado, que contiene una lesión del honor del sujeto pasivo. Cabe recordar que la denuncia falsa proviene de la llamada denuncia calumniosa del derecho francés, contenida en el actual CP francés en el art. 226.10 (765/2004, de 19 de junio [LA LEY 13737/2004].)

Artículo 457.

El que, ante alguno de los funcionarios señalados en el artículo anterior, simulare ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente, provocando actuaciones procesales, será castigado con la multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

LO 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de hábeas corpus: art. 9.º.
CPM: art. 180.

Elementos objetivos

Conducta típica

Señala 1221/2005, de 19 de octubre, que los elementos que configuran este delito son (1550/2004, de 23 de diciembre):

a) La acción de simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciar una infracción de este tipo inexistente en realidad, siendo el destinatario de la acción un funcionario judicial o administrativo que ante la noticia del delito tenga profesionalmente la obligación de proceder a su averiguación.

b) Que esa actuación falsaria motive o provoque alguna actuación procesal. A este respecto, la STS de 24 de enero de 1994 declaraba que «en todo caso, la simulación de delito se produce cuando se lleven a cabo determinados actos que se sabe, y a ello están destinados, van a provocar la intervención policial y posteriormente la judicial, iniciándose las correspondientes diligencias procesales».

Con respecto a la denunciada «ausencia absoluta de actividad procesal» que señala el recurrente, no es tal atendiendo, como es de rigor, dado el cauce casacional utilizado, del escrupuloso respeto de los hechos probados. Pues lo cierto es que allí se deja constancia que la denuncia —a que antes hemos hecho referencia— fue repartida al Juzgado de Instrucción núm. 40 de Madrid, el cual incoó las diligencias previas 4906/1997 en las que se dictó inmediato Auto de sobreseimiento provisional de 4-9-97 por falta de autor conocido. Se trata, pues, de actuaciones genuinas e indudablemente de carácter procesal ejecutadas por la autoridad judicial en el ejercicio de sus funciones en relación con un delito de robo con fuerza que determinó la apertura del oportuno procedimiento judicial y su sobreseimiento provisional por no aparecer autor conocido, como causa prevista en el art. 641 LECrim., lo que dejaba latente el proceso en tanto la policía judi-

cial realizara las investigaciones oportunas para la identificación y detención de los autores del hecho denunciado, en cuyo momento se produciría la reapertura y se proseguiría la subsiguiente actividad procesal correspondiente. Sin olvidar que las diligencias policiales practicadas en esclarecimientos y averiguación de los hechos delictivos denunciados se incorporan al procedimiento judicial incoado, bajo el control del Juez que las asume y evalúa procesalmente a los efectos de dictar las resoluciones procedentes. Ha existido, en suma, la actuación procesal que niega el recurrente, siendo en este punto atinada la STS de 27 de noviembre de 2001 que declara con nitidez: «El concepto de actuación procesal supone que el órgano judicial que recibe la denuncia, realice algún género de actividad procesal, aunque ésta sea mínima. Por tanto no basta con la mera recepción de la denuncia, si ésta no va seguida de alguna actividad judicial. Consecuentemente si bien el Auto de incoación de las Diligencias Previas se acordó el sobreseimiento al no resultar identifica persona alguna como autor del delito falsamente denunciado, dicha actuación jurisdiccional necesariamente debe integrar el concepto de actuación procesal a los fines anteriormente señalados pues la única actuación procesal posible ante una denuncia sin presunto autor conocido es la incoación de diligencias y el sobreseimiento provisional. Y es que si la imputación se hubiera dirigido contra persona determinada la infracción criminal cometida sería la tipificada en el artículo 456 CP» (1221/2005, de 19 de octubre [LA LEY 14064/2005]).

Elementos subjetivos

Señala 1221/2005, de 19 de octubre [LA LEY 14064/2005], que el tercer elemento del delito es c) El elemento subjetivo que se integra con la conciencia de la falsedad de aquello que se dice y la voluntad específica de presentar como verdaderos hechos que no lo son, lo que excluye la comisión culposa.

El nuevo texto del Código Penal ha suprimido por innecesaria la anterior expresión «a sabiendas» para la realización de tal clase de conducta, pero es claro que ésta no podrá ser cometida más que dolosamente porque la simulación o fingimiento requieren el conocimiento de que se simula algo no existente y la voluntad de así hacerlo (283/1998, de 3 de marzo [LA LEY 4219/1998]).

Consumación y tentativa

En cuanto a la actuación procesal provocada o generada por la acción típica, es cierto que tradicionalmente se venía considerando por la doctrina de esta Sala como una condición objetiva de punibilidad en un delito de mera actividad, lo que determinaba, de otra parte, la exclusión de la posibilidad de la tentativa, al situarse el momento consumativo en el momento en que la falsa *notitia criminis* llegaba al conocimiento del funcionario que tenía el deber de su averiguación. Sin embargo, la actual línea jurisprudencial considera a esta figura como un delito de resultado, que estaría constituido por la actuación procesal subsiguiente, de suerte que en el ámbito de la ejecución se admite la tentativa en aquellos casos en los que la *notitia criminis* o denuncia simulada no llega a producir una actuación procesal, por lo que, a la postre, este elemento del tipo ya no se estima como una condición objetiva de punibilidad, sino como el resultado de la acción típica (SSRS de 20 de noviembre de 1995, 21 de octubre de 1996 y 9 de enero de 2003). En consecuencia, aun en el supuesto de que, en efecto, no se hubiera llegado a producir actividad procesal alguna como resultado de la denuncia de un delito de robo que se sabía inexistente, ello no supondría la atipicidad de la conducta sino únicamente su calificación como delito intentado (1221/2005, de 19 de octubre [LA LEY 14064/2005]).

CAPÍTULO VI

Del falso testimonio**Artículo 458.**

1. El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

2. Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

3. Las mismas penas se impondrán si el falso testimonio tuviera lugar ante Tribunales Internacionales que, en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, ejerzan competencias derivadas de ella, o se realizara en España al declarar en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero.

CONCORDANCIAS

LECrim.: arts. 715 y 954.3.º.

CPM: art. 183.

LEC.: arts. 360 a 381 y 429 y 433.

L 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: arts. 60 y 78, modificada por L 50/1998, de 30 de diciembre, por LO 4/2003, de 21 de mayo, complementaria de la Ley de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, por LO 19/2003, de 23 de diciembre, y por L 62/2003, de 30 de diciembre.

RDL 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, modificado por la misma L 50/1998, de 30 de diciembre: arts. 90 y ss.

Bien jurídico

El delito se comete cuando una persona llamada a prestarlo en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa, es decir, miente en lo que sabe y se le pregunta. Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace hartamente difícil. No siempre, sin embargo, la mentira —acto inmoral— recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es admisible —y obligada— cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al Juez o Tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se

lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal. Digamos que este delito de falso testimonio tiene una gran importancia como delito contra la Administración de Justicia, pues la declaración prestada por los testigos tiene por objeto acreditar o desacreditar las diversas tesis mantenidas en un proceso por las partes litigantes, de modo que la contrapartida de un falso testimonio reside en la carga negativa penal que ha de conferirse a faltar a la verdad en aquello que le fuere preguntado al testigo, deduciéndose el oportuno tanto de culpa ante la jurisdicción penal. Observamos que dicha contrapartida no se exige con el necesario rigor en la práctica de los Tribunales (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

La protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio sólo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la Sentencia. La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el Derecho penal (541/2009, de 27 de abril [LA LEY 92052/2009]).

Art. 458.1 CP. Tipo Básico: El testigo que faltare a la verdad en su testimonio en causa judicial, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses.

Elementos objetivos

Sujeto activo

El falso testimonio es una infracción especial en tanto sólo puede ser cometida por quien ostenta la condición de testigo en una causa judicial (A 525/2005, de 7 de abril [LA LEY 296894/2005]).

Respecto al **sujeto activo** de este delito la Sentencia 93/2005, de 31 de enero [LA LEY 894/2005], excluye la posibilidad de que el **coimputado** pueda ser considerado autor del delito de falso testimonio, pues, aun cuando el coimputado declara sobre hechos de conocimiento propio de los que ha tenido un conocimiento extraprocésal, no se trata exactamente de un testigo, pues no está sujeto a la obligación de decir la verdad bajo la conminación que supone la existencia del delito de falso testimonio, sino que acogiéndose a sus derechos constitucionales no viene obligado a declarar en contra de sí mismo, ni siquiera a declarar, sin que pueda ser conminado en modo alguno aun cuando se compruebe que ha mentado. Por el contrario la Sentencia 1336/2005, de 2 de febrero, entiende que el coimputado sí puede ser autor de este delito, ya que la persona que se introduce en el proceso, mediante la autoinculpación de hechos delictivos y la imputación a otros de conductas semejantes, se convierte en una delicada pieza procesal que es necesario aquilatar al máximo para esclarecer cual puede ser el origen de su comportamiento en todas las fases del proceso. El coimputado que acusa se convierte en testigo de cargo y, por tanto, no les ampara el derecho a no declarar e incluso podría ser perseguido por falso testimonio si falta a la verdad.

Con respecto a la primera objeción, los únicos que pueden ser confesantes son aquellos que ostentan en el proceso civil la condición de partes, no los terceros en el mismo, por más que se encuentren (directa o indirectamente) afectados por la resolución judicial que se dicte. Desde luego, lo que no puede hacerse en el proceso penal por falso testimonio es discernir si el tema por

el que declaró el acusado era procedente o no, como parece querer sugerir el Ministerio Fiscal en esta instancia. De manera alguna puede la jurisdicción penal decidir si el acusado había sido, o no, traído correctamente al proceso de anulación de laudo arbitral en calidad de testigo (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

Conducta típica

El delito se comete cuando una persona llamada a prestarlo en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa, es decir, miente en lo que sabe y se le pregunta. Decir la verdad es un deber moral sin cuyo cumplimiento la vida social, basada en la confianza mutua, se hace hartamente difícil. No siempre, sin embargo, la mentira —acto inmoral— recibe una respuesta punitiva porque en una sociedad plural y libre sólo un reducido núcleo de la moral debe estar respaldado por la coacción penal, siendo éste seguramente uno de los más certeros indicadores del grado de libertad garantizado en cada grupo social a sus miembros. La reacción penal frente a la mentira sólo es admisible —y obligada— cuando ésta lesiona concretos bienes jurídicos, individuales o colectivos, cuya salvaguarda es indispensable para una sana y pacífica convivencia. Así, por ejemplo, faltar a la verdad en la declaración que se presta como testigo en un procedimiento judicial es delito porque el testimonio es uno de los medios de prueba sobre los que se puede basar la convicción del juzgador sobre los hechos que han de constituir la premisa menor del silogismo judicial. Existe, pues, la posibilidad de que un testimonio falso, si induce a error al Juez o Tribunal ante el que se presta y es valorado como verdadero, provoque una resolución injusta, esto es, un pronunciamiento en que no se realice el valor superior de la justicia y se lesione un interés que debe ser protegido por el poder judicial. Esta es la razón fundamental por la que, en una sociedad democrática, el falso testimonio es tipificado como delito en la Ley penal. De acuerdo con esta *ratio*, el CP 1995 ha prescindido de la casuística tipología que presidía la regulación del falso testimonio en los textos anteriores y distingue únicamente, en su artículo 458, dos tipos delictivos según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito —castigado con pena más severa en consideración a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían eventualmente derivarse de una condena provocada por la declaración falaz— y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico. El tipo agravado, a su vez, figura en el apartado 2 del citado artículo acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído Sentencia condenatoria (véase 1624/2002, de 21 de octubre) (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

El art. 458 CP recoge dos tipos delictivos según la Sentencia 1624/2002, de 21 de octubre [LA LEY 467/2003], según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: a) el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico; y b) el tipo agravado, que figura en el apartado 2 del citado artículo, acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído Sentencia condenatoria. Dicha Sentencia resume la configuración de este delito al señalar que se comete cuando una persona llamada a prestar testimonio en causa judicial se aparta sustancialmente de la verdad tal como ésta se le representa; es decir, miente en lo que sabe y se le pregunta. El tipo agravado se define por la concurrencia de una

condición objetiva de punibilidad, cual es la de que como consecuencia del testimonio hubiera recaído Sentencia condenatoria (A 525/2005, de 7 de abril [LA LEY 296894/2005]).

En cuanto a la falsedad de las declaraciones, ha de recaer sobre aspectos esenciales a efectos del enjuiciamiento, y no sobre cuestiones intrascendentes, debiendo referirse a hechos y no a opiniones o simples juicios de valor. No se trata de la credibilidad mayor o menor del testigo, sino de que falte sustancialmente a la verdad; dicho de otra manera: que mienta en aquello que le es preguntado, 318/2006, de 6 de marzo. La jurisprudencia en la que se apoya el Fiscal respecto del 458.1.º CP y el tenor del texto del mismo no impiden excluir del tipo penal los casos en los que la mendacidad recaiga sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso. Ésta sería una consecuencia de la interpretación teleológica del mencionado artículo, que tenga en cuenta que el delito del art. 458.1.º CP no está configurado como un delito de perjurio, sino como un delito que afecta a la administración de justicia. En efecto, la protección de la administración de justicia mediante las normas que prohíben el falso testimonio sólo tienen la finalidad de garantizar, como las que sancionan las falsedades documentales, la fiabilidad de la prueba en la que se apoyará la decisión contenida en la Sentencia. La mentira sobre circunstancias ajenas al objeto del proceso, por lo tanto, no revelan una energía criminal del autor dirigida a perjudicar la función de la administración de justicia y, por consiguiente, no alcanzan el grado de reproche que requiere el Derecho penal (541/2009, de 27 de abril [LA LEY 92052/2009]).

Ha de prestarse en causa judicial, esto es, ante cualquier procedimiento que tenga esta naturaleza; correlativamente no será posible ante órganos de naturaleza administrativa (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

Resultado

No requiere resultado alguno para su consumación, sin perjuicio de que el dictado de una Sentencia condenatoria se prevé como una condición objetiva de punibilidad (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]). Tal y como señala la STS de 28 de mayo de 1992, «en el caso de que un testigo legalmente inhábil sea admitido y declare en el proceso civil, su único efecto será el de la ineficacia de su declaración, lo que desde luego (ya se ha manifestado anteriormente) no evita la falsedad de la declaración, ni tampoco la condición de testigo». Y si bien es cierto que no debió admitirse la declaración de esa persona, no es menos cierto que tal testimonio prestado voluntariamente y bajo los apercibimientos legales una vez formuladas las generales de la Ley, despliega todos sus efectos penales si el mismo se emite con conocimiento y «desprecio de la verdad». Desprecio que de manera indirecta incide y se proyecta sobre la Administración de Justicia, cometiéndose de esta manera el delito, de falso testimonio (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

Supuestos

La Sentencia 1148/1992, de 22 de mayo [LA LEY 2177/1992], aprecia este delito cuando se falta a la verdad con reticencias o inexactitudes en causa civil. La Sentencia 1624/2002, de 21 de octubre [LA LEY 467/2003], aplica la modalidad de falso testimonio en contra del reo en causa criminal por delito a los policías que declaran que los acusados tenían cocaína en su poder y que se la ofrecieron a los primeros, lo que no era cierto ya que preparaban un cigarro de hachís y no les ofrecieron droga los acusados. Las declaraciones de los policías lo fueron a sabiendas de su falsedad y con conocimiento de que podían perjudicar gravemente a los acusados. La Sentencia 172/2005, de 14 de febrero [LA LEY 11811/2005], aclara que presentar en juicio documentos falsos está destipificado por la LO 15/2003, al ser coincidente su contenido con el previsto en la falsedad del art. 396 CP de 1995. Ha

dejado sin efecto el art. 461.2 (presentación dolosa en juicio de documentos falsos), tipo delictivo que ya había sido cuestionado por la jurisprudencia de esta Sala. A tal efecto, la Sentencia 1606/2002, de 3 de octubre, ya dijo que el art. 396 del Código Penal, en tanto que no tipifica un delito de falsedad, sino un delito de presentación en juicio de documento falso, es idéntico al delito descrito en el art. 461.2 del Código Penal, que tipifica la presentación en juicio de elementos documentales falsos, dualidad que obedece según lo interpreta la doctrina a un simple error legislativo.

Elementos subjetivos

Dolo

El elemento subjetivo está constituido por el dolo integrado por la conciencia de la alteración de la verdad (imposible de cometer por imprudencia) y la voluntad de emitir la falsa declaración (lo que habrá de ser puesto en relación con la teoría del error), sin que sea preciso que se abarque la trascendencia que pueda tener en la posterior resolución judicial, a la que la declaración sirve como medio de prueba; el tipo básico no requiere que el autor haya obrado con un propósito determinado, ni que haya querido perjudicar a alguna de las partes (A 525/2005, de 7 de abril [LA LEY 296894/2005]).

Autoría y participación

Es un delito especial y propio, en tanto que solamente pueden cometerlo aquellos que sean testigos en causa judicial y los *extranei* pueden participar mediante un acto de inducción, pero difícilmente mediante cooperación necesaria, 318/2006, de 6 de marzo.

En la Sentencia recurrida, los hechos relatados en la última parte de la declaración probada, atribuidos a los dos acusados que han resultado condenados y en favor de los cuales recurre el Abogado del Estado, han sido calificados como un delito de falso testimonio en causa penal y en contra del reo, previsto y penado en el apartado 2 del artículo 458 CP —no en su segundo inciso porque no recayó Sentencia condenatoria que fuera consecuencia del testimonio— del que se ha considerado autores a los dos acusados. Hubiese sido técnicamente más correcto apreciar dos delitos de falso testimonio, cometido cada uno por un acusado, pues las declaraciones son actos personalísimos, 1624/2002, de 21 de octubre.

Art. 458.2 CP. Subtipos agravados: Si el falso testimonio se diera en contra del reo en causa criminal por delito, las penas serán de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses. Si a consecuencia del testimonio hubiera recaído sentencia condenatoria, se impondrán las penas superiores en grado.

De acuerdo con esta *ratio*, el CP 1995 ha prescindido de la casuística tipología que presidía la regulación del falso testimonio en los textos anteriores y distingue únicamente, en su art. 458, dos tipos delictivos según la importancia de los bienes jurídicos que pueden ser vulnerados como consecuencia de una alteración sustancial de la verdad en la declaración prestada por un testigo en causa judicial: el falso testimonio dado en contra del reo en causa criminal por delito —castigado con pena más severa en consideración a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían eventualmente derivarse de una condena provocada por la declaración falaz— y cualquier otro falso testimonio dado en causa judicial, que constituye el tipo básico. El tipo agravado, a su vez, figura en el apartado 2 del citado artículo acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como

consecuencia del testimonio, hubiera recaído Sentencia condenatoria (véase 1624/2002, de 21 de octubre) (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

El tipo agravado, que figura en el apartado 2 del citado artículo, está acompañado de un subtipo aún más grave definido por la concurrencia de una condición objetiva de punibilidad: la de que, como consecuencia del testimonio, hubiera recaído Sentencia condenatoria (A 525/2005, de 7 de abril [LA LEY 296894/2005]).

No requiere resultado alguno para su consumación, sin perjuicio de que el dictado de una Sentencia condenatoria se prevé como una condición objetiva de punibilidad (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

Concursos

Concurso de normas

Con relación a delito de simulación de infracción penal (art. 457 del Código Penal), a cuyo tenor, incurre en la penalidad prevista en el mismo, el que, ante funcionario judicial o administrativo, simular ser responsable o víctima de una infracción penal o denunciare una inexistente provocando actuaciones procesales, no puede considerarse absorbida por la estafa procesal, pues ésta puede iniciarse ante cualquier jurisdicción, y el despliegue añadido de la jurisdicción penal, supone un plus de antijuridicidad que contiene una expresa sanción aparte, especialmente prevista por el legislador, que debe ser tomada en cuenta separadamente, reprochando más la conducta del autor, y produciendo una mayor antijuridicidad de la acción. Lo propio ocurre con el delito definido en el art. 461.1 (presentar a sabiendas testigos falsos), puesto que esta conducta no puede estar implícita ni en la estafa procesal, que puede conseguirse mediante documentos falsos, como ordinariamente ocurre así en la práctica, ni el delito de simulación de una infracción penal, pues es meridiano que ésta no requiere la presencia o existencia de testigos falsos adicionales. No ocurre lo propio en el caso del delito de falso testimonio, pues parece patente que quien simula falsamente ser responsable o víctima de un delito ante funcionario judicial o administrativo, está llevando a cabo implícitamente una descripción errónea de la realidad, y apareciendo ante esos funcionarios como el autor o la víctima de unos inexistentes hechos punibles, lo que produce que la declaración falsaria que se produce a continuación, incluso en la sede del plenario, no puede ser de nuevo valorada como una infracción separada por tratarse de un mismo comportamiento, de manera que el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquél, como nos indica el art. 8.3.º del Código Penal, luego el motivo será estimado en este concreto aspecto, dictándose a continuación segunda Sentencia, 214/2007, de 26 de febrero.

Junto al falso testimonio pleno, existe otra figura, calificada por la doctrina clásica como falso testimonio parcial, en la que se pena la reserva, inexactitud o reticencia en la declaración, que no obstante no sea sustancial o esencial (art. 460), y que puede ser apreciado, sin quiebra del principio acusatorio, en cuanto se trata de un delito homogéneo con el previsto en el artículo 458, por cuanto los elementos típicos de aquél están incluidos en éste, y de menor gravedad punitiva (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

Otras cuestiones

Para la persecución de este delito, no se exige autorización del Tribunal en el que se prestó la declaración, conforme ya declaró el Tribunal Constitucional en STC 99/1985, de 30 de septiembre,

pues este requisito no está previsto por el legislador, 318/2006, de 6 de marzo. Por lo demás ese falso testimonio habrá de ser prestado en el juicio oral, pues en ese momento cuando cobra virtualidad plena la declaración del testigo o el informe del perito. Ello es así, porque aun cuando la resultancia del proceso es irrelevante en la figura del falso testimonio, a raíz de STC 99/1985, de 30 de septiembre, que superó el anterior criterio jurisprudencial que imponía como requisito de procedibilidad la autorización previa del órgano judicial ante quien se prestó el falso testimonio, al considerar el mencionado Tribunal implicaba un menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva, creando un obstáculo al ejercicio de la acción penal no amparado ni justificado en la Ley, no obstante las razones alegadas por aquella doctrina jurisprudencial no pueden ser ignoradas en el curso de una reflexión sobre la propia esencia de la infracción, sino que deben servir para iluminar la índole de la relación entre el proceso principal y el proceso por el falso testimonio, pues es innegable que en el ámbito del procedimiento se distingue entre una verdad material, referida a la realidad, y una verdad formal, referible a lo alegado por las partes y sin conexión alguna con la realidad. También, en una dimensión estrictamente procesal, se habla de verdad judicial, pues bien, estas distinciones referidas a los fines del proceso tienen aplicación en el campo del falso testimonio y un ejemplo de la utilización de la verdad judicial como término de caracterización de lo falso puede verse en el fundamento jurídico quinto de la STS, Sala 5.^a, de 22 de septiembre de 1989, al decir que a efectos jurídico-penales sólo cabe reputar falso testimonio en virtud de la contradicción entre aquél y los hechos que en la resolución final se hayan acogidos como probados, es decir, como verdaderos. Por lo expuesto debemos significar que, si bien es cierto que el fundamento de la decisión debe buscarse en las pruebas practicadas en el propio juicio, no lo es menos, dada la peculiaridad de este delito y la acción típica que se describe en el precepto penal, que ello en principio no autoriza a revisar las conclusiones sentadas en el anterior proceso que, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo recuerda, ha de suponer el término válido de comparación con la declaración del testigo, para apreciar si es o no falsa. Así en la STS, Sala 2.^a, de 22 de septiembre de 1989, se expresa que, para reprochar penalmente la falsedad del testimonio y estimar realizado este elemento esencial del tipo delictivo, es necesario contar con el dato previo de una verdad procesalmente establecida (265/2005, de 1 de marzo).

Señala 602/2006, de 25 de mayo [LA LEY 60537/2006], que de los cuatro números del referido art. 954, en que se definen cada uno de los cuatro supuestos en que se permite esa anulación de Sentencias firmes, el que ahora nos interesa, el 3.º, exige para su aplicación los requisitos siguientes (concluye la Sentencia señalando que en el supuesto a examen concurren los mencionados requisitos):

- 1.º Que haya una Sentencia penal firme de carácter condenatorio.
- 2.º Que esté sufriendo condena alguien en virtud de tal Sentencia firme.

3.º Que haya existido otro pronunciamiento también firme en causa criminal que ponga de manifiesto la existencia de otro hecho punible. Al efecto, este art. 954.3.º nos habla de documento o testimonio declarados falsos, de confesión arrancada por violencia o exacción, terminando con una fórmula abierta cuando dice «o cualquier hecho punible ejecutado por un tercero».

4.º Por último, es necesario que entre este hecho punible posterior y aquella condena anterior que el culpable está sufriendo, y que se pretende anular mediante el recuso de revisión, exista una relación tal que pueda afirmarse que dicho hecho punible posterior ha servido de «fundamento» para esa otra condena anterior. Esta expresión —«fundamento»—, que utiliza este art. 954.3.º, ha de interpretarse de modo amplio de modo que abarque todos aquellos casos en que, mediante un

juicio razonable de probabilidad, pueda afirmarse que, de no haberse producido tal hecho punible posterior, la referida condena anterior no habría tenido lugar.

Artículo 459.

Las penas de los artículos precedentes se impondrán en su mitad superior a los peritos o intérpretes que faltaren a la verdad maliciosamente en su dictamen o traducción, los cuales serán, además, castigados con la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio, empleo o cargo público, por tiempo de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

LECrim.: arts. 456 y ss. y 723 y ss.

LEC: arts. 335 a 352, 429 y 433.

Bien jurídico

El tipo delictivo del art. 459 CP, tutela un bien jurídico general cual es la correcta Administración de Justicia, y del mismo modo que en el art. 458 con los testigos, en éste se persigue garantizar la fidelidad del dictamen del perito como elemento de relevancia que coadyuva a dictar una Sentencia justa (800/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 189406/2008]).

Elementos objetivos

Conducta típica

El elemento objetivo del injusto consiste en faltar a la verdad en el dictamen, es decir, que el contenido del mismo sea contrario a la realidad. El elemento subjetivo exige que la actuación del perito sea «maliciosa», o sea, que el dictamen sea dolosamente emitido, conscientemente falso (800/2008, de 26 de noviembre [LA LEY 189406/2008]).

La mera discrepancia entre dos informes periciales no implica necesariamente que uno de ellos sea falso, en los términos del ámbito penal, ya que si el falseamiento radica en los hechos base sobre los que parte el dictamen, será normalmente más fácil acreditar el apartamiento de la verdad por parte del perito y la malicia en su tergiversación, ahora bien, cuando las divergentes conclusiones de los peritos se funden en distintas concepciones técnicas o teóricas, la mera discrepancia científica o el desacierto, desde el punto de vista técnico, de un informe no será suficiente, como regla general, para estimar cometido un delito de falso testimonio. De este modo, la STS de 28 de mayo de 1992, no consideró falsedad penal una desacertada opinión científica, sino la censurable e intencionada falta de verdad en la constatación de las bases fácticas sobre las que la opinión científica se emite (265/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11809/2005]).

Elementos subjetivos

Dolo

Junto con este elemento objetivo, resulta precisa la concurrencia de un elemento subjetivo, el dolo, puesto que este delito, según el actual Código Penal, es eminentemente intencional, excluyéndose la

modalidad imprudente. El dolo en este tipo de delitos se plasma en la prestación intencionada de una declaración o informe falsarios. El tipo delictivo descrito tiene un dolo inherente que no exige más que abarcar la lesión jurídica que pueda producir consciente y voluntariamente, para que el dolo característico de este delito, alcance realidad, sin que sea necesaria la intención adicional de provocar un determinado perjuicio en la Administración de Justicia (265/2005, de 1 de marzo [LA LEY 11809/2005]).

La Sentencia 727/1995, de 5 de junio [LA LEY 16893-R/1995], se refiere al anterior art. 330 para asegurar que este tipo, como el actual 459, no requiere que el autor (perito o intérprete) haya obrado con un propósito determinado. Especialmente, no requiere que haya querido perjudicar a alguna de las partes del proceso en el que se ha manifestado con falsedad. Un propósito de estas características, por otra parte, no surge tampoco de la interpretación de estos artículos, dado que el falso testimonio no es un delito contra las partes, sino contra la Administración de Justicia.

Señala 362/2002, de 28 de febrero [LA LEY 4957/2002], recuerda que el **elemento subjetivo** de la malicia o dolo falsario debe indiscutiblemente concurrir en el tipo penal del art. 459.

Artículo 460.

Cuando el testigo, perito o intérprete, sin faltar sustancialmente a la verdad, la alterar con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses y, en su caso, de suspensión de empleo o cargo público, profesión u oficio, de seis meses a tres años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 459.

Junto al falso testimonio pleno, existe otra figura, calificada por la doctrina clásica como falso testimonio parcial, en la que se pena la reserva, inexactitud o reticencia en la declaración, que no obstante no sea sustancial o esencial (art. 460), y que puede ser apreciado, sin quiebra del principio acusatorio, en cuanto se trata de un delito homogéneo con el previsto en el artículo 458, por cuanto los elementos típicos de aquél están incluidos en éste, y de menor gravedad punitiva (318/2006, de 6 de marzo [LA LEY 23434/2006]).

En 124/2003, de 29 de enero [LA LEY 21203/2003], se confirma la absolución del perito, que venía acusado de peritaje inveraz, por entender que de las incertidumbres e inconcreciones sobre la finca a valorar, explícitamente consignadas por el acusado, no interesando las partes o el Juez aclaración, al partir de la insuficiencia de datos aportados al perito para dictaminar con el rigor exigible, no se desprende la comisión del delito del art. 460 CP.

Artículo 461.

1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 396.

Este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. El antiguo apartado 3 del mismo pasa a ser el número 2 en la actual redacción, suprimiéndose este último.

La redacción anterior decía:

«1. El que presentare a sabiendas testigos falsos o peritos o intérpretes mendaces, será castigado con las mismas penas que para ellos se establecen en los artículos anteriores.

2. La misma pena se impondrá al que conscientemente presente en juicio elementos documentales falsos. Si el autor del hecho lo hubiera sido además de la falsedad, se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su mitad superior.

3. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se impondrá en cada caso la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años».

Ciertamente, la LO 15/2003, de 25 de noviembre, ha dejado sin efecto el art. 461.2 por el que fue condenado el ahora recurrente (presentación dolosa en juicio de documentos falsos), tipo delictivo que ya había sido cuestionado por la jurisprudencia de esta Sala. Sobre este punto, 1606/2002 [LA LEY 162810/2002], dijo que el art. 396 del Código Penal, en tanto que no tipifica un delito de falsedad, sino un delito de presentación en juicio de documento falso, es idéntico al delito descrito en el art. 461.2 del Código Penal, que tipifica la presentación en juicio de elementos documentales falsos (1516/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10494/2006]).

Conducta típica

La Sentencia 1516/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10494/2006] (en el mismo sentido, 1378/2003, de 17 de octubre [LA LEY 10662/2004]) señala que en un delito de presentación a sabiendas testigos falsos o elementos documentales falsos, la acusación debe acreditar, en primer lugar, que el acusado pudo ser sujeto activo de este delito en cuanto estaba facultado para proponer prueba en un proceso judicial, y en segundo lugar que, a sabiendas de que iban a faltar a la verdad, propuso el testimonio de determinadas personas en el proceso. Y en la otra modalidad, dentro de esa misma figura delictiva, de aportar al proceso elementos documentales falsos, debe quedar igualmente acreditado que pudo y aportó esos elementos falsos al proceso judicial, consciente de esa falsedad.

En primer lugar, el art. 461.2 del CP, en su redacción anterior a la reforma de dicho precepto introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, se encontraba en vigor tanto en

el momento en que el acusado Enrique cometió los hechos por los que ha sido condenado en la presente causa como cuando se celebró el juicio oral en la misma, ya que dicha norma entró en vigor el 1 de octubre de 2004. En segundo lugar, incluso descartando la aplicación del mencionado delito contra la Administración de Justicia, los hechos probados cuya autoría se imputa al recurrente resultarían igualmente punibles, tal y como reconoce la parte, por la vía del art. 396 del Código Penal, encontrando acomodo en este último precepto la pena privativa de libertad impuesta en Sentencia. Nos hallamos, pues, ante un supuesto de pena justificada al que hacen referencia 246/2004 o 1343/2002 (siguiendo a las de 10-2-1972 y 10-7-1980), de conformidad con la doctrina dimanante de la STC 12/1981 en su FJ 4.º. En tercer lugar, a mayor abundamiento, el contenido del *factum* y de los elementos fácticos recogidos en la resolución impugnada posibilita la aplicación del art. 461.1 del CP, cuya redacción no ha sido objeto de modificación por la LO anteriormente mencionada, ya que resulta probado que el testigo y coacusado Luis Pedro, declaró en el juicio celebrado ante el Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete a instancia del acusado Enrique, representante legal de la Sociedad Agraria de Transformación «Desarrollo y Explotaciones Agrarias», sin que la aplicación del citado precepto suponga vulneración alguna del principio acusatorio habida cuenta de que dicho extremo fue objeto de debate en el plenario y de la homogeneidad existente entre el derogado apartado 2.º y el apartado 1.º del art. 461 del CP, resultando asimismo de aplicación en este caso los razonamientos anteriormente desarrollados sobre a la justificación de la pena. Por último, los argumentos relativos a la falta de concurrencia en la conducta del acusado del elemento subjetivo del injusto consistente en la intención de perjudicar a un tercero han sido objeto de análisis en el razonamiento jurídico precedente, a cuyo contenido íntegro nos remitimos a efectos de fundamentación para evitar reiteraciones innecesarias (1516/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10494/2006]).

Consumación y tentativa

La **consumación de esta figura** delictiva se produce cuando los testigos propuestos depone el testimonio falso o, en la otra modalidad, cuando se aportan los elementos documentales igualmente falsos, con independencia del efecto o consecuencia que dicha presentación provoque en la suerte del proceso judicial al que se refieran (1516/2005, de 13 de diciembre [LA LEY 10494/2006]; en el mismo sentido, 1378/2003, de 17 de octubre [LA LEY 10662/2004]).

Artículo 462.

Quedará exento de pena el que, habiendo prestado un falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate. Si a consecuencia del falso testimonio, se hubiese producido la privación de libertad, se impondrán las penas correspondientes inferiores en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16.3, 214 y 458.
LECrim.: art. 715.

CAPÍTULO VII

De la obstrucción a la justicia y la deslealtad profesional

Artículo 463.

1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. En la pena de multa de seis a 10 meses incurrirá el que, habiendo sido advertido, lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

2. Si el responsable de este delito fuese abogado, procurador o representante del Ministerio Fiscal, en actuación profesional o ejercicio de su función, se le impondrá la pena en su mitad superior y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de dos a cuatro años.

3. Si la suspensión tuviera lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario judicial, se impondrá la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses y, en cualquier caso, inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años.

CONCORDANCIAS

LECrím.: arts. 410 a 449, 462, 463 y 661.

CPM: art. 187.

L 50/1981, de 30 de diciembre, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal: arts. 48, 62.4 y 64.4.

RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía: arts. 78 y 79.

RD 1281/2002, por el que se aprueba el Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales: arts. 11, 57 y 58.

Este artículo, en sus apartados 1.º y 3.º, ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, con entrada en vigor el 1 de octubre de 2004.

La redacción anterior de esos apartados decía:

«1. El que, citado en legal forma, dejare voluntariamente de comparecer, sin justa causa, ante un Juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral, será castigado con la pena de arresto de doce a dieciocho fines de semana y multa de seis a nueve meses. En la pena de multa de seis a nueve meses incurrirá el que, habiendo sido advertido lo hiciera por segunda vez en causa criminal sin reo en prisión, haya provocado o no la suspensión.

(...)

3. Si la suspensión tuviera lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparecencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, multa de seis a doce meses de inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años».

La Sentencia 120/2002, de 4 de febrero [LA LEY 4196/2002], recoge los elementos del tipo de este nuevo delito de obstrucción a la justicia: a) que el **sujeto activo** del delito haya sido citado en legal forma para asistir a un proceso criminal en fase de juicio oral, agravándose la penalidad en caso de que el responsable del delito fuese Abogado, Procurador o representante del Ministerio Fiscal o igualmente cuando se trate del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial; b) que deje de comparecer sin justa causa; c) que la causa criminal a enjuiciar tenga reo en prisión provisional; y d) que se provoque con su incomparecencia la suspensión del juicio, elemento que debe considerarse como una condición objetiva de punibilidad.

Para que pueda plantearse sanción penal ha de concurrir de entrada una citación verificada en legal forma y con los apercibimientos previstos en la LECrim., ya que sin el cumplimiento de este presupuesto no puede prosperar una acusación basada en el art. 463.1 del CP. Si acudimos ahora al precepto procesal que regula las formalidades que han de contener las citaciones y los emplazamientos, esto es, al art. 175 de la LECrim., observamos como en el apartado quinto se establece que la cédula de citación habrá de contener la obligación de concurrir al primer llamamiento con apercibimiento de multa, o si fuese la segunda citación habrá de contener el apercibimiento de ser procesado como reo de denegación de auxilio respecto de peritos y testigos. Sentado lo anterior y examinado el contenido de las actuaciones no es de apreciar que en ninguna de las cuatro citaciones verificadas a la acusada se hubiera realizado el apercibimiento contemplado en el art. 175.5.º inciso segundo de la LECrim., razón por la cual, sin necesidad de otros razonamientos y sin entrar a conocer del segundo motivo de apelación principal y la alegación subsidiaria del recurso, procede dictar una Sentencia absolutoria en esta alzada, al no cumplirse el requisito de citación en legal forma por segunda vez contemplado por el art. 463.1, inciso segundo, del CP, SAP Tarragona, de 17 de junio de 2002.

La más reciente 2136/2002, de 23 de diciembre [LA LEY 215306/2002], confirma la absolución del Letrado que se niega a entrar en la Sala de Vistas de la Audiencia Provincial de Barcelona después de ser reiterada y formalmente requerido a ello, suspendiéndose el juicio. La razón alegada para la incomparecencia que motivó la suspensión es que el Letrado se negaba a entrar en la Sala si no lo hacía conjuntamente con el acusado y con todo el público presente, es decir «encabezando a las personas del público que venían con él». Dicha Sentencia no acoge la pretensión del Ministerio Fiscal de considerar estos hechos un delito del art. 463, pese a que es cierto que la suspensión de un juicio oral por incomparecencia del Letrado, que fue en definitiva lo que sucedió, constituye una obstrucción relevante del funcionamiento de la Justicia; pero el legislador solamente la califica como delito en el art. 463, cuando se trate de un juicio en el que el acusado se encuentre en prisión provisional o cuando la incomparecencia se produzca por segunda vez. Ninguna de dichas circunstancias concurría en el caso enjuiciado.

Artículo 464.

1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 182.

LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

El delito que ahora se examina tiene su precedente en el art. 325 bis del CP 1973, en el que fue introducido por la LO 8/1983, de 25 de junio. En el párrafo primero de dicho precepto se castigaba al que con violencia o intimidación intentare que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción, o las preste desviadamente. Esta redacción ha sido modificada en el CP vigente, en cuyo art. 464.1 se sanciona al que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, Abogado, Procurador, Perito, intérprete o testigo en un procedimiento «para que modifique su actuación procesal» (213/2004, de 17 de febrero [LA LEY 1097/2004]).

Bien jurídico

El motivo sexto cuestiona la realidad del delito de obstrucción a la justicia. Se argumenta que la relación entre el recurrente y el Presidente era ya mala desde el principio. Tal alegación resulta indiferente dese la realidad del delito por el que ha sido condenado y el bien jurídico protegido con el castigo previsto para quienes lo cometan. En efecto el bien jurídico protegido en dicho artículo y común a los dos párrafos del artículo es el respeto y colaboración que merece la Administración de Justicia por parte de todos los ciudadanos. Se trata de un deber de colaboración que incluso está constitucionalizado en el art. 118 CE. No se puede cuestionar el perjuicio que sufre la Administración de Justicia cuando se cometen algunas de las acciones previstas en el párrafo 1.º o 2.º. Ambos atacan la propia independencia judicial a través del ataque directo a aquellas personas que deben prestar una concreta prestación al sistema judicial en el marco de un proceso (1346/2005, de 21 de octubre [LA LEY 205645/2005]).

Art. 464.1 CP: El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses. Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

Elementos objetivos

Sujeto pasivo

Sujeto pasivo son las personas enumeradas exhaustivamente, o sea en sistema de *numerus clausus* —Sentencia de 23 de julio de 1988—, de modo que no pueden entenderse comprendidos quienes no hubiesen adquirido tal condición aunque potencialmente puedan llegar a serlo con posterioridad —Sentencia de 4 de octubre de 1999—, como es el caso del que aún no ha denunciado, que podrá ser sujeto pasivo de un delito de amenazas o coacciones (827/2003, de 6 de junio [LA LEY 2652/2003]).

Conducta típica

Como señala un sector de la doctrina, esta nueva redacción no puede considerarse muy afortunada, por lo que para su correcta interpretación hemos de fijar el concepto de actuación procesal. Para la Real Academia de la Lengua actuación significa autos o diligencia de un procedimiento judicial —segunda acepción—, y actuar, ejercer funciones propias de un cargo o realizar actos libres y conscientes. Partiendo de ello hemos de entender que cuando, como ocurre en este caso, una persona intimide a otra para que modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal, incurre en el tipo delictivo previsto en el art. 464.1 del Código Penal, siempre naturalmente que la persona cuya libertad se violenta sea una de las incluidas en dicho precepto —imputado, Abogado, testigo—.

El Texto del Código se refiere a «cualquier acto», de modo que no es necesario que se trate de una conducta tipificada como delito, según expresa la misma Sentencia citada. El delito se consuma con la conducta atentatoria, sin que sea preciso un resultado lesivo (827/2003, de 6 de junio [LA LEY 2652/2003]).

El término intimidación como medio conminatorio, ha de ser entendido en un sentido amplio (1050/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216766/2007], 213/2004, de 17 de febrero [LA LEY 1097/2004], 827/2003, de 6 de junio [LA LEY 2652/2003]) y omnicompreensivo (SSTS de 21 de noviembre de 1988 [LA LEY 11260-R/1989], 5 de noviembre de 1990 [LA LEY 839/1991], y 307/1996, de 11 de abril [LA LEY 4810/1996]), habiéndose apreciado por la Sala cuando las expresiones expuestas en tono moderado, son suficientemente significativas para atemorizar al denunciante (SSTS de 12 de febrero [LA LEY 1328-2/1990] y 8 de octubre de 1990 [LA LEY 39345-JF/0000]), 827/2003, de 6 de junio [LA LEY 2652/2003].

Es evidente que fue correctamente aplicado el tipo penal descrito en el art. 464.1 del CP, ya que la intimidación está constituida por la «seria advertencia» de que si no modificaba su comportamiento procesal «iba a tener problemas», lo que produjo el lógico temor en el sujeto pasivo del delito, por parte del hermano del procesado que resultaría condenado, entre otros delitos, por el de asesinato, en el cual fue decisivo el testimonio de la denunciante, debiendo enjuiciarse el temor que la intimidación provoca no solamente con frases de irrefutable contenido atentatorio contra bienes personales del sujeto pasivo (o de su entorno más próximo), sino aquellas otras más o menos veladas que inequívocamente conducen al mismo objeto (827/2003, de 6 de junio [LA LEY 2652/2003]).

Elementos subjetivos

Se exige pues un elemento subjetivo, junto al objetivo de la efectiva dirección del comportamiento del sujeto activo: que éste se proponga influir en el destinatario de su conminación. (267/2000, de 29 de febrero, 1050/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216766/2007], 213/2004, de 17 de febrero [LA LEY 1097/2004], 267/2000, de 29 de febrero [LA LEY 47860/2000]).

Consumación y tentativa

El delito ahora examinado, de tendencia o simple actividad, se consuma aunque el sujeto pasivo no llegue a efectuar el acto exigido (213/2004, de 17 de febrero [LA LEY 1097/2004], 11 de febrero de 1991 [LA LEY 1619/1991], 10 de febrero [LA LEY 1361/1992] y 13 de junio de 1992 [LA LEY 2352/1992], 16 de julio de 1993 [LA LEY 13333/1993]), lo que conlleva la imposibilidad de formas imperfectas, STS de 22 de febrero de 1991, ya que el mismo apartado del

mencionado artículo, añada que «si el autor del hecho alcanzare su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior» (827/2003, de 6 de junio).

El delito se consuma por la realización de conductas funcionalmente adoptadas con la específica finalidad de que otra persona modifique lo que tiene intención de llevar a cabo en un procedimiento o actuación procesal, siempre naturalmente que la persona, cuya libertad se violenta, sea una de las incluidas en dicho precepto —imputado, Abogado, testigo— (1050/2007, de 19 de diciembre [LA LEY 216766/2007]).

Concursos

Concurso de normas

En cuanto a concursos se apreciará el de normas, con aplicación del art. 464.1 por aplicación del principio de especialidad con las amenazas condicionales —STS de 2 de febrero de 1990—.

Otras cuestiones

Las amenazas integraban la «intimidación» a las que se refiere el art. 464 CP, y las que se hicieron fueron condicionales, como también recoge la imputación y de ella pudieron defenderse perfectamente los acusados. Ambos delitos protegen el bien jurídico de la «libertad» y «seguridad» y la pena de las amenazas no supera a la de obstrucción a la justicia (1058/2007, de 12 de diciembre [LA LEY 202432/2007]).

Por lo que ahora, suficientemente acreditado que ha sido el que, en efecto, en esta ocasión el recurrente, tras ser absuelto en el correspondiente Juicio de Faltas sobre amenazas, en Resolución confirmada en Apelación, fue posteriormente condenado por ese mismo hecho, como autor de un delito de obstrucción a la justicia por el Juzgado de lo Penal, con Sentencia también confirmada por la Audiencia Provincial, es indudable la concurrencia de la «cosa juzgada» respecto de la referida absolución, absolución que no fue conocida por el recurrente hasta después de producirse la ulterior condena, por lo que procede la anulación de ésta, en cuanto al hecho concreto de las supuestas amenazas, manteniendo, por otro lado, el pronunciamiento relativo al delito de Lesiones, que también fue objeto de enjuiciamiento, en este caso tan sólo por el referido Juzgado de lo Penal (729/2007, de 19 de septiembre).

Art. 464.2 CP: Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos.

Bien jurídico

Elementos objetivos

Conducta típica

La Sentencia 1224/1999, de 27 de julio [LA LEY 11759/1999], advertía que el tipo del art. 464.2 CP exige que el acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad sexual o bienes, sea la expresión de un ánimo de venganza o represalia. En esta línea, la Sentencia 326/2002, de 21 de diciembre [LA LEY 232201/2001].

Concursos

Concurso real

La previsión contenida en el inciso final del art. 464.2 CP, al referirse a que lo anterior es sin perjuicio de la pena correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos, da la posibilidad de estimar un concurso real entre los dos delitos considerados, de amenazas y de obstrucción a la justicia (1060/2001, de 1 de junio [LA LEY 5049/2001], 938/2004, de 12 de julio [LA LEY 2066/2004]).

Artículo 465.

1. El que, interviniendo en un proceso como abogado o procurador, con abuso de su función, destruyere, inutilizare u ocultare documentos o actuaciones de los que haya recibido traslado en aquella calidad, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de siete a doce meses e inhabilitación especial para su profesión, empleo o cargo público de tres a seis años.

2. Si los hechos descritos en el apartado primero de este artículo fueran realizados por un particular, la pena será de multa de tres a seis meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 26 y 625.2.

LOPJ: art. 287.

LECrim.: arts. 230, 627, 651, 654 y 790.6.

LEC: arts. 279, 299, 317, 324, 602 y 669.

RD 429/1988, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Secretarios Judiciales, con la adición del RD 250/1996, de 16 de febrero.

La doctrina jurisprudencial de este delito viene recogida en la Sentencia 2/1998, de 12 enero [LA LEY 1152/1998], y viene a decir que la forma comisiva de la infidelidad en la custodia de documentos o actuaciones descrita con el verbo ocultare, en la que ha sido incardinada la conducta del procesado, no sólo debe abarcar la acción del Abogado o Procurador que consiste en «esconder un documento en algún lugar donde difícilmente pueda ser hallado», sino también la que adopta la forma más sinuosa de «guardar o no entregar o, incluso, dilatar indefinida y sensiblemente la presencia del documento impidiendo que surta los fines a que corresponde su contenido y destino», como dicen las Sentencias de esta Sala de 29 de junio de 1990 [LA LEY 118-JF/0000], 9 de octubre de 1991 [LA LEY 467/1992], y la 2623/1992, de 9 de diciembre [LA LEY 12851/1992].

Esa misma jurisprudencia advierte de la imposibilidad de una eventual forma culposa, confirmando la índole constitutivamente dolosa del delito de infidelidad en la custodia de documentos. También la Sentencia 286/1995, de 21 de febrero [LA LEY 2191/1995].

Respecto a esta acusación debe precisarse que a pesar del carácter contradictorio del procedimiento civil en el que concurren dos partes con posibilidad ambas de aportar las pruebas que consideren provechosas a sus intereses, la actuación de los Letrados intervinientes debe obedecer siempre a las reglas éticas que gobiernan su profesión, no justificando la defensa a ultranza de sus clientes la desviación

del fin supremo a que se hallan vinculados en la búsqueda de la justicia. Así, con arreglo a la buena fe que debe presidir la actuación de los Abogados ante los Jueces y Tribunales descrita claramente en la LOPJ y en el Estatuto de la Abogacía, el Letrado acusado, si efectivamente tenía conocimiento de que la relación profesional de los Letrados L. y M. había terminado mucho tiempo antes de que hubiera concluido el plazo para poder ejecutar la Sentencia dictada a favor de los que comenzaban a ser sus clientes, no debió ocultar este dato. Ahora bien, al no haber quedado probada, con la certeza que el Derecho penal requiere, la entrega por parte de los señores C. y G. al señor C. de la carta en cuestión, falta uno de los requisitos necesarios para poder apreciar el delito que se le imputa, con independencia del sentido que pueda dársele al verbo «trasladar» utilizado en el precepto. Y con respecto a la ocultación de la situación de insolvencia de la empresa Cerámica Hermanos Clavero, S.A., ya se ha dicho anteriormente que no alcanza entidad suficiente para considerar delictiva dicha conducta. Por todo ello, debe ser absuelto el señor C. respecto a esta acusación, SAP Teruel 4/2002, de 6 de mayo.

Artículo 466.

1. El abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

2. Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal, representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el art. 417 en su mitad superior.

3. Si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que intervenga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior.

Según la Sentencia 630/2001, de 11 de mayo, el delito previsto en el art. 466 CP exige, como elemento normativo del tipo, que se haya producido una previa declaración formal de secreto de la actuación, cuya duración temporal delimita el art. 302 LECrim. Además, precisa la misma Sentencia, el secreto de sumario debe interpretarse en un sentido restrictivo, al igual que este delito de revelación de secreto relacionado con la difusión del contenido de las actuaciones procesales. No es lo mismo difundir incidencias procesales, dando cuenta simplemente de su celebración, que divulgar el contenido específico y literal de la diligencia practicada sacando a la luz pública aquello que por su peculiar naturaleza debe permanecer secreto. Al mismo tiempo, se precisa que el secreto no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de informaciones sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados.

Artículo 467.

1. El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

2. El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años.

Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

LECrím.: arts. 263, 301 y 416.2.º.

Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por RD 1281/2002, de 5 de diciembre.

Estatuto General de la Abogacía, aprobado por RD 658/2001, de 22 de junio: arts. 30 a 46.

LOPJ: arts. 437.2 y 438.2.

Bien jurídico

Art. 467.1 CP: El abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defienda o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de dos a cuatro años.

Elementos objetivos

Sujeto activo

En esta figura del núm. 1 del art. 467 CP el sujeto activo tiene una doble cualificación: en cuanto profesional (en este caso Abogado) y en cuanto comprometido con el asesoramiento defensa o representación de un determinado cliente (617/2008, de 6 de octubre [LA LEY 189403/2008]).

Conducta típica

La acción consiste en la asunción de la defensa de quien en un mismo asunto tenga intereses contrarios con otra parte a la que ya representaba o defendía, haciéndolo sin el consentimiento de esta última. El conflicto de intereses existente entre las partes impide que el mismo profesional pueda ocuparse de la defensa o representación de las dos partes enfrentadas. Por otra parte, la actuación del Abogado es claro que se refiere al mismo asunto, tal como exige el precepto ahora tipificador de lo que en el antiguo CP (arts. 360 y 361) se conocía como prevaricación del Abogado o Procurador. Es de notar que el texto del CP 1995 no utiliza ya la expresión parte, que parecía limitar la comisión del delito a aquellas situaciones en las que hubiese un enfrentamiento contencioso, sino que abre la intervención penal a la defensa de cualquier persona, lo cual es independiente de la existencia de una litispendencia entre las personas que el tipo menciona (617/2008, de 6 de octubre [LA LEY 189403/2008]).

El ATS 97/2001, de 24 de enero, afirma que el delito de deslealtad profesional del art. 467.1 CP, denominado antes delito de prevaricación de Abogados, exige, en primer lugar, que el Letrado hubiera tomado la defensa de una persona en concreto y que, en segundo lugar, sin conocimiento de ella, defendiera en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios. Por eso, no concurren los requisitos del tipo cuando, de un lado, si bien es cierto que el acusado ejerció la defensa letrada del recurrente

en cuatro juicios de desahucio por falta de pago en los que éste actuó como demandado, y que en el procedimiento del año 1992 con idéntico objeto, el acusado asumió la defensa letrada del que había sido actor en los cuatro anteriores, no es menos cierto que tal defensa no se produce en el mismo proceso ni asunto, sino en otro bien diferente y separado en el tiempo en casi un año del último que actuó como defensor del impugnante, por lo que no se simultanearon dos defensas contrapuestas.

Elementos subjetivos

El tipo subjetivo consiste simplemente en el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, sin que se requiera la concreta voluntad de causar daño (617/2008, de 6 de octubre [LA LEY 189403/2008]).

Autoría y participación

Cooperación necesaria

Y a pesar de tratarse de un delito, el examinado, «especial y propio», caracterizado por la cualificación del sujeto activo (Abogado) y no tenerla este acusado, de profesión «perito mercantil y economista», según sus manifestaciones (f.º 6 del acta de la sesión de la vista de 17 de mayo), se permite su intervención a título de cooperador necesario [art. 28.2.b) CP] puesto que participa en el hecho por un acto sin el cual no se hubiera producido el delito, y ello a pesar de su condición de *extraneus*. En efecto, la doctrina científica y jurisprudencial están hoy de acuerdo —nos recuerda la STS de 24 de junio de 1994— en que en los delitos de prevaricación, la participación del extraño o *extraneus* no puede entenderse impune, lo que repugna a la justicia material y a la propia conciencia social, datos estos que, con toda obviedad, no podrían dar lugar a tipificar un hecho como delito, si no fuera porque en este caso, y en todos los demás de análogo contenido y significación, con la más absoluta ortodoxia en el entendimiento de los principios que informan la parte general del Derecho penal, no sólo es posible, sino que es obligado aplicar en estos supuestos las modalidades de autoría o coautoría, tanto la inducción como, en último término, la cooperación necesaria (617/2008, de 6 de octubre [LA LEY 189403/2008]).

Art. 467.2 CP: El abogado o procurador que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados será castigado con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años. Si los hechos fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para su profesión de seis meses a dos años.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Que el sujeto activo sea un Abogado o un Procurador, esto es, se trata de un delito especial o de propia mano, 431/2008, de 8 de julio [LA LEY 96494/2008].

Conducta típica

Desde el punto de vista de la dinámica comisiva, que se despliegue una acción u omisión que en ambos casos derivará en un resultado y que se perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueron encomendados, sin que necesariamente tales perjuicios hayan de ser económicos, bas-

tando también los morales (431/2008, de 8 de julio [LA LEY 96494/2008]). Por lo que se refiere al perjuicio ocasionado al cliente, la Sentencia 89/2000, de 1 de febrero [LA LEY 5711/2000], manifiesta que la dicción legal del tipo no parece exigir necesariamente que el perjuicio ha de ser valorable económicamente, pues basta con que se trate de una desventaja, quebranto, daño o detrimento notorio de los intereses del cliente en el ámbito de la Administración de Justicia. Perjuicio que, según la 1326/2000, de 14 de julio [LA LEY 9351/2000], puede ser moral. En el mismo sentido, la 897/2002, de 22 de mayo [LA LEY 6234/2002].

En el caso de la 431/2008, de 8 de julio [LA LEY 96494/2008], se trata de un asunto que llevó como Letrado de los perjudicados, lo consensuó con los condenados en juicio ejecutivo, sin conocimiento ni asentimiento de los titulares del crédito, condonando casi la mitad de la deuda con ocasionamiento de un perjuicio a los acreedores y ello a pesar de haber sido requerido de cese con antelación como Letrado de la empresa. El pacto dañino realizado sin conocimiento y consentimiento del titular del crédito, en atención a la condición ostentada otrora de Abogado del asunto y conocido de los deudores, encierra los elementos típicos del delito.

En Sentencia 1653/1999, de 26 de noviembre [LA LEY 4639/2000], se dice que aunque se ha entendido por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia el carácter puramente objetivo de este delito de deslealtad, para su comisión se requiere como mínimo que el Abogado o los Abogados imputados hayan creado un «peligro concreto» para los intereses de la parte que defienden. Cuando uno de los Letrados no intervino en forma alguna en el proceso y al otro sólo se le puede achacar una intervención mínima, sin influencia real en la resolución del problema que con la querella se había planteado, no existe delito porque tal peligro ni existió ni hubo intención de provocarlo.

897/2002, de 22 de mayo [LA LEY 6234/2002], en referencia a la comisión por **imprudencia grave** considera que se da en el Abogado que a pesar de estar apercebido de defecto formal no entregó en plazo al Tribunal la documentación, lo que motivó un perjuicio irreparable para su cliente. Añade que el perjuicio causado puede ser tanto patrimonial como moral.

Elementos subjetivos

Desde el plano de la culpabilidad, un comportamiento doloso, en el que debe incluirse el dolo eventual, o bien un comportamiento culposo, en el que concurra «imprudencia grave» (431/2008, de 8 de julio).

Consumación y tentativa

Concursos

Con apropiación indebida

Señala la Sentencia 964/2008, de 23 de diciembre [LA LEY 257241/2008], que la calificación jurídica de la conducta de un Letrado en ejercicio que hace suyas cantidades de dinero que tenía que entregar a su cliente plantea varias cuestiones y, entre ellas, se debe examinar las relaciones entre el delito de deslealtad profesional y el delito de apropiación indebida, así como la apreciación de la agravante específica de aprovecharse de la credibilidad profesional prevista en el número 7.º del art. 250.1 del Código Penal. No existía una posición suficientemente definida en los pronunciamientos de esta Sala y ello determinó que se sometiesen estas cuestiones a un pleno

no jurisdiccional, que tuvo lugar el pasado dieciséis de diciembre, en el que tras el debate correspondiente se tomaron los siguientes acuerdos:

I. El Letrado que distrajere dinero recibido de su cliente por alguno de los títulos del art. 252 del Código Penal comete un delito de apropiación indebida.

II. La aplicación de la agravación prevista en el art. 250.7 del Código Penal se ajustará a las reglas generales.

III. Además, cometerá un delito del art. 467.2, en concurso ideal, si con el mismo hecho perjudicara los intereses que le fueron encomendados en el caso, estrictamente, en atención a sus funciones profesionales como Letrado.

CAPÍTULO VIII

Del quebrantamiento de condena

Artículo 468.

1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 48, 57, 173.

LECrím.: art. 785.8.º, apartado c).

LOGP: arts. 4.1.º.a) y 45.1.a).

RP: arts. 108 y 157.

En relación con este precepto y, en general, con el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP es de destacar la Consulta FGE núm. 3/1998, de 3 de abril.

Artículo modificado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, en vigor a partir del 29 de junio de 2005 (DF Séptima), siendo la anterior redacción la dada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, en vigor desde el 1 de octubre de 2004 hasta el 28 de junio de 2005:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad.

2. En los demás supuestos, se impondrá multa de 12 a 24 meses, salvo que se quebrantaran las prohibiciones a que se refiere el apartado 2 del art. 57 de este Código, en cuyo caso se podrá imponer la pena de prisión de tres meses a un año o la de trabajos en beneficio de la comunidad de 90 a 180 días».

La redacción anterior a la entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, fue la dada por la LO 10/1995, en vigor desde el 24 de mayo de 1996 hasta el 30 de septiembre de 2004:

«Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos».

Bien jurídico

El Título XX del Libro II del Código Penal vigente, bajo la rúbrica genérica de «Delitos contra la Administración de Justicia», incluye en el Capítulo VIII (arts. 468 a 471) las diversas modalidades de quebrantamiento de condena. La rúbrica que enmarca los citados preceptos del Código refleja de forma clara que bien jurídico protegido lo constituye básicamente el recto enconamiento de la Administración de Justicia, y especialmente la efectividad y el obligado acatamiento de las resoluciones que emanan de los Tribunales de Justicia (arts. 118 de la CE y 17.2 de la LOPJ), concretadas en la imposición de determinadas penas y medidas cautelares de carácter personal dentro del proceso penal. Se trata, por tanto, de proteger las funciones atribuidas constitucionalmente a los órganos jurisdiccionales, dando una respuesta penal adecuada a las infracciones que lesionan o quebrantan el contenido de las resoluciones que pueden ser dictadas en las diversas etapas o estadios del ejercicio de dicha función y, especialmente, en la etapa final del proceso penal, aun cuando es evidente que al propio tiempo se están tutelando de forma indirecta los intereses de la parte o partes en el proceso que se ven beneficiados o protegidos por la resolución judicial o medida cautelar quebrantada, particularmente en aquellos casos en los que dicha medida está enderezada principalmente a salvaguardar la vida, integridad personal o incolumidad de alguna de las víctimas de los delitos o faltas a los que se refiere el art. 57 Código Penal en su redacción vigente.

El bien protegido es la Administración de Justicia, y en concreto la eficacia de la orden, medida o Sentencia sobre la persona del detenido, preso o sometido a medida cautelar, dictada por Autoridad competente, que a través de la realización de la conducta típica, pretende hacerse ilusoria (SAP Toledo 49/2003, de 25 de septiembre [LA LEY 663/2004]).

Art. 468.1 CP: Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Aun cuando la jurisprudencia anterior al vigente Código Penal, haciendo una interpretación lógica y sistemática del art. 334 Código Penal de 1973, de carácter no extensivo y acorde con el principio de legalidad penal, limitó la esfera de aplicación de este precepto en el ámbito subjetivo,

al sentenciado o preso (esto es, a la persona sobre la que pesa una Sentencia condenatoria o un Auto de prisión), excluyendo de la esfera de aplicación de la norma penal los meros detenidos, cualquiera que fuese el origen de la detención (así, Sentencias del Tribunal Supremo de 12-3-1957, 26-3-1984 y 30-10-1985, entre otras), la promulgación del nuevo Código Penal ha supuesto una importante ampliación del ámbito subjetivo del tipo básico de quebrantamiento del art. 468 (que se corresponde con el art. 334 del anterior Código Penal), pues para definir el sujeto activo de la infracción penal se emplea ahora la fórmula «los que quebrantaren» sin ninguna precisión adicional. La concreción del sujeto activo del quebrantamiento de condena serán los condenados por Sentencia firme a una pena o aquellos a quienes se haya impuesto alguna medida de seguridad, así como los presos en situación de prisión provisional o a los que se les haya impuesto medida cautelar o se encuentren en situación de conducción o custodia.

Conducta típica

Los elementos objetivos del tipo del delito de quebrantamiento de medida cautelar, previsto y penado en el art. 468 del vigente CP son: a) el normativo consistente en la previa existencia de una medida cautelar acordada judicialmente; b) el segundo elemento, objetivo o material, consiste en la acción natural descrita por el verbo quebrantar, en el sentido de incumplir, infringir, desobedecer o desatender la precitada medida cautelar (SAP Vizcaya 363/2006, de 8 de mayo [LA LEY 76953/2006]).

La Consulta de la Fiscalía General del Estado de 3 de abril de 1998 concluye que del delito del art. 468 hay que excluir los supuestos en los que la medida quebrantada sea una detención, policial o judicial. El desarrollo argumental realizado en estas páginas sirve para afirmar que no existen en el punto objeto de debate soluciones seguras y precisas. Pero aun presentado como todas las demás algunos flancos débiles, la última posición expuesta resulta más apta para ser asumida por el Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las aclaraciones que pueda hacer la jurisprudencia. A ella conducen las razones sistemáticas (exclusión del detenido del subtipo agravado del art. 469 en contraposición a los arts. 470 y 471); históricas (apariencia de que no ha existido voluntad de cambio); y teleológicas (consideración del bien jurídico protegido que llevaría a excluir las medidas no jurisdiccionales, salvo que conste la voluntad expresa del legislador como sucede en los arts. 470 y 471) que han quedado expuestas. Esas razones pesarían más que las impuestas por una simple interpretación literal de la locución «medidas cautelares», máxime en un tipo redactado en forma tan abierta que todos coinciden en excluir de su ámbito muchas conductas que gramaticalmente sí encajarían (como el quebrantamiento de medidas o condenas no derivadas de procesos ante el orden jurisdiccional penal).

Elementos subjetivos

El elemento subjetivo del tipo previsto en el art. 468 del vigente CP consiste en el dolo típico, entendido éste como conocimiento de la vigencia de la medida que pesa sobre el sujeto y conciencia de su vulneración, sin que para el quebrantamiento punible sea necesario que el sujeto actúe movido por la persecución de ningún objetivo en particular o manifestando una especial actitud interna (SAP Vizcaya 363/2006, de 8 de mayo [LA LEY 76953/2006], SAP Jaén 81/2006, de 21 de marzo [LA LEY 74601/2006]), no pudiendo apreciarse la perpetración del delito en forma negligente, únicamente dolosa, dolo que, por lo referido, es más que dudoso se haya producido en este hecho, y que no puede llevar sino a la estimación del recurso y a la absolución por este hecho (SAP Vizcaya 363/2006, de 8 de mayo [LA LEY 76953/2006]).

El precepto previsto en el art. 468 del Código Penal no exige ningún dolo especial, bastando por tanto con el conocimiento de la ilicitud del hecho, lo que en este caso sin duda albergaba el acusado que, todo caso, sabía que hacía lo que tenía expresamente prohibido y que con ello incumplía la pena impuesta y en ejecución (SAP Murcia 50/2007, de 23 de julio [LA LEY 253656/2007]).

El tipo penal del art. 468 CP requiere un elemento subjetivo cual es la voluntad o intención de quebrantar la pena, es decir, de dejar de cumplirse, haciéndola ineficaz y dicho elemento en los presentes hechos no existe, pues está acreditado que el apelante lo que pretende desde el inicio es seguir cumpliendo su pena, pero no en el centro de rehabilitación son en la prisión, y así efectivamente lo termina realizando, éste acreditado que el día 2-12-00 trata de ingresar y no es admitido, y existe la duda razonable (que se debe interpretar a su favor) de haberlo intentado también el día 29 de noviembre de 2000, todo ello fue lo que llevó al Ministerio Fiscal en las diligencias del Juzgado número 1 de Instrucción de ésta localidad a no acusar, y solicitar el archivo de la causa, considerándolo asimismo esta Sala (pues de todo lo acaecido y la actuación personal del apelante se desprende que su intención era cumplir la pena, y no burlar la misma, y por tanto e debe estimar el recurso presentado, dejando sin efecto la condena de la instancia, revocándola y dictando en ésta alzada Sentencia absolutoria para el recurrente (SAP Málaga 397/2001, de 17 de diciembre).

Consumación y tentativa

660/2003, de 5 de mayo [LA LEY 2138/2003], advierte que el delito de quebrantamiento de condena se consuma en el momento en el que se infringe conscientemente la prohibición impuesta. Dado el contenido de la medida acordada por el Juzgado de Instrucción, que impedía al acusado acercarse y comunicarse con la denunciante, es evidente que con su comportamiento, tal y como se describe en el hecho probado, vulneró íntegramente lo dispuesto por el Juzgado, por lo que no cabe entender que no se han superado los límites de la tentativa. 496/2003, de 1 de abril [LA LEY 12590/2003], considera consumado el delito del art. 468 en el supuesto de llamadas amenazantes e insultantes a la denunciante que quedan registradas existiendo prohibición de comunicación con la víctima.

598/1999, de 22 de abril [LA LEY 6167/1999], declara la no existencia de este delito porque en la Sentencia de instancia se dice que «intentó fugarse», sin precisar dato alguno que nos pudiera informar acerca de las circunstancias concretas de ese intento de fuga. Se limita a repetir, utilizando unas palabras de evidente semejanza, lo que la Ley dice para tipificar la tentativa («intentó») o el quebrantamiento de la custodia («fugarse»). Por lo que no hay base fáctica suficiente para que pueda condenarse por tentativa de quebrantamiento de condena.

Autoría y participación

Pese a que está referido al 468.2 CP, es de reseñar: ¿Qué ocurre si la víctima reanuda voluntariamente la convivencia con su marido o ex conviviente que tiene dictada una medida de prohibición de aproximación a instancias de aquélla? Si se opta por el mantenimiento a todo trance de la efectividad de la medida, habrá que concluir que si la mujer consiente en la convivencia, posterior a la medida cabría considerarla coautora por cooperación necesaria en al menos por inducción, ya que su voluntad tendría efectos relevantes cara al delito de quebrantamiento de medida del art. 468 del Código Penal, lo que produciría unos efectos tan perversos que no es preciso razonar, al suponer una intromisión del sistema penal intolerable en la privacidad de la pareja

cuyo derecho más relevante es el derecho a «vivir juntos», como recuerdan las SSTEDH de 24 de marzo de 1988 y 9 de junio de 1998, entre otras (SAP Madrid 315/2009, de 7 de julio [LA LEY 128065/2009], entre muchas).

Art. 468.2 CP: Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el art. 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.

Sobre el quebrantamiento de condena y/o medida cautelar de las previstas en los arts. 48 y 57 CP, acudir a los comentarios de los citados artículos (el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP, Acuerdo de la Sala Segunda en su reunión, como Sala General, celebrada el 25 de noviembre de 2008).

Señala SAP de Córdoba 622/2006, de 28 de noviembre, [LA LEY 262799/2006] que el delito de quebrantamiento de la prohibición de comunicarse a la víctima del art. 468.2 del C. Penal, introducido por la Ley Orgánica 15/2003, requiere para que concurra los siguientes elementos (SAP de Córdoba de 24 de enero de 2006): 1. La existencia de una resolución judicial que impone la medida cautelar; cuestión sobre la que no existe duda en la presente causa. 2. El conocimiento de dicha medida por el sujeto activo. 3. El incumplimiento de la misma de forma consciente y voluntaria, es decir, la existencia en el acusado de un dolo o ánimo de quebrantar la medida, de manera que no haya duda de que infringe el bien jurídico protegido por el citado precepto con su conducta, que no es otro que la efectividad de los pronunciamientos judiciales en orden al cumplimiento de las penas (STS 29-9-01), de manera que lo que se pena es la desobediencia a mandatos del sistema judicial que por su propia naturaleza son públicos y obligatorios y por lo tanto situados extramuros de la facultad de disposición de los ciudadanos. Pues bien, la Juzgadora de instancia aprecia, y esta Sala comparte, que la intención del acusado no fue desprestigiar los mandatos de la administración de justicia, poniendo en peligro los bienes que esta trataba de salvaguardar, sino, por contra, interesarse por la salud de su hija, aquejada de una grave enfermedad. Al obrar así no concurre el elemento subjetivo del injusto configurar del tipo y, por ende, no se ha quebrantado el delito objeto de acusación (SAP de Córdoba 622/2006 [LA LEY 262799/2006]).

Prescripción

Ha sentado la Sala Segunda (1493/1999, de 21 de diciembre [LA LEY 4019/2000], 590/2004, de 6 de mayo [LA LEY 13424/2004]) que en los supuestos de enjuiciamiento de un comportamiento delictivo complejo que constituye una unidad delictiva íntimamente cohesionada de modo material, como sucede en aquellos supuestos de delitos instrumentales en que uno de los delitos constituye un instrumento para la consumación o la ocultación de otro, se plantea el problema de la prescripción separada, que puede conducir al resultado absurdo del enjuiciamiento aislado de una parcela de la realidad delictiva prescindiendo de aquella que se estimase previamente prescrita y que resulta imprescindible para la comprensión, enjuiciamiento y sanción de un comportamiento delictivo unitario. Acudiendo para la resolución de esta cuestión a los fundamentos procesales y especialmente a los materiales del propio instituto de la prescripción que se interpreta, la doctrina de esta Sala (SSTS de 14 de junio de 1965, 6 de noviembre de 1991, 28 de septiembre de 1992, 12 de marzo de 1993, 12 de abril de 1994, 18 de mayo y 22 de junio de 1995, 10 de noviembre de 1997 y 29 de julio de 1998, entre otras), estima que en estos supuestos la unidad delictiva prescribe de modo conjunto de modo que no cabe apreciar la prescripción aislada del delito instrumental

mientras no prescriba el delito más grave o principal. Y ello porque no concurren los fundamentos en que se apoya la prescripción pues ni el transcurso del tiempo puede excluir la necesidad de aplicación de la pena para un único segmento subordinado de la conducta cuando subsiste para la acción delictiva principal, tanto si se contempla desde la perspectiva de la retribución como de la prevención general o especial, ni, por otro lado, en el ámbito procesal, puede mantenerse la subsistencia de dificultades probatorias suscitadas por el transcurso del tiempo que sólo afecten a un segmento de la acción y no a la conducta delictiva en su conjunto. Con arreglo a tal doctrina, existiendo esa unidad delictiva en los delitos de detención ilegal (e incluso asesinato) y atentado y quebrantamiento de condena, imputados a uno de los recurrentes, y entre detención ilegal y quebrantamiento de condena atribuidos al otro, el motivo ha de ser desestimado (132/2008, de 12 de febrero [LA LEY 20911/2008]).

Otras cuestiones

Nos encontramos con dos quebrantamientos de condena (ejecutorias 343/1999 y 285/00), delitos que hemos declarado reiteradamente que ya no es que no guarden analogía alguna con el resto del historial delictivo del delincuente (particularmente, delitos contra el patrimonio), sino que son de difícil acumulabilidad, pues no parece procedente acumular la pena del ingreso en prisión y a su vez, el quebrantamiento de la misma, porque no pueden tolerar ser enjuiciadas en un mismo proceso, por lo que no procede su refundición (595/2006, de 8 de mayo [LA LEY 62750/2006], 988/2005 [LA LEY 163703/2005]).

Artículo 469.

Los sentenciados o presos que se fugaren del lugar en que estén reclusos, haciendo uso de violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas o tomando parte en motín, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 468.

La Jurisprudencia anterior al nuevo Código Penal limitaba la esfera de aplicación del art. 334 antiguo, a los sentenciados o presos, excluyendo de la autoría a los demás partícipes (STS 12-3-57, 26-3-80, 30-10-85). Y dentro de aquéllos, en virtud del carácter restrictivo de la norma penal, excluía también a los meros detenidos. La nueva redacción dice «los que quebrantaren» sin precisar quienes pueden ser sujetos activos, debiendo inferirse del resto de las expresiones que se utilizan en el precepto (condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia), pero sigue siendo un delito de «autoquebrantamiento». Cualquier acto de cooperación constituye una infracción autónoma a castigar por el art. 470 o el 471 del CP (SAP Toledo 49/2003, de 25 de septiembre [LA LEY 663/2004]).

Si en su fuga no logró en ningún momento ponerse fuera del alcance de los agentes de la autoridad, estaríamos ante la derogada figura de la frustración (STS de 18-5-1987) (SAP Islas Baleares 127/1999, de 5 de mayo).

La Sentencia 206/1998, 16 de febrero [LA LEY 2340/1998], contempla los supuestos de concurso y aclara que cuando concurren varias modalidades agravatorias de las prevenidas en el art. 335 del CP de 1973 (hoy, art. 469 CP), una de ellas servirá para calificar la evasión; y si alguna de las demás integra otro delito, se sancionarán ambas a través del concurso correspondiente. Sancionado, en el caso concreto recogido en dicha Sentencia, por una parte, el delito de quebrantamiento de condena en su modalidad agravada del art. 469 del nuevo Código Penal, y por otra parte, un delito de detención ilegal cometido sobre los funcionarios, que se sanciona también en su modalidad agravada.

Artículo 470.

1. El particular que proporcionare la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluso, bien durante su conducción, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno, la pena será de prisión de seis meses a cuatro años.

3. Si se tratara de alguna de las personas citadas en el art. 454, se les castigará con la pena de multa de tres a seis meses, pudiendo en este caso el Juez o Tribunal imponer tan sólo las penas correspondientes a los daños causados o a las amenazas o violencias ejercidas.

CONCORDANCIAS

CP: art. 468.

La simple lectura del precepto pone de manifiesto que el tipo penal no menciona sólo el proporcionar o favorecer la evasión, sino que exige también como requisito integrante del mismo que se favorezca la evasión del lugar donde se esté recluso o durante su conducción. Por ello no basta afirmar que es típico favorecer el alejamiento que frustra el control o detención sino que es necesario que ese alejamiento lo sea de la conducción o del lugar en que esté recluso. En este sentido, son típicos y punibles los favorecimientos de la evasión del arresto domiciliario o el favorecimiento de la evasión de la prisión atenuada porque en estos supuestos hay reclusión, aunque sean indirectas las medidas de aseguramiento, incluso la evasión del centro de detención (Comisaría de Policía, Cuartel de Guardia Civil, Jefatura de Policía Local, etc.), o las conducciones que desde esos centros de reclusión o detención se hace de los condenados, presos (provisionales o no) y detenidos en sus traslados a cualquier otro lugar o establecimiento, concepto amplio de centro o conducción que se vio reforzado para este delito por la STS, Sala 2.ª, de 5 de octubre de 1983 que castigó por este delito el favorecimiento de la evasión de una clínica privada a la que se había trasladado al detenido o preso para su atención. Por lo tanto, si se debe cumplir esta segunda nota, hallarse recluso, serán impunes las conductas de favorecimiento de un alejamiento que frustra el control en situaciones de no reclusión. Ésta y no otra es la interpretación literal que debe hacerse del art. 470.1 del Código Penal en cuanto existe como requisito del tipo no sólo que se proporcione la evasión a un condenado, preso o detenido, sino también que lo sea del lugar en que esté recluso o durante su conducción desde ese lugar (SAP Castellón 67/2003, de 12 de marzo).

Artículo 471.

Se impondrá la pena superior en grado, en sus respectivos casos, si el culpable fuera un funcionario público encargado de la conducción o custodia de un condenado, preso o detenido. El funcionario será castigado, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a diez años si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria, y con la inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años en los demás casos.

CONCORDANCIAS

LOTJ: arts. 1.1.º.b) y 1.2.º.l).

En relación con este precepto y, en general, con el delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP es de destacar la Consulta FGE núm. 3/1998, de 3 de abril.

LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: art. 1.

CAPÍTULO IX**De los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional****Artículo 471 bis.**

1. El testigo que, intencionadamente, faltare a la verdad en su testimonio ante la Corte Penal Internacional, estando obligado a decir verdad conforme a las normas estatutarias y reglas de procedimiento y prueba de dicha Corte, será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si el falso testimonio se diera en contra del acusado, la pena será de prisión de dos a cuatro años. Si a consecuencia del testimonio se dictara un fallo condenatorio, se impondrá pena de prisión de cuatro a cinco años.

2. El que presentare pruebas ante la Corte Penal Internacional a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas, será castigado con las penas señaladas en el apartado anterior de este artículo.

3. El que intencionadamente destruya o altere pruebas, o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de siete a 12 meses.

4. El que corrompiera a un testigo, obstruyera su comparecencia o testimonio ante la Corte Penal Internacional o interfiriera en ellos será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses.

5. Será castigado con prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses quien pusiera trabas a un funcionario de la Corte, lo corrompiera o intimidara, para obligarlo o inducirlo a que no cumpla sus funciones o a que lo haga de manera indebida.

6. El que tomara represalias contra un funcionario de la Corte Penal Internacional en razón de funciones que hayan desempeñado él u otro funcionario será castigado con la pe-

na de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a 24 meses. En la misma pena incurrirá quien tome represalias contra un testigo por su declaración ante la Corte.

7. El que solicitara o aceptara un soborno en calidad de funcionario de la Corte y en relación con sus funciones oficiales incurrirá en la pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva solicitada o aceptada.

CONCORDANCIAS

Capítulo añadido por LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma 17 de julio de 1998, ratificado por España el 19 de octubre de 2000; L 6/ 2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El contenido del art. 471 bis) es la transposición del art. 70 del Estatuto de Roma de la Corte Penal internacional que, bajo la rúbrica «Delitos contra la administración de justicia», sanciona el mismo tipo de conductas.

TÍTULO XXI

DELITOS CONTRA LA CONSTITUCIÓN

CAPÍTULO I

Rebelión

Artículo 472.

Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.

2.º Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.

3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.

4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.

5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.

6.º Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles

o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.

7.º Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 2, 8, 13.3, 56, 117.5, 167 y 168.

CP: arts. 544 a 549.

CP 1973: arts. 214 a 217 bis y 225 a 230.

CPM: arts. 79 a 84.

LOPJ: art. 23.3.c).

LEP: art. 3.1.

Bien jurídico

Existe una afinidad entre este delito de rebelión y el de sedición (actualmente, arts. 544 a 549, bajo el Título XXII de «Delitos contra el orden público») por su común finalidad de subversión política o social, teniendo las dos un carácter plurisubjetivo y una idéntica dinámica tumultuaria y violenta existiendo entre ellas una diferencia meramente cuantitativa en razón de los fines perseguidos, en cuanto que **la rebelión tiende a atacar el normal desenvolvimiento de las funciones primarias de legislar y gobernar** mientras que la sedición tiende a atacar las secundarias de administrar y juzgar, razón por la que se ha calificado a la sedición como «rebelión en pequeño» (3 de julio de 1991).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Se trata de una infracción necesariamente plurisubjetiva o pluripersonal y de **ejecución colectiva**, pues no es concebible un delito de rebelión militar perpetrado por una sola persona (22 de abril de 1983 [LA LEY 7785JF/0000]).

Conducta típica

El delito de rebelión es, ante todo, un alzamiento o levantamiento en armas, **tendencialmente** encaminado a atacar al ordenamiento constitucional, al Jefe del Estado, a su Gobierno o a Instituciones fundamentales de la Nación, etc. La violencia no es requisito indispensable de la rebelión, pudiéndose pactar y llevar a cabo de modo incruento sin que por ello sea impune el comportamiento de los agentes (en nuestra historia han abundado los pronunciamientos o sublevaciones sin violencia ni efusión de sangre); todo ello sin perjuicio de resaltar que lo que se proyecta y conviene como incruento, se torna violento y belicoso tan pronto se ofrece resistencia u oposición a los planes de los rebeldes, los cuales nunca pueden aseverar —dado que el futuro no se puede predecir por los humanos— que su alzamiento, con toda seguridad, será incruento, sin víctimas y sin derramamiento de sangre (22 de abril de 1983 [LA LEY 7785JF/0000]).

El Código Penal de 1995 ha intercalado en la descripción de este delito la locución «violenta» entre los términos «alzaren» y «públicamente», restringiéndose por tanto el castigo a los alzamientos violentos, que son aquellos que van acompañados del ejercicio de la fuerza física, o

cuando el empleo de ésta constituye una seria y fundada amenaza, por estar dispuestos los alzados a conseguir los fines indicados en la norma recurriendo a la utilización o al uso de la misma (Auto TSJ País Vasco 11/2005, de 1 de marzo).

Elementos subjetivos

Por definición, la rebelión se realiza por un grupo, que tiene el propósito de uso ilegítimo de armas de guerra o explosivos, con una finalidad de producir la destrucción o eversión del orden constitucional (STC 199/1987, de 16 de diciembre [LA LEY 53413JF/0000]).

Consumación

Es una infracción de mera actividad, toda vez que basta que se produzca el alzamiento en armas para que se consume y perfeccione instantáneamente el hecho punible aunque los rebeldes no hayan conseguido los objetivos o fines pretendidos con su insurrección o insurgencia, es decir, no se exige resultado alguno para la perfección delictiva (22 de abril de 1983 [LA LEY 7785JF/0000]).

Competencia

El delito de rebelión no es y nunca ha sido competencia de la Audiencia Nacional (SAN, Pleno, Auto de 2 de diciembre de 2008 [LA LEY 175013/2008], a propósito de la investigación sobre los supuestos delitos de detención ilegal cometidos durante la Guerra Civil).

Artículo 473.

1. Los que, induciendo a los rebeldes, hayan promovido o sostengan la rebelión, y los jefes principales de ésta, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinticinco años e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo; los que ejerzan un mando subalterno, con la de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta de diez a quince años, y los meros participantes, con la de prisión de cinco a diez años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años.

2. Si se han esgrimido armas, o si ha habido combate entre la fuerza de su mando y los sectores leales a la autoridad legítima, o la rebelión hubiese causado estragos en propiedades de titularidad pública o privada, cortado las comunicaciones telegráficas, telefónicas, por ondas, ferroviarias o de otra clase, ejercido violencias graves contra las personas, exigido contribuciones o distraído los caudales públicos de su legítima inversión, las penas de prisión serán, respectivamente, de veinticinco a treinta años para los primeros, de quince a veinticinco años para los segundos y de diez a quince años para los últimos.

CONCORDANCIAS

CP: art. 592.2.

Artículo 474.

Cuando la rebelión no haya llegado a organizarse con jefes conocidos, se reputarán como tales los que de hecho dirijan a los demás, o lleven la voz por ellos, o firmen escritos expedidos a su nombre, o ejerzan otros actos semejantes de dirección o representación.

CONCORDANCIAS

CP: art. 546.
CPM: art. 79.

Artículo 475.

Serán castigados como rebeldes con la pena de prisión de cinco a diez años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años los que sedujeren o allegaren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión.

Si llegara a tener efecto la rebelión, se reputarán promotores y sufrirán la pena señalada en el art. 473.

CONCORDANCIAS

CP: art. 581.
CPM: arts. 10, 49.5, 80.2 y 83.

Artículo 476.

1. El militar que no empleare los medios a su alcance para contener la rebelión en las fuerzas de su mando, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años e inhabilitación absoluta de seis a diez años.

2. Será castigado con las mismas penas previstas en el apartado anterior en su mitad inferior el militar que, teniendo conocimiento de que se trata de cometer un delito de rebelión, no lo denuncie inmediatamente a sus superiores o a las autoridades o funcionarios que, por razón de su cargo, tengan la obligación de perseguir el delito.

CONCORDANCIAS

CPM: arts. 8, 82 y 83.

Artículo 477.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer rebelión serán castigadas, además de con la inhabilitación prevista en los artículos anteriores, con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.
CPM: art. 81.

La **conspiración**, caracterizada por la conjunción del concierto previo y la firme resolución, es incompatible con la iniciación ejecutiva material del delito, que supondría ya la presencia de coautores o partícipes de un delito intentado o consumado, pero requiere, en todo caso, que los conspiradores desarrollen una actividad precisa y concreta con realidad material y tangible que ponga de relieve la voluntad de delinquir, sin recurrir a tan sólo meras conjeturas o suposiciones (Auto TSJ País Vasco 11/2005, de 1 de marzo).

Artículo 478.

En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, la pena de inhabilitación que estuviere prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de quince a veinte años, salvo que tal circunstancia se halle específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 67.

Artículo 479.

Luego que se manifieste la rebelión, la autoridad gubernativa intimará a los sublevados a que inmediatamente se disuelvan y retiren.

Si los sublevados no depusieran su actitud inmediatamente después de la intimación, la autoridad hará uso de la fuerza de que disponga para disolverlos.

No será necesaria la intimación desde el momento en que los rebeldes rompan el fuego.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16.2 y 3, 24 y 549.

Artículo 480.

1. Quedará exento de pena el que, implicado en un delito de rebelión, lo revelare a tiempo de poder evitar sus consecuencias.

2. A los meros ejecutores que depongan las armas antes de haber hecho uso de ellas, sometiéndose a las autoridades legítimas, se les aplicará la pena de prisión inferior en gra-

do. La misma pena se impondrá si los rebeldes se disolvieran o sometieran a la autoridad legítima antes de la intimación o a consecuencia de ella.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16.2 y 3, 473 y 549.

CP 1973: art. 226.

CPM: art. 82.

Que la excusa absolutoria del primer apartado y la sustanciosa atenuación del segundo, semejantes a lo que disponía el art. 226 del Código Penal de 1973, supone una medida de política criminal encaminada a facilitar la rendición de los rebeldes sin que hubieran conseguido sus objetivos ni hecho uso de las armas, a restablecer cuanto antes el orden público perturbado y a evitar efusión o derramamiento de sangre (22 de abril de 1983 [LA LEY 7785-JF/0000]).

Artículo 481.

Los delitos particulares cometidos en una rebelión o con motivo de ella serán castigados, respectivamente, según las disposiciones de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8, 73 a 79 y 564.

Artículo 482.

Las autoridades que no hayan resistido la rebelión, serán castigadas con la pena de inhabilitación absoluta de doce a veinte años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 549.

Artículo 483.

Los funcionarios que continúen desempeñando sus cargos bajo el mando de los alzados o que, sin haberseles admitido la renuncia de su empleo, lo abandonen cuando haya peligro de rebelión, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 407 y 549.

CPM: arts. 121, 130, 144.2 y 145.

Artículo 484.

Los que aceptaren empleo de los rebeldes, serán castigados con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 549.

CAPÍTULO II**Delitos contra la Corona****Artículo 485.**

1. El que matare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.

2. La tentativa del mismo delito se castigará con la pena inferior en un grado.

3. Si concurrieran en el delito dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 56 a 60.

CP: arts. 15, 16, 22, 62, 64, 66.3, 67, 138 a 143, 407, 451.3.º.a), 472.2 y 492.

LOPJ: arts. 23.3.b) y 65.1.º.a).

Artículo 486.

1. El que causare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, lesiones de las previstas en el art. 149, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el art. 150, se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años.

2. El que les causare cualquier otra lesión, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 147 a 156, 550 y 617.1.

Artículo 487.

Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años el que privare al Rey, o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, de su libertad personal, salvo que los hechos estén castigados con mayor pena en otros preceptos de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8.4.^a, 163 a 168, 472.2.^o y 531.

Artículo 488.

La provocación, la conspiración y la proposición para los delitos previstos en los artículos anteriores se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a las respectivamente previstas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

«En los hechos probados es visto que aun practicados actos externos, éstos se incardinan en la conspiración pues el plan nuclear estaba perfeñado para ser actuado en el momento en que los ya condenados tuvieron preparada la huida, lo que cuando fueron detenidos aún no habían perfeccionado, por lo que ni se inició la ejecución del delito de resultado material en sentido técnico, ni los actos puestos en juego pusieron en peligro inmediato la vida de SM El Rey, bien jurídico protegido por el tipo penal, ni se produjo la inmediatez temporal del ataque contra el mismo» (SAN, Sala de lo Penal, 16/2002, de 4 abril).

*«En el delito contra la Corona se opta por la figura de la **conspiración** en lugar de la tentativa, dado que hubo unión de voluntades orientada a lograr la muerte del Rey y el proyecto era viable, se había elegido el día de la inauguración del museo Guggenheim siendo notorio que asistiría el Rey. No se aprecia en cambio la tentativa porque la ejecución se condicionó a la no presencia de civiles (en el sentido antes indicado), con lo que la Sala llega a la conclusión que se tomó la decisión de matar al Rey con un plan concreto y acabado, sin que aquel condicionamiento, que excluye la tentativa, suponga que se desiste de la conspiración, sino que se deja la ejecución para otro momento más favorable» (SAN, Sala de lo Penal, 22/1999, de 18 de mayo [LA LEY 4688/2000]).*

Artículo 489.

El que con violencia o intimidación grave obligare a las personas referidas en los artículos anteriores a ejecutar un acto contra su voluntad, será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años.

En el caso previsto en el párrafo anterior, si la violencia o la intimidación no fueran graves, se impondrá la pena inferior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 172, 472.2.º, 544, 550 y 620.2.º.

Artículo 490.

1. El que allanare con violencia o intimidación la morada de cualquiera de las personas mencionadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de prisión de tres a seis años. Si no hubiere violencia o intimidación la pena será de dos a cuatro años.

2. Con la pena de prisión de tres a seis años será castigado el que amenazare gravemente a cualquiera de las personas mencionadas en el apartado anterior, y con la pena de prisión de uno a tres años si la amenaza fuera leve.

3. El que calumniare o injuriare al Rey o a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe heredero de la Corona, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 169 a 171, 202 a 204 y 205 a 216.

CP 1973: arts. 146 y 147.

LOPJ: art. 23.3.b).

Calumnias o injurias al Rey en el ejercicio de sus funciones (art. 490.3)

Aspectos generales

Si bien la especial relevancia del sujeto pasivo (que encarna la más alta Magistratura del Estado, «símbolo de su unidad y permanencia», art. 56.1 CE) convierte a éste y a los siguientes preceptos en delitos propios *delicta sui generis*, siendo los ataques que describen acreedores a una especial y grave valoración jurídico-penal, no es menos cierto que la esencia de este tipo de infracciones es la misma que la de los delitos ordinarios de injurias y calumnias a particulares, por lo que a éstos habrá que acudir para completar, interpretar y mejor aplicar aquéllos (11 de mayo de 1983 [LA LEY 36357-NS/0000] y 29 de noviembre de 1983 [LA LEY 8323-JF/0000]).

Bien jurídico protegido

Es el honor subjetivo del Jefe del Estado e incluso el honor objetivo del mismo, esto es, su buena fama, su reputación o el concepto público que merece. Por más que la gravedad de las injurias debe reposar en criterios objetivos y nunca basarse en el carácter prócer, señero y encum-

brado del sujeto pasivo (la insignificancia agravando a la grandeza), lo cierto es que el estado de dignidad y las circunstancias del ofendido y del ofensor influyen poderosamente en orden a la determinación de la venialidad o gravedad de la ofensa; si bien es preciso reconocer que las injurias al Rey o a la personas descritas en el tipo, pese a la suprema dignidad del sujeto pasivo, pueden en ciertos casos reputarse leves, como así lo reconoce el último párrafo de este art. 490 (11 de mayo de 1983 [LA LEY 36357-NS/0000]).

Como a otras altas Instituciones del Estado, el legislador otorga a la Corona una singular protección jurídica para procurar la defensa del estado Constitucional, de tal modo que el término injurias y calumnias en este tipo de acciones se extrae del Título XI, Delitos contra el Honor, para regularlo dentro del Título dedicado a los Delitos contra la Constitución —Título XXI—. Es, pues, un delito de naturaleza pública, ya que lo que se protege no es, como en aquéllos, la dignidad personal de particulares sino la propia estabilidad del sistema de tal modo que otorga una protección reforzada de la Corona en cuanto la figura del Rey es el símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56.1 CE), pues el bien jurídico protegido es la preservación del propio sistema constitucional frente a ataques que conforme los arts. 485 a 491 se regulan de mayor a menor desde la violencia física extrema contra el Rey y personas de su familia, especialmente protegidas, hasta la violencia psíquica —coacciones en todas sus modalidades—, para terminar con la violencia verbal. Es, por tanto, una protección instrumental, pues tratando de proteger la figura del Rey y personas afines se está protegiendo la persona que encarna la institución que representa y simboliza el Estado Constitucional. El Tribunal Supremo, en la Sentencia 1284/2005, de 31 octubre, recogió expresamente esta idea en un caso de ataques verbales a S.M. el Rey, señalando como límite a la libertad de expresión «el respeto a los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE» (JCP 42/2009, de 9 de junio [LA LEY 67912/2009]).

Elementos objetivos

Comprende aquellas expresiones proferidas o acciones ejecutadas en deshonra, descrédito o menosprecio de esas personas (6 de junio de 1987 [LA LEY 29-2/1987]).

Es un delito pluriofensivo y de sujeto pasivo restringido. El art. 490. 3 no es un delito especial, sino que es ley especial con relación a los tipos comunes de los arts. 205 y siguientes (SAN, Pleno, 5/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 175898/2008]).

El tipo objetivo del art. 490.3 es más restrictivo que el del art. 208 (injuria común), pues exige una expresión o acción que atente contra la dignidad, fama o estimación de las personas que menciona con menoscabo de la Institución, de modo que a través de la protección de la persona se protege la Corona como institución del Estado. Lo relevante, pues, no es que la expresión o acción lesionen la dignidad de D. Juan Carlos I como sujeto individual de derechos, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, sino que afecten a la Institución como bien jurídico de raíz Constitucional (SAN, Pleno, 5/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 175898/2008]).

Como la injuria contra el Rey no protege bienes jurídicos individuales sino colectivos no es un delito privado. De ello se derivan varias consecuencias. En primer lugar, que es un delito público, perseguible incluso contra la voluntad expresa del Rey. En segundo lugar, que el perdón del ofendido es irrelevante y no extingue ni la acción, ni la pena impuesta, ni la que se esté ejecutando. Y, en tercer lugar, la *exceptio vertiatis* es ineficaz, a diferencia de lo que ocurre, no

sólo en los tipos comunes, sino con las calumnias o injurias contra otras instituciones del Estado —arts. 496 y 504— (SAN, Pleno, 5/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 175898/2008]).

No toda conducta que coloque al Monarca en una posición incómoda, incluso reprochable desde los usos sociales, puede interpretarse como despreciativa hacia la persona real. El propio Monarca en los inicios de su reinado expresó en forma pública y solemne su voluntad y *«propósito no sólo de ser el Rey de todos los españoles, sino también el de que ninguna voz sería desoída por él»*. La institución monárquica es ejercicio de un plebiscito inexplicito cotidiano y por ello en manera alguna debe estimarse existente el delito de injurias, sino contrariamente, un legítimo ejercicio del derecho a la libre expresión, cuando se trata de comunicar al Monarca un estado de insatisfacción pública de un sector ciudadano, más o menos minoritario. Se trata de un comportamiento exigible en toda democracia y por ello carente de antijuridicidad (2/1993, de 28 de septiembre [LA LEY 13724/1993]).

La libertad de expresión no es un derecho ilimitado y absoluto. Existen límites por el respeto debido a otros derechos fundamentales y en concreto al derecho al honor. El ejercicio de la libertad de expresión (como también el derecho a la información) no puede justificar sin más el empleo de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que exceden del derecho de crítica y son claramente atentatorios para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones se critican, incluso si se trata de persona con relevancia pública, pues la Constitución no reconoce el derecho al insulto (1284/2005, de 31 octubre [LA LEY 1888/2005]).

El derecho a la libertad de expresión nunca puede justificar ataques a aquel aspecto del honor que coincide con el núcleo último e intangible de la dignidad de la persona, que el ordenamiento jurídico siempre defiende de toda injerencia de terceros. Se pueden verter opiniones hirientes sin afectar a ese núcleo, pues en caso contrario el ejercicio de la libertad de expresión sería claramente desproporcionado. No obstante, las restricciones a la libertad de expresión se deben aplicar con un espíritu de tolerancia, sobre todo cuando se trata de crítica en materia política (Sentencia TSJ País Vasco de 18 de marzo de 2005 [LA LEY 1015/2005]).

«Es obvio que para manifestar el rechazo a la monarquía no es necesario menospreciar y vilipendiar a S.S. M.M. los Reyes, quemando su fotografía, tras haberla colocado deliberadamente boca abajo» (JCP 66/2007, de 22 de noviembre [LA LEY 179830/2007], y 40/2008, de 9 de julio [LA LEY 96164/2008]).

Elementos subjetivos

El elemento subjetivo del injusto de este especial delito contra el honor consiste en ánimo de injuriar o propósito de producir maliciosamente la ofensa al patrimonio moral o espiritual de las personas descritas en el tipo (6 de junio de 1987 [LA LEY 29-2/1987] y 2/1993, de 28 de septiembre [LA LEY 13724/1993]), que, como todos los componentes anímicos que mueven la voluntad de una persona, no puede ser establecido de una manera directa, por lo que habrá que deducirlo del contenido, ocasión, lugar, tiempo y circunstancias de las expresiones proferidas o acciones ejecutadas (20 de mayo de 1983 [LA LEY 7898-JF/0000], 27 de enero de 1992 [LA LEY 1223/1992]), y 1284/2005, de 31 octubre [LA LEY 1888/2005]).

La especial condición del sujeto pasivo y su conocimiento por parte del sujeto activo son circunstancias que tienen que estar abarcadas por el dolo del agente (SAN, Pleno, 5/2008, de 5 de diciembre [LA LEY 175898/2008]).

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente (SSTC 39/2005, de 28 de febrero [LA LEY 808/2005], entre otras muchas) que, si bien la legislación penal otorga una amplia protección al a buena fama y al honor de las personas y a la dignidad de las instituciones mediante la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de información ha modificado profundamente la forma de afrontar el enjuiciamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que la conducta a considerar haya sido realizada en ejercicio de dichas libertades, pues la dimensión constitucional del conflicto hace insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos, que ahora no basta por sí solo para fundar una condena penal por un delito de. Ello entraña la necesidad de que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que el Juez penal debe examinar, en aquellos casos en los que se haya alegado el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1.a) y d) CE, si los hechos no han de encuadrarse, en rigor, dentro de este alegado ejercicio de los derechos fundamentales protegidos en el citado precepto constitucional, ya que, de llegar a esa conclusión, la acción penal no podría prosperar puesto que las libertades del art. 20.1.a) y d) CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta (1284/2005, de 31 octubre [LA LEY 1888/2005]).

Artículo 491.

1. Las calumnias e injurias contra cualquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, y fuera de los supuestos previstos en el mismo, serán castigadas con la pena de multa de cuatro a veinte meses.

2. Se impondrá la pena de multa de seis a veinticuatro meses al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda dañar el prestigio de la Corona.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 205 a 216, 490.3 y 620.2.º.

CP 1973: arts. 146.1 y 147.

Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido presenta una triple vertiente como objeto de tutela penal, porque mientras en las injurias comunes y también en la figura cualificada es la dignidad u honor personal —art. 18.1 CE—, en los tipos del injurias contra la Corona se protege además el concepto categorial de honor integrado por el honor funcionarial, en que se defiende la dignidad que corresponde al desempeño de una función por el legítimo titular de la misma —lesión de la dignidad de la función como pretensión de respeto indispensable para el normal funcionamiento de los poderes públicos—, y también, en otra vertiente, de honor estatal, que corresponde a quien constitucional-

mente simboliza la unidad y permanencia del Estado español y asume la más alta representación del mismo. De otra parte, atendida la ubicación típica dentro de los delitos contra la Constitución, también es bien jurídico protegido el interés general del Estado en la sumisión general a la Constitución, a las Leyes y a las Autoridades legítimas, y el interés en el mantenimiento de la paz pública, y en otros términos, la organización democrática del Estado, destacándose la pluriofensividad de los tipos de delitos contra la Corona, en los que, junto a la afectación de bienes jurídicos de naturaleza personal, resulta directamente afectada la Institución y mediatamente la organización democrática del Estado, lo que determina su persecución ex officio, a diferencia de los tipos comunes de injuria (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

La protección que se otorga a la Constitución en nuestro Código Penal, se encuadra en el Título XXI del Libro II de dicho Código, articulando en su Capítulo II los delitos contra la Corona, como institución constitucional a la que se confiere un tratamiento exclusivo distinto del que protege a las demás Instituciones del Estado y al sistema de división de poderes, obedeciendo tal diferencia a la distinta relevancia que en el sistema constitucionalmente establecido tienen unos y otros. Es por ello que al tratar la actividad o actos contra el honor de los integrantes de la Corona, se produce una distinción, dependiendo de si los actos se realizan contra su persona en el ejercicio de sus funciones, o no ejerciendo sus funciones, estableciendo un plus de protección que no sólo alcanza a las actividades que los integrantes de la Institución realicen en el ejercicio de sus funciones, sino también a las que no tienen tal condición. Ésa es la diferencia que aparece entre el contenido de los arts. 490.3 y 491.1 (SAN, Pleno, 1/2009, de 18 de mayo [LA LEY 67911/2009]).

La singular garantía típica de la titularidad de la Jefatura del Estado representa una ineludible demanda en el sistema penal del Estado de Derecho en cuanto, tanto el Monarca como su Herejero no se encuentran en la misma situación que el resto de los ciudadanos, por lo que el distinto tratamiento jurídico penal de situaciones que son diferentes entre sí no quebranta el principio constitucional de igualdad, sino que es legítimo desarrollo normativo del mismo (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

Elementos objetivos

La preeminencia de la libertad de expresión y artística sobre el derecho al honor se basa en dos factores, el uno que no sólo es un derecho fundamental individual como el honor, sino una libertad pública con funciones ultrapersonales de protección de la sociedad y formación de la opinión pública, y el otro que su ejercicio haga referencia a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, y alcanza a las actividades, incluso privadas, de los políticos, en cuanto pueden afectar a su función pública. Así pues, la libertad pública de expresión solamente puede ser protegida cuando se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos interviniere y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. Y aunque la Constitución no veda el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, lo cierto es que no ampara las frases y expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, que sean innecesarias a este propósito, dado que el art. 20 CE no reconoce un pretendido derecho al insulto (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

La libertad de expresión ampara incluso el rechazo de la institución monárquica y de su autoridad, como forma de Estado adoptada por la CE de 1978. En la medida en que la Constitución no

prohíbe su propio cuestionamiento ni su reforma por las vías legítimas, en tanto el pueblo español lo decida, la crítica de una institución constitucional como es la Corona no está excluida del derecho a la libertad de expresión. La Constitución no acuerda el derecho a la libertad de expresión sólo para algunos puntos de vista considerados correctos, sino para todas las ideas dentro de los folios que ella misma establezca. Sin embargo, el derecho a la libertad de expresión no protege expresiones contra el honor que afecten el núcleo último de la dignidad de las personas, por ser innecesarias y desproporcionadas para la formación de la opinión pública, dado que el ejercicio de este derecho, como todos, está no sólo sometido al límite, más o menos flexible, que expresamente contiene el art. 20 CE, sino también al respecto de los fundamentos del orden político y de la paz social que establece el art. 10.1 CE (10 de abril de 1984 [LA LEY 8756-JF/0000], 19 de octubre de 1987 [LA LEY 139582/1999] y 26 de abril de 1991 [LA LEY 10274/1991]; SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

Las injurias al Jefe del Estado, y al resto de personas citadas en el art. 490 CP, no pierden su carácter y elementos esenciales por la especial relevancia y protección que merecen las personas a las que se dirigen. Es preciso, por tanto, que haya existido una lesión de la dignidad de la persona agraviada, del sujeto pasivo, que tanto puede ser un menoscabo de su fama como un atentado contra su propia estima, pero que, en cualquier caso, ha de tener un aspecto objetivo, sin que pueda entenderse lesionado el honor o producida la injuria por la mera apreciación subjetiva del propio presunto agraviado, correspondiendo a los Jueces y Tribunales indagar si, dadas las circunstancias del caso, hubo en realidad ofensa o menosprecio (SAP Barcelona, 3.^a, núm. rec.: 455/1999, de 6 de octubre [LA LEY 134716/1999]).

Elementos subjetivos

La jurisprudencia sigue manteniendo la tesis clásica de la necesidad del *dolus injuriandi*, consistente en la intención dolosa específica de causar con ellas un ataque a la dignidad ajena, elemento subjetivo del injusto que, en supuestos en que es negado por el acusado, ha de deducirse y probarse, pero en muchos casos el tenor ofensivo y deshonrante del texto permitirá tener por probado tal propósito (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

La jurisprudencia niega al *animus criticandi* eficacia exculpante cuando se sobrepasan los límites de la crítica, incurriendo en la infamia. En cuanto al *animus iocandi*, como intención de bromear, divertir o satirizar, consiste en expresar algo de tal forma que no deje en el ánimo de quién lo oye la sospecha de que no fue realizado en broma, y sólo excluye la injuria cuando sea puro y no vaya acompañado de la intención de deshonrar, deslindándose del *animus iocandi* la forma burlesca que puede revestir una injuria, en los parámetros concurrentes de befa —no sólo grosera sino insultante expresión de desprecio—, mofa —burla— y escarnio —befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar— (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

El componente de un grupo musical fue condenado por este delito de injurias al Rey al cantar en público canciones injuriantes y ofensivas contra el Rey y los miembros de la Casa Real —expresiones como que se «cagaba en los muertos del Rey», «el Rey tenía que estar enterrado» y «O.K. me cago en el Rey»— (JCP 59/2007, de 30 de octubre [LA LEY 165660/2007]).

La viñeta de la portada de la revista satírica *El Jueves* del mes de julio de 2007, que representa al Príncipe de Asturias y a su esposa desnudos en una explícita postura sexual, bajo el titular «¡SE NOTA QUE VIENEN ELECCIONES, ZP! 2.500 euros POR NIÑO», atribuyendo al Príncipe las siguientes expresiones: «¡Te das cuenta? Si te quedas preñada (...) ¡esto va a

ser lo más parecido a trabajar que he hecho en mi vida!», se sale del ámbito de la crítica gubernamental y gratuitamente utiliza de manera desviada la caricatura del Príncipe Heredero y su Consorte. La crítica al Gobierno que se opone como excusa se diluye en un mero ataque, independiente en sí mismo, de personal o gratuito menosprecio hacia las personas afectadas en cuanto su reflejo en la viñeta inculpada es innecesario absolutamente para el interés público de la información que se alega se intenta transmitir en la que ninguna intervención tenía, ni el Príncipe Heredero, ni su Consorte, terceros ajenos a la política gubernamental, revelándose como una pretendida excusa sin fundamento justificante (SAN, Pleno, 2/2008, de 24 de abril [LA LEY 18029/2008]).

El hecho de la quema de una figura a tamaño real de S.M. el Rey de España se considera en sí un acto de afrenta para lo que representa como miembro de la Institución de las Corona, siendo innecesario para el autoproclamado fin de los autores —reivindicación de la nación gallega y contra la unidad del Estado Español—, y tipificándose la conducta como delito de injurias al Rey del art. 491. Tal acto se realiza como acto final de una manifestación, siendo evidente que con ello se ha buscado por los autores tal afrenta, ya que así se deduce del contenido de sus actos, preparatorios de la figura, su traslado en un carro, y la posterior quema y recogida del carro. Lo realizado por los acusados no es el hecho inocuo de la quema de una Falla valenciana o de una Hoguera alicantina, que se integran en la crítica humorística e incluso dura, en muchas ocasiones, dentro de un marco festivo. Por ello se considera que en el caso enjuiciado no concurren las circunstancias de amparo del derecho de libertad de expresión ni en el derecho fundamental a la libertad ideológica, ya que el hecho de la quema de la figura a tamaño real del Rey de España no tiene relación con idea política o forma de expresar una controversia de tal carácter. Se trata de una actuación que no guarda relación alguna con el derecho a formar opinión pública, ni con el derecho a expresar la misma, extralimitándose por su parte en las actuaciones legítimas que dichos derechos contemplan, sin que se advierta en ningún modo ni en momento la necesidad de tal acción (SAN, Pleno, 1/2009, de 18 de mayo [LA LEY 67911/2009]).

«Mal puede alegarse la ausencia del ánimo de injuriar —descrédito, menosprecio, lesión a la dignidad de otra persona en su núcleo último e intangible de su dignidad como tal— en quien emplea expresiones formalmente injuriosas constituidas por epítetos y locuciones que tanto una interpretación jurídica como vulgar concluyen que son obviamente hirientes e insultantes o más bien aquellas que no requieren interpretación alguna en cuanto cualquier persona las entiende como injuriosas. Literalmente el acusado ha llamado al titular de la corona y a su padre crápula deleznable. (...) Continúa atribuyendo al Rey una “acostumbrada vinculación etílica” para concluir que el S.M. es de naturaleza corrupta tanto de condición como personal. (...) No hay que hacer mayores disquisiciones que pese a su autoproclamada aversión a insultar a persona alguna, en el caso de autos, utilizo una serie de epítetos contra el actual Monarca y sus padres en los que muy poca interpretación es necesaria para concluir, en terminología del TS, que empleó apelativos claramente insultantes injuriosos y vejatorios y no sólo referidos al actual Jefe del Estado sino a sus padres, acaso para concluir, como lo hizo, que el Rey es calificado así por condición personal, es decir por propia naturaleza e independientemente de los actos que realice o pueda realizar, lo cual ya es extraordinariamente significativo del ánimo que le guiaba, incluso en el contexto de una alocución política» (JCP 42/2009, de 9 de junio [LA LEY 67912/2009]. Injurias graves al Rey proferidas por un Alcalde durante un discurso pronunciado en el curso de un acto de conmemoración del 77 aniversario de la proclamación de la II República).

CAPÍTULO III

De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de poderesSECCIÓN 1.^a*Delitos contra las Instituciones del Estado***Artículo 492.**

Los que, al vacar la Corona o quedar inhabilitado su Titular para el ejercicio de su autoridad, impidieren a las Cortes Generales reunirse para nombrar la Regencia o el tutor del Titular menor de edad, serán sancionados con la pena de prisión de diez a quince años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por la comisión de otras infracciones más graves.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 56 a 60, 66 y 74.

CP: arts. 73 y ss., 472.4, 544, 550 y 551.2.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994.

Artículo 493.

Los que, sin alzarse públicamente, invadieren con fuerza, violencia o intimidación las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, si están reunidos, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 63, 66, 73 y 74.

CP: arts. 203, 204, 472.4, 495, 497, 499, 544 y 557.

CP 1973: arts. 149 y 160 bis.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 61 a 66.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 69 a 83.

El **bien jurídico protegido** por esta figura (procedente de los arts. 149 y 160 bis CP 1973) es la «inviolabilidad» del Parlamento, nacional o autonómico, nacida para evitar interferencias e intromisiones en sus propias y altas funciones y en los locales donde las desarrollan, poniendo el énfasis en el edificio o sede donde el Congreso, Senado o Asambleas Legislativas autonómicas celebran sus sesiones. La **acción** consiste en «invadir» («entrar injustificadamente» según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua) con fuerza, violencia o intimidación en la sede, pero siempre que se encuentre «reunida» la Asamblea o Parlamento (elemento típico de orden circunstancial que ha de entenderse tanto cuando actúe el Pleno como las Comisiones y que se

refiere a la «celebración de sesiones», ya que «reunidas» están siempre), hecho del que el sujeto debe tener conocimiento, pues de no ser así todo lo más podrá haber un allanamiento de morada. El delito queda **consumado** por el «acceso violento» a la sede del Parlamento o Asamblea, pues no estamos ante un delito de peligro, sino de resultado, **sin que se precise consecuentemente un dolo o finalidad específica** («elemento subjetivo del injusto») de violentar el curso de las deliberaciones, siendo por ello indiferente la motivación perseguida por el agente, lo mismo simplemente presenciar las sesiones, mostrar su desagrado por alguna resolución que hayan tomado o cualquier otra de las múltiples, variadas e imaginables conductas realizadas por la persona—individual o colectiva— (2721/1993, de 3 de diciembre [LA LEY 13608/1993]).

Artículo 494.

Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses los que promuevan, dirijan o presidan manifestaciones u otra clase de reuniones ante las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, cuando estén reunidos, alterando su normal funcionamiento.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 21 y 77.

CP: arts. 513 y 514.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 48 y 49.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 49 y 192 a 195.

LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

Ley 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Artículo 495.

1. Los que, sin alzarse públicamente, portando armas u otros instrumentos peligrosos, intentaren penetrar en las sedes del Congreso de los Diputados, del Senado o de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, para presentar en persona o colectivamente peticiones a los mismos, incurrirán en la pena de prisión de tres a cinco años.

2. La pena prevista en el apartado anterior se aplicará en su mitad superior a quienes promuevan, dirijan o presidan el grupo.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 29 y 77.

CP: arts. 203, 204, 472.4, 493, 499 y 557.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 46 a 49.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 192 a 195.

Ley 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

Artículo 496.

El que injuriare gravemente a las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, hallándose en sesión, o a alguna de sus Comisiones en los actos públicos en que las representen, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El imputado de las injurias descritas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas en el art. 210.

CONCORDANCIAS

CE: art. 75.

CP: arts. 208 a 216, 493 y 497.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 61 a 66.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 49 y 192 a 195.

La tipificación de las conductas calumniosas e injuriosas contra los Altos Organismos de la Nación (ahora «Instituciones del Estado») responde a la necesidad de garantizar y tutelar la dignidad de estas instituciones. Así, tiene declarado el Tribunal Constitucional (STC 51/1985, de 10 abril [LA LEY 9895-JF/0000]) que «la seguridad exterior e interior del Estado, puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas (...) en la medida que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política». El **bien jurídico protegido** en estas figuras delictivas no es tanto el honor sino el prestigio de instituciones que se reputan esenciales dentro de la estructura del Estado democrático (819/1994, de 21 de abril [LA LEY 13864/1994]).

Artículo 497.

1. Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembros del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, perturben gravemente el orden de sus sesiones.

2. Cuando la perturbación del orden de las sesiones a que se refiere el apartado anterior no sea grave, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 72.3.

CP: arts. 493, 498, 558 y 633.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 105 a 107.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 39, 49 y 192 a 195.

Aprovechando la investigación de unos hechos relacionados con el alboroto de un pequeño grupo de manifestantes, situados en la tribuna de invitados, durante las sesiones de la Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, la Fiscalía General del Estado emite la Consulta 2/2001, de 10 mayo, que contiene una serie de consideraciones interesantes sobre este tipo penal:

a) La **competencia** para investigar y enjuiciar este delito corresponde a la Audiencia Nacional [art. 65.1.a) LOPJ], debiendo ser calificadas las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas como «Altos Organismos de la Nación». b) El **bien jurídico protegido** es el de la dignidad y el normal funcionamiento de las Instituciones sin coacción ni constreñimiento que proceda de personas ajenas a las mismas. c) En este mismo precepto se equiparan las perturbaciones del orden sufridas por las Cortes Generales y por las Asambleas Legislativas autonómicas, «ratificando la voluntad histórica de no atenuar ni diferenciar en ningún aspecto el régimen de tutela penal que merecen las Instituciones autonómicas».

La Sentencia 51/2007, de 15 de octubre [LA LEY 154008/2007], dictada por el Juzgado Central de lo Penal, calificó de «perturbación grave» los actos de reivindicación (despliegue de carteles, gritos, enfrentamientos con parlamentarios, etc.) cometidos por una serie de personas afines a Herri Batasuna durante una sesión del Parlamento vasco, ya que lograron que se suspendiera la sesión —no fue un mero alboroto pasajero inmediatamente abortado ni una simple interrupción— y la actuación estaba perfectamente orquestada, planeada y ejecutada, lo que acrecentó la sensación de disturbio.

Artículo 498.

Los que emplearen fuerza, violencia, intimidación o amenaza grave para impedir a un miembro del Congreso de los Diputados, del Senado o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma asistir a sus reuniones, o, por los mismos medios, coartaren la libre manifestación de sus opiniones o la emisión de su voto, serán castigados con la pena de prisión de tres a cinco años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 20, 66 y 71.

CP: arts. 169 a 172, 472.4, 492, 497, 544, 550 y 551.2.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 6, 15 y 61 a 66.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 20 y 69 a 83.

Artículo 499.

La autoridad o funcionario público que quebrantare la inviolabilidad de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, será castigado con las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, sin perjuicio de las que pudieran corresponderle si el hecho constituyera otro delito más grave.

CONCORDANCIAS

CE: art. 66.3.

CP: arts. 24, 73 y ss., 493, 506 y 557.

Artículo 500.

La autoridad o funcionario público que detuviere a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma fuera de los supuestos o sin los requisitos establecidos por la legislación vigente incurrirá, según los casos, en las penas previstas en este Código, impuestas en su mitad superior, y además en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17 y 71.2 y 3.

CP: arts. 163 a 167, 501, 530 y 532.

LOPJ: art. 57.

LECrim.: arts. 750 a 756.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 11 a 14.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: art. 22.

Artículo 501.

La autoridad judicial que inculpare o procesare a un miembro de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma sin los requisitos establecidos por la legislación vigente, será castigada con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de diez a veinte años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17 y 71.

CP: arts. 163 a 167, 446 a 449, 507 a 509, 530 y 532.

LOPJ: arts. 57 y 73.3.a).

LECrim.: arts. 750 a 756.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 10 a 14.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 21 y 22.

Ley de 9 de febrero de 1912 sobre jurisdicción y procedimientos especiales en las causas contra Senadores y Diputados.

La **inmunidad parlamentaria** no se concibe como un privilegio personal que únicamente se establece en beneficio de Diputados o Senadores, al objeto de sustraer sus conductas del conocimiento o decisión de Jueces y Tribunales, pues ello pugnaría, entre otras cosas, con los valores de «justicia» e «igualdad» que el art. 1 CE reconoce como «superiores» de nuestro ordenamiento jurídico (STC 206/1992, de 27 de noviembre [LA LEY 2091-TC/1992]); tampoco como expresión de un pretendido *ius singulare* (STC 22/1997, de 11 de febrero [LA LEY 3834/1997]). La inmunidad no protege frente a la improcedencia o a la falta de fundamentación de las acciones penales dirigidas contra los Diputados o Senadores, pues no cabe mayor defensa frente a tales riesgos o defectos de tipo jurídico que la proporcionada por los propios Jueces y Tribunales, a quienes el art. 117.1 CE atribuye, de manera específica, la tarea de aplicar el ordenamiento para

la Administración de Justicia (STC 90/1985, de 22 de julio [LA LEY 449-TC/1985]). **La inmunidad, como el resto de prerrogativas del art. 71 CE, se justifica en la protección del conjunto de funciones parlamentarias.** La amenaza frente a la que protege sólo puede ser de tipo político, y responde al interés superior de la representación nacional de no verse alterada ni perturbada, ni en su composición ni en su funcionamiento, por eventuales procesos penales que injustificada o torticeramente puedan dirigirse frente a sus miembros, por actos producidos tanto antes como durante su mandato, en la medida en que de dichos procesamientos o inculpaciones pueda resultar la imposibilidad de un parlamentario de cumplir efectivamente sus funciones (SSTC 90/1985, de 22 de julio [LA LEY 449-TC/1985], 206/1992, de 27 de noviembre [LA LEY 2091-TC/1992] y 123/2001, de 4 de junio [LA LEY 5013/2001]).

Artículo 502.

1. Los que, habiendo sido requeridos en forma legal y bajo apercibimiento, dejaren de comparecer ante una Comisión de investigación de las Cortes Generales o de una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, serán castigados como reos del delito de desobediencia. Si el reo fuera autoridad o funcionario público, se le impondrá además la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. En las mismas penas incurrirá la autoridad o funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas u órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas, negándose o dilatando indebidamente el envío de los informes que éstos solicitaren o dificultando su acceso a los expedientes o documentación administrativa necesaria para tal investigación.

3. El que convocado ante una comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 76, 103.1, 109 y 110.1.

CP: arts. 410, 463 y 556.

LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo: arts. 12, 19, 20 y 21.

LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas: art. 7.

Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: arts. 44 y 52.1.

Reglamento del Senado de 3 de mayo de 1994: arts. 60.2 y 67.

LO 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia de ciudadanos ante las Comisiones de Investigación del Congreso y de Senado.

Nueva redacción del apartado 3 introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. La anterior decía así:

«3. El que convocado ante una Comisión parlamentaria de investigación faltare a la verdad en su testimonio, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a doce meses».

La reforma del mes de noviembre de 2003 se ha limitado a elevar la pena alternativa de multa en el supuesto descrito en el apartado 3.

Artículo 503.

Incurrirán en la pena de prisión de dos a cuatro años:

1.º Los que invadan violentamente o con intimidación el local donde esté constituido el Consejo de Ministros o un Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma.

2.º Los que coarten o por cualquier medio pongan obstáculos a la libertad del Gobierno reunido en Consejo o de los miembros de un Gobierno de Comunidad Autónoma, reunido en Consejo, salvo que los hechos sean constitutivos de otro delito más grave.

CONCORDANCIAS

CE: art. 98.

CP: arts. 203, 204, 472.6 y 493 y 557.

Artículo 504.

1. Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los arts. 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones.

2. Los que injuriaren o amenazaren gravemente a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, serán castigados con la pena de multa de doce a dieciocho meses.

El culpable de las injurias previstas en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias descritas en el art. 210 de este Código.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 97 y ss., 122.3, 123.1, 143 y ss., 152.1 y 159 a 165.

CP: arts. 169 a 172, 205 a 216, 472.6, 503, 543, 544, 550 y 551.2.

CPM: art. 90.

LOPJ: arts. 53, 54 y 107 y ss.

LO 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

Redactado conforme a la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica el Código Penal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y que entró en vigor el 24 diciembre 2000. El anterior texto era el siguiente:

«Art. 504.

Incurrirán en la pena de multa de doce a dieciocho meses los que calumnien, injurien o amenacen gravemente al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

El culpable de calumnias o injurias conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior quedará exento de pena si se dan las circunstancias previstas, respectivamente, en los arts. 207 y 210 de este Código.

Se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años a los que empleen fuerza, violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos Organismos asistir a sus respectivas reuniones».

La reforma de diciembre de 2000 creó un nuevo apartado 2 al que trasladó íntegramente el tipo que hasta entonces describía el art. 505 (injurias y amenazas graves al Ejército y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

Bien jurídico protegido

Es el prestigio y legitimación democrática de las instituciones públicas compelidas por el ordenamiento jurídico a garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades públicas. Es un delito que presenta unos perfiles propios que lo distinguen del delito de injurias centrado en la protección del honor de las personas, que es un interés jurídico que conforma, junto a otros intereses, los denominados derechos de la personalidad (SAP Guipúzcoa, 1.ª, 138/2002, de 21 junio).

Elementos objetivos

Las injurias y calumnias a que se refiere ese artículo deben ir dirigidas contra los altos organismos de la nación que se refieren en tal precepto, no contra los miembros que personalmente forman parte de los mismos (17 de mayo de 1990 [LA LEY 1237-JF/0000]), y SAP Cantabria, 1.ª, 2075/2005, de 24 mayo).

Se castigan expresiones infamantes y denigratorias, que tratan de menoscabar la fama, la estimación y el buen nombre de las instituciones u organismos contra los que se dirigen (SAP Cantabria, 1.ª, 2075/2005, de 24 mayo).

«Las expresiones recogidas en la entrevista que el procesado concedió al diario portugués X correspondiente al 12 de junio de 1979, y que éste publicó, no son sólo la manifestación de un juicio desfavorable sobre el funcionamiento y actuación del Gobierno de la Nación en la administración de la cosa pública, sino que revelan, por los variados conceptos y frases francamente injuriosas que contiene, el propósito de menospreciarle y desacreditarle tenaz y concienzudamente, toda vez que lo presenta ante los lectores como respaldado y en connivencia con una organización terrorista sanguinaria, le atribuye participación directa en la ejecución de un crimen execrable y le

tacha de facilitador y encubridor de evasión de capitales que dice cometidas por los gobernantes de hoy, a los que imputa ser los saqueadores de las arcas del Tesoro, *apreciaciones que exceden con mucho de los límites de la corrección y la cordura en que deben contenerse el examen y valoración de los actos de gobierno* —aun descontando el margen de apasionamiento político que toda crítica de esta naturaleza lleva consigo—, y que entran de lleno en el terreno de la difamación, ya que el propósito deliberadamente buscado y conseguido no es otro que el de *ofender el principio de autoridad*, que siempre debe de ser respetado, y ni qué decir tiene que amparado a ultranza por los Tribunales de Justicia, mientras se ejerza por quienes hayan sido legítimamente designados para ostentarlo» (21 de septiembre de 1982 [LA LEY 7113-JF/0000]).

«Es claro que las expresiones de “asesinatos fascistas, sin declaración oficial detrás de cuyas actuaciones sólo puede estar el Gobierno y sus efectivos. Pero para el próximo que caiga entre nosotros hay que señalar a los responsables desde ahora y con la máxima publicidad”, entre otras que se irán mencionando, *tienen entidad suficiente para perjudicar considerablemente el crédito e ir en menosprecio del agraviado, tanto porque en sí son afrentosas, como porque racionalmente son graves al imputar al Gobierno*, como Corporación, una actuación protectora instigadora o encubridora de los asesinatos que se dicen cometidos, todo lo cual conlleva objetivamente a su descrédito como se desacreditaría a cualquier persona, natural o jurídica de la que se dijera que detrás de un asesinato, estuviera actuando en la sombra, o que se cometía sólo por su intervención propia o de sus efectivos y se le señalara como único responsable» (31 de octubre de 1983 [LA LEY 8243-JF/0000]).

Elementos subjetivos

Este elemento de carácter marcadamente intencional, o malicioso, exige una correlación psicológica de la intención con las palabras empleadas que concreten el propósito específico de ofender, desacreditar o menospreciar a la persona, en este caso al Gobierno, al que van dirigidas (12 de febrero de 1980, 9 de marzo de 1981 [LA LEY 8556-NS/0000], 13 de octubre de 1982 [LA LEY 28047-NS/0000], 7 de marzo de 1983 [LA LEY 33703-NS/0000] y 31 de octubre de 1983 [LA LEY 8243-JF/0000], entre otras).

Artículo 505.

1. Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembros de la corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el acceso a los mismos, el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

2. Quienes, amparándose en la existencia de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, calumnien, injurien, coaccionen o amenacen a los miembros de corporaciones locales, serán castigados con la pena superior en grado a la que corresponda por el delito cometido.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 497, 557 a 561 y 633.

CPM: art. 90.

Redactado conforme a la Ley Orgánica 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales, que entró en vigor el 12 marzo 2003. El texto anterior decía así:

«Art. 505.

Incurrirán en la pena de prisión de seis meses a un año quienes, sin ser miembro de la Corporación local, perturben de forma grave el orden de sus plenos impidiendo el desarrollo del orden del día previsto, la adopción de acuerdos o causen desórdenes que tengan por objeto manifestar el apoyo a bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas».

Este delito, que en su apartado 1 guarda cierta analogía con el art. 497, fue creado por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica el Código Penal en relación con los delitos de terrorismo (entró en vigor el 24 diciembre 2000), ya que realmente los Ayuntamientos no son «instituciones del Estado». La reforma de marzo de 2003 añadió el apartado 2 dentro de la política de aislamiento de los terroristas en todos los frentes.

SECCIÓN 2.^a

De la usurpación de atribuciones

Artículo 506.

La autoridad o funcionario público que, careciendo de atribuciones para ello, dictare una disposición general o suspendiere su ejecución, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 446.

CP 1973: art. 377.

CPM: art. 143.

LOPJ: arts. 38 a 41 y DA 1.^a

Artículo 506 bis.

(...)

Derogado por Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que entró en vigor el 24 de junio. Este precepto había sido introducido por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, y su texto era el siguiente:

«Artículo. 506 bis

1. La autoridad o funcionario público que, careciendo manifestamente de competencias o atribuciones para ello, convocare o autorizare la convocatoria de elecciones generales, autonómicas

o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta.

2. La autoridad o funcionario público que, sin realizar la convocatoria o autorización a que se refiere el apartado anterior, facilite, promueva o asegure el proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencia o atribuciones para ello, una vez acordada la ilegalidad del proceso será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta».

Artículo 507.

El Juez o Magistrado que se arrogare atribuciones administrativas de las que careciere, o impidiere su legítimo ejercicio por quien las ostentare, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, multa de tres a seis meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 117.3 y 117.4.

CP: art. 446.

CP 1973: art. 378.

LOPJ: arts. 1, 6, 9, 17.2, 38 a 41 y DA 1.^a

Artículo 508.

1. La autoridad o funcionario público que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere ejecutar una resolución dictada por la autoridad judicial competente, será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.

2. La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 117 y 118.

CP: arts. 24, 169 a 172 y 529.

CP 1973: arts. 378.2 y 380.

CPM: arts. 128 y 186.

LOPJ: arts. 1, 13 a 15, 17.2, 38, 238, 239, 377 a 388 y 399.

LEC: arts. 225 y ss.

Usurpación de atribuciones judiciales

Bien jurídico protegido

El principio político, fundamental en un Estado Democrático de Derecho, de división de poderes (1 de febrero de 1990 [LA LEY 12763-R/1990], y 2096/1993, de 1 de octubre [LA LEY 13446/1993]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Autoridad o funcionario público (delito especial propio), que ha de actuar en el ejercicio de las funciones de su cargo, abusando precisamente de tales funciones, pues las utiliza de forma ilícita en cuanto que se excede en las atribuciones que le son propias invadiendo las correspondientes a un poder de distinto orden (2096/1993, de 1 de octubre [LA LEY 13446/1993]).

Conducta típica

Ha de existir un comportamiento de una autoridad o funcionario que invada las atribuciones judiciales. Exige una actuación del funcionario que no se encuentra facultado para realizar, porque pertenece, no al ámbito de las materias que son propias de las funciones que él desempeña, sino precisamente al ámbito de las que competen a la Autoridad judicial (2096/1993, de 1 de octubre [LA LEY 13446/1993]).

Se integra por la obstaculización, por cualquier medio, de la ejecución de Sentencia, Auto o providencia independientemente de que sea o no firme (312/2006, de 14 de marzo [LA LEY 23447/2006]). El único límite se encontraría en aquellas resoluciones judiciales que supongan una flagrante transgresión de las más elementales normas o derechos (1 de febrero de 1990 [LA LEY 12763-R/1990]).

Elementos subjetivos

Sólo cabe en su modalidad dolosa (312/2006, de 14 de marzo [LA LEY 23447/2006]). Debe concurrir un *animus* especial tendente a atribuirse funciones de los Jueces o Tribunales. La expresión «se arrogare atribuciones judiciales» tiene una evidente significación subjetiva, pues es necesario que el acto de invasión vaya acompañado de la conciencia por parte de su autor de que se está realizando algo que es propio de las funciones encomendadas a los Jueces y de la consiguiente voluntad de atribuirse para sí lo que sabe que es de la competencia judicial. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «arrogar» significa «atribuirse, apropiarse» y se aplica a cosas inmatrimoniales como jurisdicción o facultad. Es evidente que para arrogarse uno la competencia que no le corresponde, no sólo hace falta que realice aquello que constituye el contenido de tal competencia, sino que es necesario que se atribuya para sí lo que sabe que no es suyo. «Sólo se arroga una facultad o jurisdicción quien dice o hace ver que él la tiene» (6 de noviembre de 1962, 7 de marzo de 1991 [LA LEY 1866/1991], y 2096/1993, de 1 de octubre [LA LEY 13446/1993]).

Artículo 509.

El Juez o Magistrado, la autoridad o el funcionario público que, legalmente requerido de inhibición, continuare procediendo sin esperar a que se decida el correspondiente conflicto jurisdiccional, salvo en los casos permitidos por la Ley, será castigado con la pena de multa de tres a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CP: art. 446.

CP 1973: art. 379.

CPM: art. 143.

LOPJ: arts. 38 a 41 y DA 1.^a

LECrIm.: arts. 19 a 22.

LEC: arts. 64 y 65.

CAPÍTULO IV**De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas**

Rúbrica redactada por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifica el Código Penal y el Código Penal Militar en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, y que entró en vigor el 24 de mayo de 2002. Anteriormente decía así:

«CAPÍTULO IV.

De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria».

SECCIÓN 1.^a

De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución

Artículo 510.

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o aso-

ciaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y ss. y 55 y ss.

CP: arts. 22.4.º, 174, 197.5, 208 a 210, 314, 515.5.º, 607 y 611.6.º.

DUDH: arts. 2 y 20.

CEDH: arts. 10 a 14.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 26.

Convención de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por Instrumento de 16 de diciembre de 1983). El Protocolo Facultativo de esta Convención, hecho en Nueva York el 6 de octubre de 1999, ha sido ratificado por Instrumento publicado en el *BOE* de 9-8-2001.

Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (ratificado por Instrumento de 30 de noviembre e 1990).

Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales —núm. 157 del Consejo de Europa—, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 (ratificado por Instrumento de 13 de enero de 1998).

Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005 (ratificada por Instrumento publicado en el *BOE* de 12-2-2007).

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: arts. 3 y ss., 23, 24, 54 y 67.

LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal en personas con discapacidad.

La doctrina se ha planteado que es lo que debe entenderse por provocación en el ámbito de este precepto. Parte de los autores —Landa Gorotiza— han considerado que no puede tratarse de una provocación en sentido técnico, es decir, de la provocación del art. 18 CP, toda vez que esta última es la incitación a la perpetración de un delito y, por el contrario, la provocación del art. 510, al establecer como una de sus modalidades la incitación al odio, que en cuanto sentimiento privado de la persona o emoción humana nunca puede considerarse delictivo, parece claro que no es una provocación directamente encaminada a la perpetración del delito. En la misma línea, destacan que este delito del art. 510 tiene una pena mayor que los delitos de discriminación propiamente dicha, es decir, los previstos en los arts. 511 y 512, llegando a la conclusión de que la única interpretación posible de dicho precepto es la de considerar que el mismo trata de garantizar las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables. Según esta doctrina, debe realizarse una interpretación claramente restrictiva del precepto penal y aplicarlo tan sólo en aquellos casos en los que los destinatarios de la provocación carezcan de autonomía suficiente —menores— o si se tratara de una situación de crisis extrema de un grupo especialmente vulnerable cuyas condiciones existenciales puedan verse verdaderamente afectada. Otra parte de la doctrina defiende que la provocación del art. 510 ha de reunir los mismos requisitos que la provocación prevista en el art. 18 CP; en consecuencia, la provocación ha de ser directa y ante un colectivo de personas o por procedimiento que facilite su publicidad y debe incitar a la comisión

de un delito, es decir a la realización de un acto discriminatorio o violento constitutivo de delito. Aunque se ha expuesto que no cabe la provocación al odio constitutivo de delito, lo cierto es que podría interpretarse la provocación como incitación a la realización de actos de odio que pudieran ser constitutivos de delito, como por ejemplo los delitos de injurias (SAP Barcelona, 3.ª, de 5 de marzo de 2008 [LA LEY 1559/2008]).

Existe una diferencia real entre la difusión de doctrinas que suponen una incitación indirecta a la comisión de delitos de genocidio o provocan de modo mediato a la discriminación —art. 607 CP—, y el odio o la violencia y la provocación prevista en el art. 510 en la que la incitación a la discriminación, al odio y a la violencia es necesariamente directa (SAP Barcelona, 3.ª, de 5 de marzo de 2008 [LA LEY 1559/2008]).

Artículo 511.

1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y ss. y 55 y ss.

CP: arts. 23.4.º, 24, 174 y 607.

Concordancias art. 510 CP.

Artículo 512.

Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio, por un período de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 16.
CP: arts. 22.4 y 314.

«Al recurrente no se le ha condenado por “ser” racista, ya que el art. 512 CP no describe un tipo de autor (inadmisible en el Derecho penal de un Estado democrático), sino por haber denegado, en una ocasión, una determinada prestación a una persona que tenía derecho a ella y haberlo hecho a causa de su pertenencia a una determinada etnia» (1089/1998, de 29 de septiembre [LA LEY 9396/1998]).

Se castigan actos que atentan contra el principio de igualdad (SAP Málaga, 3.ª, de 15 abril de 1999).

Debe existir un derecho del particular a una prestación, derecho que no puede entenderse como la libertad genérica de adquirir un producto o alquilar un piso, sino como una expectativa concreta y fundada en derecho de obtener una prestación, lo que implica, por otra parte, el necesario cumplimiento por el ciudadano demandante de la prestación de las condiciones de concesión y mantenimiento de la misma (SAP Alicante, 1.ª, 440/1999, de 11 junio).

Artículo 513.

Son punibles las reuniones o manifestaciones ilícitas, y tienen tal consideración:

1.º Las que se celebren con el fin de cometer algún delito.

2.º Aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso.

CONCORDANCIAS

CE: art. 21.1.
CP: arts. 472 a 478, 544 a 549 y 563.
DUDH: art. 20.1.
CEDH: art. 11.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: art. 21.

LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión: arts. 16, 17 y 23.

LOPSC: arts. 16 a 19 y 23.

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: art. 21.

LO 4/1997, de 4 de agosto, reguladora de la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, así como RD 596/1999, de 16 de abril, que aprueba su Reglamento.

Artículo 514.

1. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el número 1.º del artículo anterior y los que, en relación con el número 2.º del mismo, no hayan

tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses. A estos efectos, se reputarán directores o promotores de la reunión o manifestación los que las convoquen o presidan.

2. Los asistentes a una reunión o manifestación que porten armas u otros medios igualmente peligrosos serán castigados con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a doce meses. Los Jueces o Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

3. Las personas que, con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación, realicen actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigadas con la pena que a su delito corresponda, en su mitad superior.

4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años si los hechos se realizaran con violencia, y con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo.

5. Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que convocaren, celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido previamente suspendida o prohibida, y siempre que con ello pretendieran subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder, en su caso, conforme a los apartados precedentes.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 539, 540 y 557 y ss.

Los apartados 4 y 5 fueron introducidos por la Ley Orgánica 2/1998, de 15 de junio, que modificaba el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y que entró en vigor el 17 de junio de 1998.

El apartado 4 ha sido posteriormente modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior decía así:

«4. Los que impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente el desarrollo de una reunión o manifestación lícita serán castigados con la pena de prisión de dos a tres años o multa de doce a veinticuatro meses si los hechos se realizaren con violencia, y con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses si se cometieren mediante vías de hecho o cualquier otro procedimiento ilegítimo».

Las penas del apartado 4 han sido modificadas por la reforma del Código Penal de noviembre de 2003, siendo sustituido el arresto de fin de semana por prisión y suprimida la pena de multa alternativa para el supuesto en que concurriera violencia.

Este precepto debe ponerse en relación con la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, modificada por LO 9/1999, de 21 de abril, según la cual «se entiende por reunión la concurrencia concertada y temporal de más de 20 personas con finalidad determinada», caracteres que en modo alguno pueden asimilarse a la concurrencia de personas en un espectáculo público cual es la representación de una obra de teatro (SAP Madrid, 16.ª, 667/2006, de 6 de noviembre [LA LEY 195158/2006]).

Artículo 515.

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2.º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

3.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.º Las organizaciones de carácter paramilitar.

5.º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.

6.º (Derogado).

CONCORDANCIAS

CE: arts. 22 y 28.

CP: arts. 571 a 580.

CP 1973: art. 173.

CEDH: art. 11.

DUDH: art. 20.

PIDCP: art. 22.

LOCFS: arts. 15.2, 18 a 24 y 52.2.

Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del Derecho de Asociación Sindical

LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil: arts. 9 y 36 a 51.

Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas: arts. 181 y ss.

El apartado 1.º ha sido modificado por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que entró en vigor el 1 de octubre de 2003. El texto anterior señalaba:

«1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión».

El apartado 6.º ha sido derogado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Había sido introducido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que entró en vigor el 1 de febrero de 2000, y decía así:

«6.º Las que promuevan el tráfico ilegal de personas».

La reforma de septiembre de 2003 ha ampliado el tipo del apartado 1, incluyendo a las asociaciones que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas. La reforma de noviembre de 2003 ha suprimido los supuestos del apartado 6.º (asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas), que pasan a ser castigados mediante la aplicación de cualquiera de las otras cinco modalidades, especialmente la 1.ª, 3.ª y 5.ª.

Asociación ilícita para delinquir (art. 515.1.º)

Bien jurídico protegido

Lo constituye el ejercicio del derecho constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados, claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho. Para otro sector doctrinal sería el orden público y, en particular, la propia institución estatal, su hegemonía y poder frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó (234/2001, de 3 de mayo [LA LEY 5897/2001], 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003], 415/2005, de 23 marzo [LA LEY 1460/2005], 50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007], 745/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Elementos objetivos

Objeto material

La doctrina ha definido la asociación ilícita o delincuencia organizada como aquella que se realiza a través de un grupo o asociación criminal revestido de las características de carácter estructurado, permanente, antirrenovable, jerarquizado, dedicado a lucrarse con bienes y servicios ilegales o a efectuar hechos delictivos. El Derecho penal español no contiene un concepto preciso de asociación ilícita, si bien el art. 282 bis 4 de la LECrim., introducido por la LO 5/1999 con el objeto de regular en España el problema del «agente encubierto» como medida eficaz de lucha contra la criminalidad organizada, señala que se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos que enumera (745/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008]).

El concepto de asociación, en el contexto jurídico penal, es evidentemente más amplio que el contemplado en la esfera privada. En cualquier caso, parece que tal asociación requiere formalmente una cierta consistencia, lejos de lo meramente esporádico, y por supuesto dentro de una cierta organización jerárquica. Lo que sí resulta obvio es que la asociación supone que la pluralidad de personas que la constituyen están todos ellos concertados a un fin determinado que inicialmente no tiene porque ser ilícito (50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007]).

Conducta típica

Ésta es la modalidad más característica del delito de asociación ilícita (234/2001, de 3 de mayo [LA LEY 5897/2001], 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003], 415/2005, de 23 marzo [LA LEY 1460/2005], 50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007], 503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008], 745/2008, de 25 de noviembre [LA LEY 189408/2008], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]): a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia de dicha organización, pues el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

Las asociaciones recogidas en los cuatro primeros números del art. 515 se corresponden a lo dispuesto en los números 2 y 5 del art. 22 CE. Sin embargo, entre las asociaciones constitucionales ilícitas y las penalmente relevantes existen notables diferencias, porque el número 1.º del art. 515 no comprende todas las asociaciones que eventualmente puedan perseguir fines delictivos, sino sólo aquellas que tengan por objeto cometer algún delito o promuevan su comisión (50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007]).

No se puede establecer la presunción de que todas las asociaciones clandestinas tienen fines delictivos. Es lógico que el sistema democrático exija claridad, transparencia y publicidad a las asociaciones y que el secretismo u oscurantismo abra vía franca a la prohibición y desautorización administrativa, pero no se puede confundir contravención al ordenamiento con el injusto típico; el ocultismo no es inexorablemente indiciario de ilegalidad penal (1669/1994, de 30 de octubre [LA LEY 14134/1994]).

Tampoco cabe considerar que siempre que un delito es cometido por una asociación de personas, nos encontramos automáticamente ante una asociación ilícita. Por su propia naturaleza la asociación supone la existencia de una cierta apariencia formal y, por lo menos, un conato de organización y jerarquía. Asimismo debe constituir una entidad distinta de la de sus individuos. Ante la imposibilidad de penar a los colectivos la respuesta se centra en sus componentes en función de su respectiva jerarquía o dominio del grupo. El principio de proporcionalidad descarta castigar como asociación ilícita a los grupos de personas (copartícipes) que puedan dedicarse a cometer delitos para cuya consumación no sea necesaria la utilización de estructuras asociativas (1075/2006, de 23 de octubre).

La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la consideración como organización o asociación ilícita de las **comunidades virtuales de encuentro** que utilizan Internet para el despliegue de comportamientos ilícitos. La Sentencia 1444/2004, de 10 de diciembre, califica estas comunidades de asociación ilícita, tanto por el uso de Internet —empleo de medios idóneos, actuación coordinada, mayor facilidad para la comisión

del delito, incremento de las dificultades para la prevención y persecución de delito, etc.—, como por la existencia de reglas que rigen el comportamiento del grupo —concierto mutuo, distribución de papeles, coordinación potenciadora de la lesividad de las conductas, etc.—. Sin embargo, la Sentencia 913/2006, de 20 de septiembre [LA LEY 110257/2006], rechaza que se traten de asociaciones delictivas al no concurrir los requisitos generalmente exigidos para este tipo de organizaciones —falta de conocimiento entre los miembros del grupo, inexistencia de órdenes o instrucciones, etc.—.

Elementos subjetivos

El fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. Esta finalidad ilícita ha de ser querida y pretendida por la propia asociación, no por el propósito individual de alguno de sus miembros (1720/2002, de 16 de octubre [LA LEY 51/2003]), de tal manera que la organización asociativa venga estructurada para la consecución de tales fines (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997], y 50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007]).

Consumación

El delito de asociación se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, sin esperar a que se cometan infracciones, por lo que no cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997], 234/2001, de 3 de mayo [LA LEY 5897/2001], y 415/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1460/2005]).

Aun cuando no se requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo, será preciso acreditar, sin embargo, alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo, traducida en actos externos. Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento y medios materiales para sus fines, a la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho (50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

El delito de asociación ilícita tiene un carácter permanente que persiste mientras dura la integración en la organización. Para la apreciación de un nuevo delito de pertenencia a una asociación ilícita, sin vulneración del *non bis in idem* sería necesario poner fin a esa etapa de pertenencia, y adoptar posteriormente una renovada decisión de integrarse, otra vez, en una asociación ilícita —la misma u otra diferente—, bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, por la expulsión por parte de los órganos directivos, o por razón de un hecho de fuerza mayor (220/2006, de 22 de febrero de 2006 [LA LEY 19381/2006]).

Autoría y participación

No cabe considerar la pluralidad de sujetos integrada en la asociación ilícita como un caso de **codelinuencia/coparticipación** o de **conspiración** en los delitos de posterior comisión. La distinción radica en que estas dos últimas se caracterizan por la inestabilidad de su existencia

—transitoriedad asociativa— y la concreción del delito a realizar, mientras que en la primera, como hemos visto, la unión asociativa es estable y permanente y existe una cierta inconcreción sobre las infracciones criminales a ejecutar. No puede concurrir la conspiración y la asociación ilícita simultáneamente (17 de enero de 1986 [LA LEY 69042-NS/0000], 1606/1993, de 24 de junio [LA LEY 3905-5/1993], 421/2003, de 10 de abril [LA LEY 12583/2003], 415/2005, de 23 de marzo [LA LEY 1460/2005], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Banda armada u organización terrorista (art. 515.2.º)

Elementos objetivos

Objeto material

Es evidente que no existe un modelo único de organización criminal, sino diversas manifestaciones de este fenómeno que ha experimentado una rápida evolución desde la cuadrilla tradicional a lo que ahora denominamos crimen organizado. La normativa penal que pretende actualizar el concepto todavía no ha sido capaz de abarcar su complejidad y se debate entre los rígidos y tradicionales conceptos, dejando a la interpretación jurisprudencial y a los criminalistas la determinación, más o menos aproximada a la realidad, de este concepto. En definitiva, nos encontramos ante una modalidad clásica de la histórica asociación ilícita que ha sido superada por una actualidad que el legislador no ha conseguido integrar en los conceptos normativos del Código Penal (618/2008, de 7 de octubre [LA LEY 152234/2008]).

Ya hemos visto que la LECrim. aborda este problema de forma expresa al referirse a las investigaciones que afecten a actividades propias de la delincuencia organizada. El apartado 4 del art. 282 bis establece que «se entenderá como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar de forma permanente y reiterada conductas encaminadas a cometer una serie de delitos», que enumera a continuación y entre los que incluye los delitos de terrorismo en el subapartado k) (618/2008, de 7 de octubre [LA LEY 152234/2008]).

La jurisprudencia la define como aquella asociación constituida para cometer delitos de terrorismo o bien la que una vez constituida decide proceder a la comisión de tal clase de actos (503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]). Está compuesta por una pluralidad de personas entre las que median vínculos de coincidencia ideológica con establecimiento de relaciones de jerarquía y subordinación (886/2007, de 2 de noviembre [LA LEY 179976/2007]).

La «banda armada» es, por tanto, un supuesto agravado del delito de asociación ilícita del art. 515.1.º CP, cuyo concepto ha de ser interpretado restrictivamente porque está unido al de «elementos, organizaciones o grupos terroristas» del art. 55.2 CE y de los arts. 571 a 577 CP, haciendo especial referencia a su entidad suficiente para producir un temor en la sociedad y un rechazo en la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática (STC 199/1987, de 16 de diciembre [LA LEY 53413-JF/0000]).

«Por ello, son bandas armadas tanto las que pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1 de la Constitución, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la

mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental» (2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998]).

Para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida. Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo. Tal cosa puede manifestarse de múltiples formas, aunque a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad, o bien que ya han procedido de alguna forma, mediante acciones de captación, adoctrinamiento o apoyo, suministro de efectos, sustento ideológico o en cualquiera otra de las muy variadas formas en que tal clase de cooperación puede manifestarse, a colaborar con quienes ya desarrollan efectivamente tales actividades, se preparan para hacerlo o ya lo han hecho. No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción (503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008]). «Las ideas pueden ser contagiosas pero no por ello necesariamente delictivas. El rechazo de las ideas se combate dialécticamente pero utilizar el Derecho penal como único argumento las idealiza a la vista de sus adictos» (618/2008, de 7 de octubre [LA LEY 152234/2008]).

Conducta típica

Contiene los siguientes requisitos (12 de junio de 1987, 338/1992, de 12 de marzo [LA LEY 2333-JF/0000], 2/1998, de 29 de julio [LA LEY 7880/1998], 1541/2004, de 30 de diciembre [LA LEY 491/2005], 556/2006, de 31 de mayo [LA LEY 150038/2006], 119/2007, de 16 de febrero [LA LEY 1677/2007], 886/2007, de 2 de noviembre [LA LEY 179976/2007], 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008], y 480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]): a) que exista realmente una banda, es decir, la unión duradera o estable de varios individuos; por tanto, pluralidad de personas, existencia de unos vínculos y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación; b) que tenga por objetivo la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional; en definitiva, actuar con finalidad política, de modo criminal; c) que tal banda sea armada, es decir, que utilice en su actuación delictiva armamento, entendiéndose por tal las armas de fuego de cualquier clase, bombas de mano, granadas, explosivos u otros instrumentos semejantes; d) que por el uso del armamento que posee o por la clase de delitos que comete cause inseguridad en la población con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos imprescindibles del orden político y de la paz social —art. 10.1 CE—, es decir, que

produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población, que es el signo distintivo del terrorismo; y e) la estructura de la banda será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones —informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden— para la consecución de sus fines.

No constituye «banda armada» la acción realizada por miembros radicalizados de ciertas organizaciones políticas concertados para llevar a cabo actos de violencia (338/1992, de 12 de marzo [LA LEY 2333-JF/0000]).

La existencia de una organización es el dato o elemento que mejor permite caracterizar al grupo o banda armada para diferenciarlos de la cuadrilla o de la mera asociación transitoria u ocasional, y de las figuras de la codelincuencia (12 de junio de 1987).

Aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de **raíz islamista radical o yihadista**, siempre caracterizado por el empleo de la violencia contra la visión occidental del mundo, aunque se pueda manifestar con distintas variaciones o matices que no alteran su naturaleza terrorista. Desde la perspectiva de una sociedad libre y del Estado de Derecho, no caben diferencias en cuanto a la valoración y al rechazo de la actividad terrorista. No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias. A título de ejemplo, de un lado, la finalidad de alterar o destruir el orden constitucional, tal como se menciona en algunas Sentencias, debe ser entendida no sólo en cuanto al orden constitucional político, sino de forma más amplia, en relación a la Constitución y a los Tratados internacionales, como el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva. De otro lado, lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquélla y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales. Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias. Y en tercer lugar, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en

centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción (119/2007, de 16 de febrero [LA LEY 1677/2007], y 503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008]).

No cabe duda de que el terrorismo islamista radical plantea serias dificultades de investigación, no sólo a causa de la forma de difusión y reclutamiento amparados en su propia concepción de la religión, sino dado que las distintas células o grupos pueden organizarse y actuar de forma independiente unas de otras, sin una organización global dotada de interconexión interna que permita acceder a la misma a través de la identificación de cualquiera de aquéllas. De otro lado, su existencia se desarrolla en el seno de comunidades humanas en las que las relaciones personales aparecen en muchas ocasiones caracterizadas por una especie de endogamia social casi siempre caracterizada por la presencia de un fuerte vínculo religioso, lo que dificulta la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista y aquellos otros solamente basados en el funcionamiento ordinario de la propia comunidad. Nuestra jurisprudencia ha exigido siempre una actividad, o al menos la disposición efectiva a desarrollarla, orientada, directa o indirectamente, mediante una u otra clase de aportación, a la consecución de los fines que caracterizan a esta clase de organizaciones, por las vías violentas e intimidatorias propias de todo terrorismo (556/2006, de 31 de mayo [LA LEY 150038/2006], 119/2007, de 16 de febrero [LA LEY 1677/2007], 888/2007, de 25 de octubre [LA LEY 165658/200], y 503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008]).

Elementos subjetivos

Se exige la voluntad de integración en la organización con carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige asumir y participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y, eventualmente, realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo (27 de mayo de 1988 [LA LEY 1752-2/1988], 1127/2002, de 17 de junio [LA LEY 382/2003], 886/2007, de 2 de noviembre [LA LEY 179976/2007], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]), finalidad que no es otra que la de crear inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública —art. 571 CP— (27 de mayo de 1988 [LA LEY 1752-2/1988]).

En concreto, el dolo de este delito exige tres requisitos: a) el sujeto ha de ser consciente de su condición de miembro de la asociación; b) debe saber que dicha asociación utiliza medios o tiene fines encaminados a los fines del art. 571 CP; y c) ha de ser consciente de la ilicitud de su conducta, que el ordenamiento penal prohíbe la misma. Y respecto al elemento volitivo del dolo, éste no ha de abarcar más que la ilicitud programática de los fines de la asociación, no la de los actos concretos ejecutados por sus miembros en la puesta en práctica del programa asociativo. Por lo tanto, actúa dolosamente, quien adquiere la condición de miembro de la asociación sabiendo las metas o fines prohibidos de ésta (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Consumación

Es un delito formal o de simple actividad que se consume con la mera «pertenencia» a la banda armada u organización terrorista, sin necesidad de realización de acto concreto alguno; lo que, en su caso, podría dar lugar a otra infracción penal distinta (54/1998, de 23 de enero [LA LEY

2072/1998]). Por otra parte, los actos de cooperación no tienen por qué integrar las infracciones criminales cuya realización constituye el objeto del grupo (19 de noviembre de 1985 [LA LEY 66975-NS/0000] y 15 de abril de 1993 [LA LEY 3318-5/1993]).

Es un delito doloso de carácter permanente o prolongado en el tiempo, entendiendo por tal aquel en que, a consecuencia de la actividad del sujeto, se crea un estado antijurídico cuya cesación depende de su actividad, por lo que mantiene su efecto de modo ininterrumpido y sin solución de continuidad, trascendiendo a los supuestos de prescripción del delito y derecho intertemporal (11 de octubre de 1985 [LA LEY 65411-NS/0000], 1741/2000, de 14 de noviembre [LA LEY 11305/2000], 532/2003, de 19 de mayo [LA LEY 10435/2004], 1117/2003, de 19 de julio [LA LEY 10065/2004], y 918/2004, de 16 de julio [LA LEY 1880/2004]).

Aunque en principio no hay límite de tiempo en esa duración, cabe dar por extinguido ese delito cuando se ha puesto fin a la permanencia en la organización, bien por el cese voluntario o apartamiento de la misma, bien por la expulsión por parte de los órganos directivos, bien por razón de un hecho de fuerza mayor, como puede ser la condena por dicho delito, lo que cierra y provoca la ruptura de la situación delictiva previa (1117/2003, de 19 de julio [LA LEY 10065/2004]). La jurisprudencia considera, pues, un hecho de fuerza mayor la detención del integrado en la banda y su ingreso en prisión, simplemente porque la continuación al servicio de las actividades terroristas de tal organización ya no es posible por las limitaciones físicas que lleva consigo la privación de libertad, siendo insuficiente para que pueda decirse que continúa formando parte de la banda la permanencia de la persona en su ideario, la sintonía con sus fines o su deseo de permanecer en ella, incluso aunque en el interior de la cárcel mantenga contactos con sus compañeros que también se encuentran presos por su participación en actos criminales de la misma organización o por su colaboración con ella. Eso sí, esta ruptura lleva consigo la posibilidad de que, una vez recobrada la libertad, el ya autor condenado cometa otro delito de igual clase —integración en banda armada del 515.2.º y 516.2.º—, si de nuevo reanuda sus actividades criminales en la misma organización armada o en otra distinta (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007]).

La Sentencia 497/1993, de 30 de septiembre [LA LEY 1630/1994], admite, aun reconociendo su dificultad, la posibilidad de tentativa en esta clase de delitos, ya que puede haber supuestos en que iniciados los actos conducentes a la comisión completa de lo pretendido, cual es la integración total y efectiva en la banda armada, no lleguen a completarse, bien por desistimiento voluntario, bien por causas ajenas a la voluntad de los autores. Hablamos de actos iniciales que no fraguan en esa efectiva pertenencia, ni siquiera en actos de colaboración.

Artículo 516.

En los casos previstos en el número 2.º del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas:

1.º A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2.º A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 22.4.º.

CP: arts. 571 a 580, especialmente art. 576.

CP 1973: art. 174.

El delito de integración o pertenencia a banda armada u organización terrorista requiere, obviamente, la existencia de una propia banda armada u organización terrorista, en los términos anteriormente ya expuestos, lo que implica una pluralidad de personas, unos vínculos, una mayor o menor intervención y relaciones de cierta jerarquía y subordinación (promotores, directores, meros integrantes). Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas para pervertir el orden democrático-constitucional (fines políticos con modos criminales). Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos componentes será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales (19 de noviembre de 1985 [LA LEY 66975-NS/0000], 27 de mayo de 1988 [LA LEY 1752-2/1988], 25 de enero de 1993 [LA LEY 2661-5/1993] y 1127/2002, de 17 de junio [LA LEY 382/2003]).

Es «**promotor**» o «**director**» de banda armada quien actúa como responsable del «discurso ideológico» y forma parte de la «cúpula dirigente» del grupo terrorista, desarrollando con ello una actividad de extraordinaria importancia por pertenecer al aparato ideológico, político y de decisión —situación de carácter permanente—, a pesar de que su responsabilidad normalmente se agota con tal liderazgo, sin que *sic et simpliciter* puedan serle imputados los concretos hechos delictivos cometidos por otras personas integrantes del grupo terrorista, salvo que se acredite que tenía un efectivo dominio sobre tales hechos —condominio— (633/2002, de 21 de mayo [LA LEY 6485/2002]). La jurisprudencia más reciente limita el término de directivo o promotor al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la estructura de la banda o grupo (50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007]). Así pues, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de la organización; y por ello puede acontecer que personas que forman parte del equipo directivo de la asociación u organización, no reúnan la condición de auténticos directores por no poseer esa capacidad de adopción autónoma de decisiones que afecten directamente a los miembros o colaboradores de la banda (50/2007, de 19 de enero [LA LEY 377/2007]).

La Doctrina entiende que el término «integrante», así como la palabra sinónima «perteneciente», que utiliza el art. 571 CP, es empleado en sentido equivalente a «miembro», más convencional en relación a otro tipo de asociaciones, pero requiriendo algo más que «la mera actuación al servicio de la organización o colaboración», situaciones que el mismo art. 571 distingue de la pertenencia. Y en la propia jurisprudencia se afirma que la pertenencia a banda armada supone por sí misma una prestación de algún tipo de servicio para los fines de la banda, ya en el campo ideológico, económico, logístico, de aprovisionamiento o de ejecución de objetivos, de mayor intensidad que las conductas de colaboración previstas en el art. 576 CP (1346/2001, de 28 de junio [LA LEY 1159/2002], y 503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008]). La pertenencia supone por tanto la integración de manera más o menos definitiva, superando la mera presen-

cia o intervención episódica, y sin que signifique necesariamente la participación en los actos violentos característicos de esta clase de delincuencia, pues es posible apreciar la pertenencia a la organización como integrante de la misma cuando se desempeñan otras funciones diferentes como consecuencia del reparto de cometidos propio de cualquier organización. Así, es posible apreciar la integración en los casos en los que el autor aporte una disponibilidad acreditada y efectiva para la ejecución de distintos actos, en un principio indeterminados, de favorecimiento de las actividades de otro tipo realizadas por la organización terrorista (541/2007, de 14 de junio [LA LEY 60972/2007]).

El elemento diferencial con la figura de colaboración del art. 576 es, por consiguiente, la asunción de fines y la voluntad de integración en la organización, sin perjuicio de la mayor o menor intervención en la misma —que tendrá su adecuado reflejo penológico conforme a la distinción que establece el art. 516 entre promotores, directores y meros integrantes—, y sin perjuicio de que si se acreditara la intervención del integrante en concretos actos de terrorismo, procedería, sin riesgo de vulneración del principio *non bis in idem*, además de la sanción por el delito de integración, la que pudiera corresponder por el acto de terrorismo enjuiciado (1346/2001, de 28 de junio [LA LEY 1159/2002], 1562/2002, de 1 de octubre [LA LEY 7960/2002], 785/2003, de 29 de mayo [LA LEY 96354/2003], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

Los delitos de pertenencia a banda armada y el de colaboración con dichas bandas son homogéneos, por lo que puede condenarse por colaboración con banda armada existiendo acusación por delito de pertenencia a ella. Como se ha visto en el apartado anterior, en el delito de pertenencia o integración en organización terrorista concurren todos los elementos del delito de colaboración y uno más, cual es la nota de permanencia (1127/2002, de 17 de junio [LA LEY 382/2003], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

Artículo 517.

En los casos previstos en los números 1.º y 3.º al 6.º del art. 515 se impondrán las siguientes penas:

1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años.

2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.

CONCORDANCIAS

CP: art. 515.

La referencia al núm. 6 del art. 515 (que fue introducida por la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que entró en vigor el 1 de febrero de 2000) ha quedado vacía de contenido al haber sido derogado

el art. 515.6.º por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Los **fundadores**, como su nombre indica, son los que iniciaron la asociación, los creadores de la misma. Los **directores** suponen una participación más activa porque tal función implica a los que gobiernan, rigen u ordenan la actuación de aquélla. Por último, los **presidentes** son los que desempeñan la plaza de principal o superior de la misma, al menos teóricamente. Las tres formas de participación pueden estar identificadas en la misma persona, lo que no suele ser habitual al menos en el régimen general de las sociedades. Los **miembros activos** son aquellos que además de ser afiliados a la sociedad y de haberse integrado en la misma, han llevado a cabo determinadas acciones en favor de la asociación, acciones que son adicionales a dicha integración; son algo más que el simple **miembro pasivo** o mero afiliado, cuya participación es impune y claramente diferenciada, cualitativa y cuantitativamente, de los dirigentes (1/1997, de 28 de octubre [LA LEY 11181/1997]).

Un sector doctrinal considera cuestionable que, dentro de las asociaciones ilícitas, el mero afiliado tenga que ser un miembro inactivo o pasivo, de modo que en cuanto realice cualquier actividad relacionada con la condición de afiliado se convierta ya en miembro activo, aunque esa actividad se limite a intervenir en las reuniones y a abonar las cuotas. Una interpretación tan restrictiva del concepto de mero afiliado extiende en exceso el de miembro activo con respecto a un tipo penal que, dadas sus connotaciones formales y sus límites difusos, no parece razonable interpretarlo de forma extensiva. Por consiguiente, lo adecuado sería interpretar la locución «**miembro activo**» (o su equivalente «**integrante**») en el sentido de sujeto que dentro de la organización ocupa una categoría intermedia, de modo que sin ser un mero afiliado y ocupando alguna posición de mando, no llegue sin embargo a tener una función de alta dirección o alto mando, sino un mando meramente intermedio, que no llega por tanto a ocupar la cúpula de la organización. De esta manera, el tipo penal más grave del art. 516.1 o 517.1 CP comprenderá sólo los máximos directivos de la asociación (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Artículo 518.

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en los números 1.º y 3.º al 6.º del art. 515, incurrirán en la pena de prisión de uno a tres años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 301 a 304.

La referencia al núm. 6 del art. 515 (que fue introducida por la Ley Orgánica 4/2000, 11 enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y que entró en vigor el 1 de febrero de 2000) ha quedado vacía de contenido al haber sido derogado el art. 515.6.º por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.

Artículo 519.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de asociación ilícita se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

Artículo 520.

Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el art. 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del art. 129 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 129 y 515.

Este precepto exige como requisito ineludible para poder imponer la disolución de la asociación que ésta sea declarada ilícita, por concurrir alguno de los cinco supuestos previstos en el art. 515 CP. Su redacción literal implica interpretar que la disolución de una asociación ilícita puede ser acordada por el Juez penal con independencia de que concurra o no una condena a una persona física, sin perjuicio de que se verifique que han concurrido actividades tipificadas en los arts. 516 a 519 y 521 CP (480/2009, de 22 de mayo [LA LEY 67225/2009]).

Artículo 521.

En el delito de asociación ilícita, si el reo fuera autoridad, agente de ésta o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación absoluta de diez a quince años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24 y 41.

Artículo 521 bis.

(...)

Derogado por Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que entró en vigor el 24 de junio. Este precepto había sido introducido por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, y su texto era el siguiente:

«Artículo. 521 bis

Los que, con ocasión de un proceso de elecciones generales, autonómicas o locales o consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de las modalidades previstas en la Constitución convocadas por quien carece manifiestamente de competencias o atribuciones para ello, participen como interventores o faciliten, promuevan o aseguren su realización una vez acordada la ilegalidad del proceso serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

SECCIÓN 2.^a

De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos

Artículo 522.

Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 16.

CP: arts. 169 a 172, 523, 559 y 620.1.º y 2.º.

DUDH: art. 8.

CEDH: art. 9.

PIDCP: art. 18.

LOPSC: art. 16.

LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa: arts. 1 a 4.

Artículo 523.

El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con

la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 16.

CP: arts. 169 a 172 y 559.

RD 142/1981, de 9 de enero, sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades Religiosas, y la Orden de 11 de mayo de 1984 sobre publicidad de dicho Registro.

Sobre la libertad religiosa y de culto y la trascendencia del Registro de Entidades Religiosas, véase la importante STC 46/2001, de 15 de febrero [LA LEY 1360/2001]:

El Registro de Entidades Religiosas, como Registro público especial, se inserta en un ordenamiento en el que cobran especial vigor los derechos y libertades públicas, y de modo singular, la libertad más íntima y personal, como la libertad religiosa y de culto, cuya garantía proclama el art. 16.1 de la Constitución. La inscripción de una entidad religiosa en el Registro implica, ante todo, el reconocimiento de su personalidad jurídica como tal grupo religioso, es decir, la identificación y admisión en el ordenamiento jurídico de una agrupación de personas que pretende ejercitar, con inmunidad de coacción, su derecho fundamental al ejercicio colectivo de la libertad religiosa. Pero también confiere a la entidad un específico estatus de entidad religiosa que se proyecta en el ámbito interno (reconocimiento de una capacidad de autoorganización) y, sobre todo, en el externo, en el sentido de que las concretas manifestaciones que, en el ejercicio del derecho fundamental, realicen los miembros del grupo o comunidad inscrita, se vean facilitadas, de tal manera que se permita el ejercicio colectivo de la libertad religiosa con inmunidad de coacción, sin trabas ni perturbaciones de ninguna clase.

Así, en el ámbito de la protección penal, mientras el art. 522 CP tutela con carácter general al miembro o miembros de una confesión religiosa, como sujeto pasivo individual, frente a «los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan (...) practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos», el art. 523 dispone una protección específica y agravada frente a quien «con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia (...)».

Artículo 524.

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.

CONCORDANCIAS

CP: art. 523.

CP 1973: art. 208.

Nueva redacción por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior decía así:

«Art. 524.

El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de cuatro a diez meses».

La reforma de noviembre de 2003 ha elevado sensiblemente las penas de multa de este delito.

Bien jurídico protegido

El Derecho penal desde tiempos históricos no solamente ha protegido los bienes materiales sino también los bienes ideológicos o espirituales, sancionando penalmente los ataques o lesiones a los mismos, si bien el tratamiento ha sido completamente distinto en las diferentes etapas históricas y en los distintos países, atendiendo a las concepciones políticas dominantes, a los tiempos y lugares. Este precepto, que se refiere a todas las religiones por igual, garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16 CE), otorgando protección penal a un derecho fundamentalísimo en todo Estado democrático de Derecho, como es el de respeto a un sentimiento, para algunos quizá el más profundo y querido, como es el religioso, que justifica, sobradamente, el que se sancionen penalmente actos tan repugnantes y gravísimamente hirientes como son los de profanación (688/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13109/1993]).

Elementos objetivos

Se halla constituido por los «actos de profanación», definidos como «tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto», entendiéndose por «sagradas», atendiendo a los dogmas y a los ritos de las distintas religiones, las dedicadas a Dios o al culto divino (688/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13109/1993]).

Elementos subjetivos

Se halla constituido por el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados, intención que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos, nunca puede ser objeto de prueba directa, por lo que, necesariamente, lo ha de ser de prueba indirecta o indiciaria, debiendo deducirse o inferirse el *animus* del conjunto de las circunstancias fácticas objetivas que, por serlo, hayan podido quedar cumplidamente acreditadas (688/1993, de 25 de marzo [LA LEY 13109/1993]).

Artículo 525.

1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 y 16.

CP: arts. 534.2 y 620.2.º.

CP 1973: art. 209.

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

Lo que el legislador actualmente protege son los atentados contra el derecho individual que cada uno tiene de profesar las ideas religiosas que mejor se acomoden a la conciencia de cada cual, como una manifestación de la libertad religiosa garantizada por el art. 16.1 CE (SAP Valladolid, 4.ª, 367/2005, de 21 de octubre [LA LEY 115/2006]).

El **elemento objetivo** del «escarnio» equivale semánticamente a «befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar»; y «befa» es la «grosera e insultante expresión de desprecio» (26 de noviembre de 1990 [LA LEY 1724-JF/0000]). El **elemento subjetivo**, según se desprende del significado gramatical, es el dolo o intención de escarnecer, que equivale al *animus injuriandi* o propósito deliberado de ofender, de modo que la simple negación o crítica mesurada de la religión de que se trate o de sus dogmas no entraña afrenta, ni menosprecio (25 de enero de 1983 [LA LEY 7534-JF/0000], 14 de febrero de 1984 [LA LEY 8553-JF/0000], 20 de mayo de 1988 [LA LEY 1721-2/1988] y 26 de noviembre de 1990 [LA LEY 1724-JF/0000]).

Artículo 526.

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterare o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 263 y ss., 524, 625 y 626.

CPM: art. 163.

CP 1973: art. 340.

Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos.

Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas, y RD 2230/1982, de 18 de junio, que la desarrolla.

Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos.

RD 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

Nueva redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior era del siguiente tenor literal:

«Art. 526.

El que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses».

La reforma de noviembre de 2003 ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la de prisión y ha aumentado la duración de la pena de multa, que ahora es alternativa.

La primera conducta delictiva descrita en este precepto exige como requisito esencial, mediante la ejecución de cualesquiera actos de profanación de cadáveres o de sus cenizas que así lo demuestren (elemento objetivo), el dolo específico (ánimo y conciencia) de faltar a la paz y descanso de los muertos, así como el respeto debido a ellos y a su memoria y los sentimientos de piedad de deudos y amigos, sin que se deba confundir el dolo con el móvil que, en su caso, puede inducir al sujeto activo a realizar la acción delictiva (26 de noviembre de 1984 [LA LEY 54340-NS/0000] y 19 de noviembre de 1991 [LA LEY 734/1992]). La Sentencia 70/2004, de 20 de enero [LA LEY 1249/2004], matiza que aquí el dolo contiene la doble exigencia de que el sujeto activo haya actuado con el conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas y, además, con el conocimiento de que con ese acto concreto de profanación que ha realizado, ha estado «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos». Esa «falta de respeto» es simplemente la mención en la definición legal del bien jurídico protegido: el valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida; de tal manera que aquellos actos han de tener siempre una cierta entidad para que pueda entenderse afectado ese bien jurídico.

De todos es sabido que tras la muerte no tiene sentido mantener la protección de bienes jurídicos relacionados con la propia existencia, pero el legislador ha querido en la actual redacción del precepto, alejada de otras anteriores que contenían referencias de tipo religioso, proteger la memoria del difunto, entendiéndolo que la dignidad humana se extiende más allá de la propia existencia física, no tanto por lo que pueda afectar al sujeto pasivo —quien evidentemente ya ha perdido la capacidad de sufrir—, sino por los sentimientos de sus familiares y allegados (SAP Barcelona, 6.ª, 628/2008, de 4 de septiembre [LA LEY 300782/2008]).

Este delito no queda absorbido por el inmediato de homicidio o asesinato, en su caso. Habrá casos de manipulación de cadáveres para su ocultación en que quizá pudiera aplicarse, por su importancia secundaria, el criterio de la absorción —curso de normas del art. 8.3.º CP—. Pero es claro que los delitos de homicidio, asesinato, aborto, etc., pueden cometerse sin necesidad de realizar algo tan despreciativo con el cadáver de un ser humano, como lo que hizo el acusado en el caso contemplado por la SAP, 6.ª, Barcelona, 628/2008, de 4 de septiembre, esto es, rasgar los pantalones y las bragas de la chica e introducirle un vibrador en el ano. «Se trata de un acto absolutamente gratuito desde ese punto de vista y que merece, por ello, un reproche penal distinto y autónomo del delito de asesinato» (en el mismo sentido, SAP Zaragoza, 3.ª, 81/2003, de 19 de diciembre, [LA LEY 214655/2003] respecto a la realización del acto sexual con la persona a la que el acusado acababa de matar).

SECCIÓN 3.^a

Esta Sección ha sido íntegramente suprimida por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican el Código Penal y el Código Penal Militar en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, y que entró en vigor el 24 de mayo de 2002. La rúbrica anterior era así:

«SECCIÓN 3.^a

De los delitos contra el deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria».

Artículo 527.

(...)

Dejado sin contenido por la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican el Código Penal y el Código Penal Militar en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria, y que entró en vigor el 24 mayo 2002. El texto anterior decía:

«Art. 527.

Será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años el objetor reconocido que:

1.º Llamado al cumplimiento del servicio que se le asigne, dejare de presentarse sin causa justificada, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes.

2.º Hallándose incorporado al referido servicio, dejare de asistir al mismo por más de veinte días consecutivos o treinta no consecutivos, sin justa causa.

3.º Incorporado para el cumplimiento de la prestación social sustitutoria, se negare de modo explícito o por actos concluyentes a cumplirla.

La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus Organismos autónomos y, además, la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo durante el período de condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento de la prestación».

Artículo 528.

(...)

Derogado por la Disposición Derogatoria Única de la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, que modifica el Código Penal para suprimir las penas de prisión y multa en los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria, así como rebajar las

penas de inhabilitación para dichos supuestos, y que entró en vigor el 7 octubre 1998. El texto original decía:

«Art. 528.

Cuando hubiere constancia de que la objeción de conciencia se ha alegado falsamente, las conductas descritas en el artículo anterior se castigarán con las penas del art. 604 en su mitad superior».

CAPÍTULO V

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales

SECCIÓN 1.ª

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual

Artículo 529.

1. El Juez o Magistrado que entregare una causa criminal a otra autoridad o funcionario, militar o administrativo, que ilegalmente se la reclame, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

2. Si además entregara la persona de un detenido, se le impondrá la pena superior en grado.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 a 29.

CP: arts. 446 y 447.

CP 1973: art. 182.

LOPJ: arts. 9, 23, 26, 38 y ss., 301 y 428 y ss.

LECrin.: arts. 22 y ss.

Artículo 530.

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicare o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 17.1.

CP: arts. 8, 163 a 167 y 404.

CP 1973: arts. 186 y 187.

DUDH: art. 9.

CEDH: art. 5.

LECrim.: arts. 309, 489 y ss., 502 a 511, 517, 750 y 751.

LOCFS: art. 8.

Bien jurídico protegido

La libertad del individuo dentro del sistema de garantías constitucionales relativas a la libertad individual (1343/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 987/1999]). Realmente, no es tanto la libertad del sujeto, cuanto las garantías que deben rodear la detención, aunque, obviamente, en aquello que pase del plazo fijado sí es el propio derecho a la libertad del sujeto (SAP Guipúzcoa, 3.^a, 3019/2000, de 1 de julio [LA LEY 136140/2000] y SAP Barcelona, 7.^a, 57/2000, de 28 de junio).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Autoridad o funcionario público, según la definición del art. 24 CP, en el ejercicio de sus funciones, lo que permite entender que se trata de un delito especial propio (1310/2001, de 21 de julio [LA LEY 8344/2001]). Sólo puede ser autor directo el funcionario público con capacidad legal de acordar la detención de una persona (635/2003, de 30 de abril [LA LEY 12733/2003]). No se establece distinción entre las conductas desarrolladas por un Juez o por los funcionarios de policía judicial encargados de la realización material de las detenciones o incluso de un funcionario de un establecimiento penitenciario, que tendría que ser normalmente el director que es el que, en definitiva, goza de capacidad decisoria para dar cumplimiento a la orden de excarcelación (1343/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 987/1999]).

Sujeto pasivo

Debe ser un detenido, preso o sentenciado. La detención ilegal se tiene que practicar en contra o sin la voluntad de la víctima. El tipo penal quedaría enervado si la víctima hubiera accedido de buen grado, sin cortapisa alguna, sin coacción moral o física, si se hubiera prestado voluntariamente a los deseos del funcionario (2351/1992, de 3 de noviembre [LA LEY 2163-5/1993], y 1310/2001, de 21 de julio [LA LEY 8344/2001]).

Conducta típica

Integrada por varios elementos: a) que la actuación del sujeto activo se realice en una causa por delito; b) que la acción consista en acordar, practicar o prolongar una privación de libertad; c) que esa conducta se refiera a un detenido, preso o sentenciado; y d) que la privación de libertad viole plazos u otras garantías constitucionales o legales, por lo que, para rellenar el tipo penal, se hace preciso acudir a las normas constitucionales —art. 17— y a las normas reguladoras de los supuestos de detención —Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley de Seguridad Ciudadana y las leyes que permiten restricciones a la libertad deambulatoria— (1343/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 987/1999], 1310/2001, de 21 de julio [LA LEY 8344/2001], 635/2003, de 30 de abril [LA LEY 12733/2003], 1352/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 312/2005], y 231/2009, de 5 de marzo [LA LEY 8800/2009]).

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 11 de octubre de 1988 [LA LEY 55626-JF/0000], y 635/2003, de 30 de abril [LA LEY 12733/2003]) y del Tribunal Constitucional

(STC 224/1998, de 24 de noviembre [LA LEY 26/1999]), que afirma que el tiempo «estrictamente necesario» de toda detención gubernativa nunca puede sobrepasar el límite temporal de las setenta y dos horas. Pero este tiempo actúa como límite máximo absoluto, y no impide que puedan calificarse como privaciones de libertad ilegales, en cuanto indebidamente prolongadas o mantenidas, aquellas que, aun sin rebasar el indicado límite máximo, sobrepasen el tiempo indispensable para realizar las oportunas pesquisas dirigidas al esclarecimiento del hecho delictivo que se imputa al detenido, pues en tal caso, se opera una restricción del derecho fundamental a la libertad personal que la norma constitucional no consiente. A tal efecto, habrán de tenerse en cuenta las circunstancias del caso y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida.

Se exige que la causa sea «por delito», lo que excluye los procedimientos iniciados por la comisión de faltas, aunque también se ha considerado que sería extensible a aquellos casos en los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la detención por simples faltas: cuando el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle —art. 495 LECrim.— (SAP Madrid, 5.^a, 26/2003, de 20 de febrero [LA LEY 36396/2003]).

No es posible la existencia de grados imperfectos de ejecución de esta infracción (ATS 16 de marzo de 1998).

Elementos subjetivos

El sujeto activo debe obrar dolosamente, es decir, con conciencia plena que es ilegal la privación de libertad que haya acordado, practicado o prolongado (1725/1994, de 7 de octubre [LA LEY 17087/1994], 443/2001, de 22 de marzo [LA LEY 5265/2001] y 1310/2001, de 21 de julio [LA LEY 8344/2001]). Dolo específico o conocimiento pleno de que se estaba cometiendo una irregularidad procesal que conculcaba los derechos y garantías del detenido (1343/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 987/1999]), ya que en caso de imprudencia grave se aplicará el art. 532 CP (231/2009, de 5 de marzo [LA LEY 8800/2009]).

Concursos

El tipo del art. 530 queda reservado para los casos de detención justificada en la que posteriormente se incumplen los plazos legales o las garantías constitucionales (arts. 17 CE y 520 LECrim., salvo el incumplimiento del deber de informar de sus derechos al detenido, que es objeto de específica tipificación en el art. 537 CP). Sin embargo, la detención ilegal del art. 167 se produce por falta de causa legítima que la justifique, constituyendo por ello una privación de libertad irregular en el fondo (1371/2001, de 11 de julio [LA LEY 8464/2001], 376/2003, de 10 de marzo [LA LEY 11578/2003], 1352/2004, de 22 de noviembre [LA LEY 312/2005], y 231/2009, de 5 de marzo [LA LEY 8800/2009]).

Artículo 531.

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, decretare, practicare o prolongare la incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los

plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17 y 24.

CP: art. 167.

LECrim.: arts. 506 a 511 y 520 bis.

LOGP (§ 3.1): arts. 16 y 51 a 53.

RP (§ 3.2): arts. 41 y ss. y 50 y ss.

Artículo 532.

Si los hechos descritos en los dos artículos anteriores fueran cometidos por imprudencia grave, se castigarán con la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 12 y 14.

A primera vista resulta difícil incardinar cualquier decisión de un funcionario o autoridad sobre la prisión o libertad de un detenido, en el marco de las modalidades imprudentes, pero no se debe descartar que, en algunos casos y por la vía del **error de tipo** pudiera tener acogida cuando éste recae sobre circunstancias fácticas, tales como el tiempo transcurrido desde la detención, pero resulta absolutamente insuperable transformar en error de tipo los supuestos de error sobre la ilicitud de la detención, por lo que no cabría alegar un **error de prohibición**, especialmente por los Jueces en el ejercicio de sus funciones (1343/1998, de 12 de noviembre [LA LEY 987/1999], y 1287/2004, de 12 noviembre [LA LEY 1860669/2004]).

La Sentencia 3/2008, de 9 de abril, de la Sala de lo Civil y Penal de Granada del TSJ de Andalucía, descarta la aplicación del **error de tipo invencible** a una Magistrada-Juez que propició el mantenimiento en prisión durante 455 días de un acusado absuelto: «En el presente supuesto, dichos hechos probados constatan una actitud de negligencia general que pudo causar un “error” en la acusada al formarse un juicio sobre la situación del sentenciado, pero, en todo caso, era la acusada la única responsable de haber incurrido en dicho error. La acusada disponía de los conocimientos suficientes y tenía a su alcance los medios necesarios, tal y como se señaló anteriormente, para haber prevenido la ignorancia alegada. Su propia imprudencia no puede servirle de excusa y, por lo tanto, no puede verse beneficiada por la exclusión de la responsabilidad criminal dimanante de la caracterización del error como invencible». Y añade que «El Juez es el sujeto constitucionalmente responsable de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. El bien jurídico que se pone en peligro con su actuación negligente lejos de ser baladí, es la base del ejercicio de los demás derechos fundamentales y uno de los más preciados: la libertad. Tanto la Constitución (art. 17) como el resto del Ordenamiento Jurídico establecen un regulación precisa y pormenorizada sobre la privación de la libertad de los ciudadanos, y atribuyen al Juez el papel de garante de los

derechos y libertades fundamentales, siendo así que no sólo está obligado a velar y corregir los desmanes de los demás Poderes Públicos y de los privados hacia el valor y derecho a la libertad, sino que también debe impedir a toda costa, y con mayor razón, que los agravios provengan de su propia mano. Por lo tanto, el deber de cuidado concurre y goza en su caso de una importancia especial por razón de su papel respecto del respeto al individuo y de la ordenación del Estado de Derecho, lo que repercute sobre la calificación de la imprudencia como grave o leve»

Y la Sentencia 1287/2004, de 12 de noviembre [LA LEY 1860669/2004], confirmó la condena por este delito de un Juez de Instrucción que, con grave negligencia, incumplió durante meses el deber de señalar la audiencia prevista en el art. 504 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para decidir sobre la libertad o prisión provisional de un detenido.

Artículo 533.

El funcionario penitenciario o de centros de protección o corrección de menores que impusiere a los reclusos o internos sanciones o privaciones indebidas, o usare con ellos de un rigor innecesario, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 175.

CP 1973: art. 187.5.º.

LECrin.: arts. 506 a 509.

LOGP (§ 3.1): arts. 3, 6 y 41 y ss.

RP (§ 3.2): arts. 5, 104 y 231 y ss.

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es un delito especial propio, porque sólo puede cometerse por quien sea funcionario de los Centros que la descripción típica indica (61/1996, de 2 de febrero [LA LEY 3447/1996], y SAP Cáceres, 1.ª, 63/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 169858/1999]).

Conducta típica

La acción consiste en imponer a los reclusos o internos privaciones indebidas, estando comprendidos tanto el despojo como el impedimento a utilizar o ejercer los derechos y facultades que los reclusos o internos tienen (5 de julio de 1985 [LA LEY 10158-JF/0000]), como usar con ellos un rigor innecesario, como es la dureza y severidad desproporcionada con la normativa del régimen penitenciario. Por lo que, por un lado, nos encontramos ante una norma penal incompleta que obliga a acudir a otras normas complementarias, esencialmente, la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979 y el Reglamento Penitenciario de 9 de febrero de 1996. Y, por otro lado, hay que prestar especial atención a la actividad desarrollada por los reclusos, de tal manera que la acción será atípica a todas luces cuando la privación impuesta sea debida o cuando el rigor usado

sea el preciso (23 de noviembre de 1989 [LA LEY 734-2/1989], 285/1998, de 2 de marzo [LA LEY 4386/1998], y SAP Cáceres, 1.ª, 63/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 169858/1999]).

Elementos subjetivos

El funcionario debe ser consciente de que las medidas acordadas son excesivas, innecesarias, desproporcionadas e injustas por cuanto que la actividad o conducta de los reclusos, dentro de la normalidad, no las hacía precisas (285/1998, de 2 de marzo [LA LEY 4386/1998], y SAP Cáceres, 1.ª, 63/1999, de 24 de noviembre [LA LEY 169858/1999]).

Concursos

Este delito es compatible con el **delito de lesiones** en cuanto ambas figuras típicas amparan bienes jurídicos distintos, pudiendo dar lugar a un concurso de ambas infracciones (5 de julio de 1985 [LA LEY 10158-JF/0000] y 5 de noviembre de 1990 [LA LEY 53765-JF/0000]).

SECCIÓN 2.ª

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad

Artículo 534.

1. Será castigado con las penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años la autoridad o funcionario público que, mediante causa por delito, y sin respetar las garantías constitucionales o legales:

1.º Entre en un domicilio sin el consentimiento del morador.

2.º Registre los papeles o documentos de una persona o los efectos que se hallen en su domicilio, a no ser que el dueño haya prestado libremente su consentimiento.

Si no devolviera al dueño, inmediatamente después del registro, los papeles, documentos y efectos registrados, las penas serán las de inhabilitación especial para empleo o cargo público de seis a doce años y multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderle por la apropiación.

2. La autoridad o funcionario público que, con ocasión de lícito registro de papeles, documentos o efectos de una persona, cometa cualquier vejación injusta o daño innecesario en sus bienes, será castigado con las penas previstas para estos hechos, impuestas en su mitad superior, y, además, con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 18, 24, 55 y 116.

CP: arts. 24, 204, 263 a 267 y 620.2.º.

LECrím.: arts. 545 a 554.

LOPJ: art. 87.2.
CC: arts. 40 y 41.
DUDH: art. 12.
CEDH: art. 8.

El Tribunal Constitucional ha relacionado la protección constitucional del domicilio con el derecho a la intimidad, considerando a esta última como «el ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren», implicando, por tanto, un ámbito propio reservado frente al conocimiento de los demás. No obstante, no se concibe como un derecho absoluto, aunque sus límites tienen un carácter rigurosamente taxativo, de modo que la entrada en el domicilio sin permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza el Juez competente —arts. 18.2 CE, 87.2 LOPJ y 546 LECrim.—. Éste es el requisito necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de base constitucional a la invasión del hogar (STC 94/1999, de 31 de mayo [LA LEY 8094/1999]).

Son requisitos de este delito: a) que el sujeto activo sea un funcionario público o una autoridad, en el ejercicio de su cargo; b) que su actuación se produzca mediando causa por delito, lo que diferencia a este tipo penal de los demás ordinarios contra la inviolabilidad del domicilio —como el art. 204—; c) que se invada morada ajena, que constituya domicilio de un particular, en el sentido amplio que se ha interpretado en los casos de necesidad de mandamiento judicial en caso de investigación delictiva, conforme a los arts. 545 a 578 LECrim.; d) que la invasión sea contraria al art. 18.2 de la Constitución española (consentimiento del morador, delito flagrante o autorización judicial), lo que supone, en la dicción legal, no respetar las garantías constitucionales; e) que tal actuación sea dolosa, por lo que se excluyen los casos de error o de nulidad por vulneración constitucional, a que hace referencia el art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Será improbable un caso de error de prohibición, dada la cualidad y preparación profesional del sujeto activo del delito. En cuanto al error de tipo, puede suponerlo un acto que pudiera implicar la autorización del morador, que produzca una equivocada percepción de los elementos integrantes del delito, la concurrencia de una situación de flagrancia delictiva, que en realidad no lo sea, la equivocación en el alcance concreto del mandamiento judicial, en su caso (471/2006, de 28 de abril [LA LEY 48448/2006]).

Los tipos penales del apartado 1.º del art. 534 requieren, para su apreciación, en ambas modalidades comisivas, el que la entrada o registros dolosos e inautorizados se produzcan en un **domicilio particular**, siendo necesario, por tanto, el dolo de quebrantar la inviolabilidad de un domicilio particular (SAP Valencia, 5.ª, 32/2003, de 12 de febrero [LA LEY 30583/2003]).

El derecho a la inviolabilidad del domicilio no es absoluto. Así se desprende del precepto constitucional que proclama su vigencia (art. 18.2 CE) y del art. 553 de la LECrim., en el que el legislador fija las excepciones en las que los agentes de policía pueden, por propia autoridad, proceder a la detención de quien pretende eludir la acción de la justicia refugiándose en su domicilio: a) aquellas personas contra las que se hubiere dictado mandamiento de prisión; b) quienes sean sorprendidos en caso de flagrante delito; c) el delincuente inmediatamente perseguido por los agentes de la autoridad; d) en casos de excepcional y urgente necesidad, cuando se trate de presuntos responsables integrados en banda armada u organización terrorista, siempre con los límites que el mismo precepto establece (794/2007, de 26 de septiembre [LA LEY 165811/2007]).

Artículo 535.

La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 18.3, 55 y 116.

CP: arts. 197 y 198.

CP 1973: art. 192.

LECrim.: arts. 579 a 588.

DUDH: art. 12.

CEDH: art. 8.

PIDCP: art. 17.

LOGP (§ 3.1): art. 51.1.

RP (§ 3.2): arts. 41 a 48.

La detención de la correspondencia viene ahora regulada en este artículo, mucho más explícito que el anterior art. 192 al extender el tipo penal a la autoridad además del funcionario público, y al comprender también en su objeto la correspondencia telegráfica. Lo más importante es que ahora se exige que la acción comisiva se produzca con violación de las garantías legales y constitucionales, limitación o puntualización restrictiva que se ve acompañada de una nueva exigencia, en este caso procedimental, al referirse únicamente a los casos en los que **medie causa por delito** (285/1998, de 2 de marzo [LA LEY 4386/1998]).

Desde el Acuerdo de la Junta General de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1995, se ha seguido el criterio de que los paquetes postales han de ser considerados como correspondencia por la posibilidad de que puedan ser portadores de mensajes personales de índole confidencial y, por lo tanto, se encuentran amparados por la garantía constitucional que protege el secreto de las comunicaciones y por las normas procesales que regulan la apertura de la correspondencia, con la excepción de los paquetes expedidos bajo «etiqueta verde» (art. 117 del Reglamento del Convenio de Washington que permite la inspección aduanera) o cuando por su tamaño o peso evidencian la ausencia de mensajes personales o en aquellos envíos en cuyo exterior se hace constar su contenido (905/1997, de 18 de junio [LA LEY 8890/1997], 1214/1999, de 7 de enero [LA LEY 1302/1999], 848/1999, de 24 de mayo [LA LEY 7351/1999], 1858/2000, de 1 de diciembre [LA LEY 1897/2001] y 1637/2001, de 14 de septiembre [LA LEY 8933/2001]).

Artículo 536.

La autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión,

grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años.

Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 18.3.

CP: arts. 197 y 198.

CP 1973: arts. 192 bis.

LECrím.: arts. 579 a 588.

LOGP (§ 3.1): art. 51.4.

RP: arts. 46 a 49.

Bien jurídico protegido

Es el derecho fundamental reconocido en la Constitución a la libertad y al secreto de las comunicaciones —art. 18.3—, en conexión con las libertades de expresión y de información —art. 20.1— y con los derechos al honor y, sobre todo, a la intimidad personal —art. 18.1— (STC. 34/1996, de 11 de marzo [LA LEY 3666/1996]).

Sobre el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas y las exigencias materiales y procesales que deben acompañar a toda intervención de conversaciones telefónicas —art. 579 LECrím.—, ver la reciente y completa Sentencia 1263/2004, de 2 de noviembre (también STC 184/2003, de 23 de octubre), que acuerda la nulidad de unas escuchas telefónicas ante la insuficiencia de la motivación y del control judicial.

No existe ninguna limitación en cuanto al modelo o mecanismo de telecomunicación protegido penalmente (STC 34/1996, de 11 de marzo [LA LEY 3666/1996], y STS 367/2001, de 22 de marzo [LA LEY 3268/2001]).

Conducta típica

Se recogen dos modalidades delictivas. Por un lado, «interceptar» comunicaciones telefónicas o «utilizar» artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido, con violación de las garantías constitucionales o legales (sin autorización judicial, etc.), siempre que sea con la finalidad de captar los mensajes que a través de las comunicaciones telefónicas se emitan. Por otro, el subtipo agravado, que concurre cuando se produce divulgación o revelación de la información obtenida por estos medios (2684/1992, de 2 de diciembre [LA LEY 12869/1992], y 227/1997, de 19 de febrero [LA LEY 2788/1997]).

Elemento subjetivo

La realización del hecho (interceptar telecomunicaciones o instalación de un aparato de escucha) implica necesariamente la voluntad de interferirse en el contenido de las conversaciones ajenas captadas y conocer lo que otros mantienen en la privacidad, lo que supone inevitablemente abarcar y aceptar la lesión del bien jurídico protegido que no es otro que la intimidad. Así pues, se

trata de un delito que sólo admite la forma dolosa. Sólo el error invencible de prohibición podía eximir de responsabilidad criminal, eliminando la antijuridicidad de hecho y por extensión la culpabilidad (2684/1992, de 2 de diciembre [LA LEY 12869/1992], 1244/1998, de 23 de diciembre [LA LEY 991/1999], y 367/2001, de 22 de marzo [LA LEY 3268/2001]).

Consumación

Es suficiente con la interceptación o con la intervención de la comunicación por los procedimientos típicos, sin que sea preciso que llegue a ser conocido el secreto o la conversación privada, existiendo así un adelantamiento consumativo al momento de la instalación de aparatos de control auditivo con tal de que sean eficaces (224/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1037/2004]). Basta con que la audición se capte por el aparato y no por el agente (2684/1992, de 2 de diciembre [LA LEY 12869/1992], y 227/1997, de 19 de febrero [LA LEY 2788/1997]).

Responsabilidad civil

La agresión a la intimidad se produce por la interceptación y captación de las conversaciones telefónicas, pues éste es el momento en que verdaderamente se lesiona el bien jurídico protegido y se afecta a la indemnidad moral de los sujetos sometidos a vigilancia y escucha. No es necesario que el contenido de las conversaciones se difunda, divulgue o revele, lo que en su caso constituiría el supuesto agravado. El hecho de que un ciudadano se vea sometido al seguimiento y escucha de sus conversaciones telefónicas, supone ya una agresión a su intimidad por lo que su dignidad se resiente de modo directo y necesario por la realización del hecho delictivo y se le ocasiona un daño moral, que es absolutamente independiente de los diferentes daños que pudieran originarse por la divulgación posterior del contenido de las conversaciones (367/2001, de 22 de marzo [LA LEY 3268/2001], y 224/2004, de 31 de marzo [LA LEY 1037/2004]).

SECCIÓN 3.ª

De los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra otros derechos individuales

Artículo 537.

La autoridad o funcionario público que impida u obstaculice el derecho a la asistencia de abogado al detenido o preso, procure o favorezca la renuncia del mismo a dicha asistencia o no le informe de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de sus derechos y de las razones de su detención, será castigado con la pena de multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 17.3, 24.2 y 55.

CP: art. 530.

LOPJ: arts. 441.

LECrim.: arts. 489 a 497, 520, 527, 767 y 768.

LOGP (§ 3.1): art. 51.2.

RP (§ 3.2): art. 48.

En cuanto a la inobservancia de la información de derechos al detenido (que da lugar a la aplicación de este delito y no el del art. 530) no cabe interpretar el precepto tan literalmente que lleve a considerar su aplicación si se deja cualquier lapso de tiempo, por insignificante que sea, entre el instante de la detención y la información de los derechos. La «inmediatez» a que se refiere el art. 537 CP no es incompatible con una lectura de los derechos en las dependencias policiales cuando a ellas es trasladado el detenido seguidamente de su detención en la vía pública (1371/2001, de 11 de julio [LA LEY 8464/2001]).

La demora en la designación de Abogado de oficio es una omisión que, para ser típica, además de la infracción formal del deber, tiene que haber afectado de alguna manera al derecho de defensa del detenido, revistiendo una gravedad que pueda ser considerada equivalente a la obstaculización o al haber impedido al detenido el ejercicio de su derecho (443/2001, de 22 de marzo [LA LEY 5265/2001]).

Al igual que el art. 530, este tipo penal se distingue del art. 167 CP —detención ilegal sin mediar causa legítima que la justifique, es decir, privaciones de libertad irregulares en el fondo— en la exigencia de que medie causa por delito; es decir, se trata de detenciones justificadas en las que ulteriormente se incumple la información de sus derechos al detenido o se le priva injustificadamente de la asistencia de Letrado o no se permite que le defienda el Letrado por él designado (1371/2001, de 11 de julio [LA LEY 8464/2001]).

Artículo 538.

La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de los casos permitidos por la Constitución y las Leyes, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 20.2, 55 y 116.

DUDH: art. 19.

CEDH: art. 10.

PIDCP: art. 19.

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de prensa e imprenta: arts. 3 y 64.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio: art. 21.

«Censura es la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no «censura» en el sentido que le da la Constitución —art. 20.2—» (187/1999, de 25 de octubre [LA LEY 1014/2000]).

«Por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público

del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el plázet a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la Constitución para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun las más “débiles y sutiles”, que tengan por efecto, no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1» (SSTC 77/1982, de 20 de diciembre [LA LEY 169-TC/1983], 52/1995, de 23 de febrero [LA LEY 13052/1995], y 187/1999, de 25 de octubre [LA LEY 1014/2000]).

Artículo 539.

La autoridad o funcionario público que disuelva o suspenda en sus actividades a una asociación legalmente constituida, sin previa resolución judicial, o sin causa legítima le impida la celebración de sus sesiones, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de ocho a doce años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 1, 6, 7, 21, 22 y 28.

CP: arts. 315.3 y 510 a 521.

RD 1497/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones.

Artículo 540.

La autoridad o funcionario público que prohíba una reunión pacífica o la disuelva fuera de los casos expresamente permitidos por las Leyes, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de cuatro a ocho años y multa de seis a nueve meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 21.

CP: arts. 315.3, 513 y 514.

Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión.

De la simple lectura del precepto se desprende, fácilmente, que su finalidad es proteger el derecho de reunión pacífica. Se diferencia del art. 514.4 CP (con quien comparte finalidad) en la acción antijurídica (prohibir o disolver, en el art. 540, e impedir o perturbar gravemente en el art. 514.4) y en que el sujeto activo del primero de ellos ha de ser autoridad o funcionario público y en el segundo no —de ahí su distinta ubicación dentro del Código Penal— (Auto 3 de junio de 2002 de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha).

Artículo 541.

La autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 33.3.

CP 1973: art. 196.

DUDH: art. 17.

Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954.

Bien jurídico protegido

El derecho constitucional de propiedad (art. 33.3), lo que impone una interpretación con clara vertiente constitucional y no meramente legal de este delito, de modo que no toda irregularidad en la tramitación del expediente expropiatorio puede dar lugar a su aplicación, sino únicamente cuando se ha prescindido en absoluto de tal procedimiento, añadiendo la norma penal «fuera de los casos permitidos», lo que refuerza el sentido del precepto, que es la proscripción de la confiscación o expoliación de propiedad privada fuera de todo cauce legal y sin causa alguna justificada de utilidad pública o interés social (2542/2001, de 28 de diciembre [LA LEY 3687/2002]).

Elementos objetivos

La actividad expropiatoria, que abarca toda clase de bienes (muebles, inmuebles y, en general, todos aquellos que constituyen el patrimonio de una persona) pertenecientes a entidades públicas o privadas, no solamente debe incumplir todos los requisitos y formalidades legales, sino carecer de causa alguna justificada de utilidad pública o interés social —art. 33 CE— (2542/2001, de 28 de diciembre [LA LEY 3687/2002], y 1020/2003, de 12 de julio [LA LEY 122602/2003]).

Elementos subjetivos

La autoridad o funcionario debe conocer la ilegalidad de la actuación que pretende iniciar (1020/2003, de 12 de julio [LA LEY 122602/2003]), lo que significa que el sujeto activo actuará con el dolo específico que se traducirá en ánimo confiscatorio, no admitiéndose la modalidad culposa o imprudente, siendo prácticamente de nula incidencia la teoría del error, dada la condición de autoridad o funcionario público en el autor del delito y el sentido de protección constitucional que impregna el contenido de la norma penal (2542/2001, de 28 de diciembre [LA LEY 3687/2002]).

Artículo 542.

Incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 10 y ss.
CP: arts. 24, 315.3 y 559.
CP 1973: art. 194.
LOREG: arts. 139, 140 y 146.

Aspectos generales

Es característico de un Estado de Derecho que los derechos cívicos no sólo se reconozcan teóricamente sino que existan garantías para su ejercicio. El reconocimiento de dichos derechos quedaría vacío de contenido si no se estableciese, de manera expresa, la sanción de los funcionarios y autoridades que abusando de su función, impidiesen ejercitarlos. Precisamente por la relevancia que en un Estado de Derecho tiene la necesidad de garantizar el libre ejercicio de los derechos cívicos y no meramente su reconocimiento formal, y por el hecho de que el ciudadano está más indefenso frente a los ataques o a la obstaculización de sus derechos provenientes de quienes están investidos de una potestad administrativa, es por lo que el sistema de garantías requiere la utilización, frente a dichas conductas obstaculizadoras o impeditivas, del instrumento de coerción más poderoso de que dispone el ordenamiento jurídico: la sanción penal. De ahí la relevancia del art. 542 del Código Penal, que actúa como pieza de cierre en el sistema de tutela penal del ejercicio de los derechos cívicos (100/1995, de 17 de octubre [LA LEY 14797/1995], 15/1996, de 22 de enero [LA LEY 2259/1996], y 165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002]).

Bien jurídico protegido

Se trata de un tipo subsidiario y residual que protege aquellos atentados cometidos por funcionarios públicos contra derechos cívicos que no tengan una expresa protección penal, especialmente los derechos fundamentales de la persona que la Constitución recoge en su Capítulo II del Título I, «Derechos y libertades» (arts. 14 a 29). Derechos civiles o derechos «cívicos» se utiliza internacionalmente como sinónimo de **derechos fundamentales**, y así puede deducirse de la rúbrica empleada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, reforzado hoy por la rúbrica del Capítulo donde se ubica este artículo que se refiere a «Derechos fundamentales y libertades públicas», todo ello en el marco de los «Delitos contra la Constitución» (STC 167/2001, de 16 de julio [LA LEY 7473/2001]; SSTS 1020/1995, de 19 de octubre [LA LEY 14789/1995], 1202/1995, de 30 de noviembre [LA LEY 878/1996], 165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002], y 246/2003, de 21 de febrero [LA LEY 1439/2003]). La mención de «Leyes» ha de entenderse como referida a disposiciones legales dictadas en desarrollo de los derechos fundamentales (1953/2001, de 23 de octubre [LA LEY 189194/2001]). Si bien una parte de la jurisprudencia restringe el ámbito de los derechos protegidos a los «derechos políticos de participación en la vida pública», entre los que se encuentran los de sufragio, acceso a funciones y cargos públicos, petición, asociación, reunión, manifestación y libertad de expresión (2773/1992, de 22 de diciembre [LA LEY 12933/1992]) y, en definitiva, todos aquellos a través de los cuales una persona, en cuanto ciudadana, participa en los asuntos de la comunidad (2096/1993, de 1 de octubre [LA LEY 13446/1993]). Pero, en definitiva, las conductas que se protegen en el tipo penal giran todas ellas alrededor de un mismo y único eje: el derecho constitucional que asiste a todo ciudadano a intervenir en los asuntos de la comunidad de modo activo o pasivo (votando, efectuando peticiones, asociándose, manifestándose, etc.) y a acceder a la función pública y cargos públicos (SAP Barcelona, 2.ª, 34/2001, de 16 de enero, y SAP Barcelona, 2.ª, 348/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 1010080/2001]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Ha de ser necesariamente una autoridad o funcionario público en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Se trata, pues, de un delito especial impropio, al exigirse unas determinadas cualidades en el sujeto activo: no basta con la condición in genere de funcionario público, sino que el mismo ha de participar en el ejercicio de las funciones relacionadas con los derechos de que se trata, es decir, debe tener competencia funcional (2773/1992, de 22 de diciembre [LA LEY 12933/1992], 232/1994, de 7 de febrero [LA LEY 13757/1994], 460/2001, de 23 marzo [LA LEY 3351/2001], 165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002], y 443/2008, de 1 de julio [LA LEY 96268/2008]).

Conducta típica

Constituye realmente una «norma penal en blanco», cuya norma complementaria es fundamentalmente la Constitución, que es donde se proclaman los derechos fundamentales de la persona (165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002], y 443/2008, de 1 de julio [LA LEY 96268/2008]).

Consiste en una acción de impedimento del ejercicio de un derecho, bien por medio de coacciones, amenazas, engaño o simple negativa; es indiferente el medio con tal que se evidencie su idoneidad a tal fin, obstaculizando, estorbando, dificultando, prohibiendo, conminando o impidiendo la pretendida actuación del derecho. La conducta de «impedir» debe entenderse en sentido amplio, como cualquier conducta que de hecho haga imposible su ejercicio (23 de marzo de 1983 [LA LEY 34429-NS/0000], 2773/1992, de 22 de diciembre [LA LEY 12933/1992], 172/1993, de 8 de febrero [LA LEY 13015/1993], 232/1994, de 7 de febrero [LA LEY 13757/1994], 460/2001, de 23 marzo 2001 [LA LEY 3351/2001], 165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002], y 443/2008, de 1 de julio [LA LEY 96268/2008]).

La conducta de «impedir» se realiza desde luego mediante una acción positiva. No parece que quepa la omisión pura (Consulta núm. 4/1989, de 25 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado), ya que ha de resultar de la expresión legal como delito de omisión, aunque sí admite la omisión impropia o comisión por omisión, que ha de conectarse con la posición de garante en que se encuentre el sujeto que omite, posición de garante que ha de estar configurada en la Ley, derivándose de ello un expreso deber de actuación para facilitar o hacer efectivo el derecho fundamental (165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002]).

Aunque el art. 542 tenga un carácter residual, no es un «cajón de sastre» que permita incardinar en él cualquier actuación administrativa que infrinja una norma legal. «Impedir» (imposibilitar la ejecución de una cosa) el ejercicio de otros derechos cívicos, evidentemente, no es «denegar» (no conceder lo que se pide o solicita), ni expresa ni tácitamente, máxime si se dispone de la posibilidad de combatir jurisdiccionalmente el rechazo de la petición. La conducta típica exige la realización de un quehacer activo dirigido a trabar el ejercicio de los derechos y no una mera desatención o un dar la respuesta por callada (Auto TSJ Andalucía, de 28 de enero de 2003; SAP Barcelona, 2.^a, 34/2001, de 16 de enero, y SAP Barcelona, 2.^a, 348/2001, de 5 de noviembre [LA LEY 1010080/2001]).

Por lo que respecta a los asuntos públicos municipales, en donde son frecuentes los conflictos en esta materia, los Concejales deben tener acceso a los datos y documentación de que disponga la Corporación a la que pertenecen (art. 77 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local: «todos los miembros de las Corporaciones locales tienen derecho a obtener del Alcalde o Presidente de la Comisión de Gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones obren en poder de los servicios de la Corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función»), siendo este derecho una manifestación del más genérico derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal, recogido en el art. 23.1 de la Constitución. En un sistema democrático la oposición puede ser —y de hecho debe ser— molesta para quien ejerce el poder, al realizar sus labores de control, pero ello no legitima en absoluto la utilización abusiva de las facultades de gobierno para entorpecer y obstaculizar su función, impidiendo el ejercicio de derechos —información, documentación, contacto con los ciudadanos, etc.— que las leyes expresamente reconocen y que son inherentes al ejercicio del fundamental derecho a la participación de todos los ciudadanos en los asuntos públicos (165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002], y 443/2008, de 1 de julio [LA LEY 96268/2008]). Ahora bien, el principio de intervención mínima impide la aplicación del Derecho penal para exigir el cumplimiento de una obligación que puede hacerse valer a través de otros mecanismos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, como el recurso contencioso-administrativo, bien a través de la protección jurisdiccional de derechos fundamentales, bien mediante la interposición del recurso en sus modalidades de ordinario o abreviado (Auto TSJ Andalucía, de 28 de enero de 2003; también 838/1998, de 16 de junio).

Elementos subjetivos

Sólo es posible la modalidad dolosa, dolo directo de resultado que abarca todos los elementos objetivos del tipo. El precepto exige que el impedimento se produzca «a sabiendas», es decir, con clara voluntad de impedir el ejercicio de los derechos de los que se conoce pertenecen al sujeto pasivo que intenta actuarlos (165/2002, de 11 de marzo [LA LEY 5529/2002]).

No basta con la objetiva acción impeditiva, sino que es necesario que exista un propósito deliberado de cercenar el ejercicio del derecho, resultando por ello atípicas aquellas conductas que, paralizando momentáneamente o demorando la activación del derecho fundamental, obedecen a un criterio interpretativo del funcionario público que solamente retarda el ejercicio del derecho y la tutela que ello comporta (1020/1995, de 19 de octubre [LA LEY 14789/1995], y 1953/2001, de 23 de octubre [LA LEY 189194/2001]).

Consumación

Se trata de un delito de resultado al exigirse para su consumación que efectivamente haya llegado a producirse la realidad del impedimento. No basta el acuerdo o resolución de impedir, ya que el ciudadano debe no poder ejercitar su derecho precisamente por el obstáculo que para ello supone la actuación del funcionario o autoridad (1953/2001, de 23 de octubre [LA LEY 189194/2001]).

Concursos

Al ser un delito residual su aplicación sólo es posible cuando no exista otra norma específica que, con igual inspiración y finalidad (protección de los derechos cívicos impedidos por un funcionario), prevea el ataque en concreto a uno de tales derechos o de una forma determina-

da (1020/1995, de 19 de octubre [LA LEY 14789/1995], 249/1998, de 24 de febrero [LA LEY 2676/1998], y 460/2001, de 23 de marzo [LA LEY 3351/2001]).

El delito de impedir a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por las leyes y el **delito de prevaricación** constituyen un ejemplo del Concurso de normas que se resuelve a favor de la prevaricación por los principios de especialidad y absorción (art. 8.1.º y 3.º CP), de suerte que el delito de prevaricación resulta incompatible con el de impedimento del ejercicio de los derechos cívicos (784/1997, de 2 de julio [LA LEY 9515/1997], 246/2003, de 21 de febrero [LA LEY 1439/2003], y 443/2008, de 1 de julio [LA LEY 96268/2008]).

CAPÍTULO VI

De los ultrajes a España

Artículo 543.

Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho a España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas, efectuados con publicidad, se castigarán con la pena de multa de siete a doce meses.

CONCORDANCIAS

CE: art. 4.

CP: arts. 208 y 211.

CP 1973: art. 123.

Ley 33/1981, de 5 de octubre, del Escudo de España, así como RD 2964/1981, de 18 de diciembre, sobre el modelo oficial del Escudo de España.

Ley 39/1981, de 28 de octubre, que regula el uso de la bandera de España y otras banderas y enseñas (SSTC 119/1992, de 18 de septiembre [LA LEY 1970-TC/1992], y 118/1992, de 16 de septiembre [LA LEY 1959-TC/1992], que declaran inconstitucionales, respectivamente, los apartados 2 y 3 de su art. 10).

RD 441/1981, de 27 de febrero, sobre especificación técnica de los colores de la bandera de España.

RD 2964/1981, de 18 de diciembre, por el que se hace público el Modelo Oficial del Escudo de España.

RD 2267/1982, de 3 de septiembre, sobre especificación técnica de los colores del escudo de España.

Estatutos de autonomía de cada Comunidad Autónoma.

Elementos objetivos

El objeto material lo constituye la Nación española, el sentimiento de su unidad, el Estado, su forma política, así como sus símbolos y emblemas, siendo dichos símbolos o emblemas, principalmente, la bandera nacional (art. 4 CE) o bandera de España, los de la Comunidad Autónoma respectiva, el himno nacional y el escudo constitucional (SAP Guipúzcoa, 2.ª, de 23 enero 2002).

El término «ultraje» debe ser entendido como equivalente a «injuria», «menosprecio» o «vilipendio», por lo que le es de aplicación lo establecido respecto a las injurias en el art. 208 CP. La dinámica comisiva puede ser verbal, escrita, real e incluso implícita u omisiva (28 de abril de 1989 [LA LEY 890-JF/0000], 7 de febrero de 1990 [LA LEY 12813-R/1990], y 1112/1996, de 26 de diciembre [LA LEY 4079/1997]).

La jurisprudencia ha estimado como integrantes de este delito hechos tales como el quemar una bandera (26 de junio de 1969); el hacer caer deliberadamente al suelo la bandera nacional y arrastrarla (21 de noviembre de 1969); los actos de descolgar, prender fuego y destruir por ignición varias banderas (7 de febrero de 1981 [LA LEY 7420-NS/0000]); sacar con violencia una bandera del lugar en que está sujeta y pisarla (25 de mayo de 1959); retirar la bandera de España del balcón del edificio consistorial (SAP Barcelona, 2.ª, 82/2005, de 25 de enero [LA LEY 19003/2005]); y expresiones escritas que propenden el incendio de la bandera y la acción de pisarla, así como la difusión de la imagen de la bandera ardiendo (SAN, 3.ª, 61/2008, de 1 de diciembre [LA LEY 175897/2008]).

Elementos subjetivos

Es un delito intencional. Determinadas expresiones o actos son de tal modo insultantes o agraviantes (quemar una bandera) que el ánimo de injuriar y de menospreciar se encuentra ínsito en ellos, no siendo precisa mayor prueba, que en cambio sí se exige para acreditar la posible existencia de otros ánimos (6 de diciembre de 1985 [LA LEY 67784-NS/0000], 15 de marzo de 1989 y 3 de noviembre de 1989 [LA LEY 12635-R/1990], y 1112/1996, de 26 de diciembre [LA LEY 4079/1997]).

El derecho a la libertad de expresión (art. 20 CE) no es un derecho absoluto capaz de dejar sin efecto el *animus iniuriandi*, ya que la propia Constitución le señala sus justos límites, y cuando se traspasan los límites reconocidos a los derechos fundamentales y libertades públicas para ejecutar acciones de descrédito y menosprecio como los realizados a la bandera de España, tal conducta antijurídica encuentra su punición en el Código Penal como ultraje a la bandera (7 de febrero de 1990 [LA LEY 12813-R/1990]).

TÍTULO XXII

DELITOS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

CAPÍTULO I

Sedición

Artículo 544.

Son reos de sedición los que, sin estar comprendidos en el delito de rebelión, se alcen pública y tumultuariamente para impedir, por la fuerza o fuera de las vías legales, la aplicación de las Leyes o a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público, el legítimo ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus acuerdos, o de las resoluciones administrativas o judiciales.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 472, 475 y 550.
CPM: arts. 91 y ss.
CP 1973: arts. 218 y ss.
LPPNA (§ 2.4): arts. 20 a 27.
LOPJ: art. 23.3.c).
Ver jurisprudencia art. 472 CP (rebelión).

Aspectos generales

El delito de sedición, forma colectiva y tumultuaria de alzamiento, «rebelión en pequeño» según frase decimonónica, fue conocido en el Derecho Romano con el nombre de Tumultos, en las Partidas, con el de asonada —«ayuntamiento que hacen las gentes unas contra otras para hacerse mal»—, y en el Título XI de la Nueva Recopilación, con el de «juntas tumultuarias», incorporándose a la legislación codificada en el art. 280 del Código de 1822, que lo define como levantamiento, ilegal y tumultuario, de un número mayor o menor de personas con el fin de entorpecer la acción gubernamental, encontrándose ya en todos los siguientes Códigos Penales, siendo conocida esta infracción por otras legislaciones como la inglesa, que lo denomina «asamblea sediciosa», o la alemana, que lo distingue con los apelativos de «motín» y «tropol de gentes», mientras que en otras se confunde con el delito de rebelión (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

Ha de ser necesariamente plural, ya que en caso contrario podría confundirse esta figura con el atentado, la resistencia o la desobediencia. Los términos legales «se alcen» y «tumultuariamente» evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

Sujeto pasivo

Variadísimo, pues el tipo se refiere a cualquier autoridad, corporación oficial o funcionario público (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

Conducta típica

Se requiere un **alzamiento**, esto es, un levantamiento, sublevación o insurrección dirigidos contra alguno de los objetivos del art. 544, es decir, el orden jurídico establecido, el normal funcionamiento de determinadas instituciones, etc. Ese alzamiento ha de ser **público**, esto es, abierto, exteriorizado, perceptible, patente y manifiesto, así como **tumultuario**, lo que equivale a gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impediría la aplicación de este precepto de tratarse de un alzamiento organizado y ordenado (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

Un sector de la doctrina considera que por alzamiento público y tumultuario debe entenderse todo levantamiento, sublevación o insurrección realizados de forma colectiva, produciendo conmoción, y dirigidos a la consecución de los mencionados fines. Otro sector de la doctrina entiende

que la palabra «tumultuario» no puede tener otra significación que la de «abierta hostilidad», por ser característico al delito de sedición un cierto contenido de violencia, que no tiene por qué ser física ni entrañar el uso de la fuerza, pero que ha de vivificarse necesariamente en actitudes intimidatorias, amedrentatorias, etc. (Auto TSJ País Vasco 11/2005, de 1 de marzo).

Es un delito de **tendencia**, es decir, el alzamiento ha de encaminarse necesariamente a la consecución de alguno de los objetivos señalados... **por la fuerza**, esto es, con violencia —absoluta, compulsiva y recayente sobre las personas como sobre las cosas— o **fuera de las vías legales**, es decir, de modo ilícito, ilegítimo o ilegal y no a través de recursos o procedimientos de reclamación o de disconformidad que la Ley arbitre o prescriba (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

En definitiva, el delito de sedición consiste en colocarse en actitud de violencia, desorden, rebeldía, motín o insurrección (5 de abril de 1983 [LA LEY 7722-JF/0000]).

Consumación

Se trata de un delito de mera actividad que, por tanto, se consuma con el simple alzamiento, aunque no se hayan logrado los fines propuestos, por lo que no tiene cabida la tentativa (10 de octubre de 1980 [LA LEY 5672-JF/0000]).

Artículo 545.

1. Los que hubieren inducido, sostenido o dirigido la sedición o aparecieren en ella como sus principales autores, serán castigados con la pena de prisión de ocho a diez años, y con la de diez a quince años, si fueran personas constituidas en autoridad. En ambos casos se impondrá, además, la inhabilitación absoluta por el mismo tiempo.

2. Fuera de estos casos, se impondrá la pena de cuatro a ocho años de prisión, y la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 28.a) y 473.

CPM: arts. 91 y ss.

Artículo 546.

Lo dispuesto en el art. 474 es aplicable al caso de sedición cuando ésta no haya llegado a organizarse con jefes conocidos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 474 y 545.

Artículo 547.

En el caso de que la sedición no haya llegado a entorpecer de un modo grave el ejercicio de la autoridad pública y no haya tampoco ocasionado la perpetración de otro delito al que la Ley señale penas graves, los Jueces o Tribunales rebajarán en uno o dos grados las penas señaladas en este capítulo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 33.2, 544 y 545.

CPM: art. 92.

Artículo 548.

La provocación, la conspiración y la proposición para la sedición serán castigadas con las penas inferiores en uno o dos grados a las respectivamente previstas, salvo que llegue a tener efecto la sedición, en cuyo caso se castigará con la pena señalada en el primer apartado del art. 545, y a sus autores se los considerará promotores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17, 18 y 545.

Artículo 549.

Lo dispuesto en los arts. 479 a 484 es también aplicable al delito de sedición.

CONCORDANCIAS

Concordancias de los arts. 479 a 484 CP.

A los reos de sedición también se les puede aplicar la excusa absolutoria o la reducción de pena del art. 480 CP. Ya se indicó en la jurisprudencia de dicho artículo que la excusa absolutoria obedece a razones de política criminal del legislador, que ante la concurrencia de una serie de circunstancias exime de pena a los partícipes de un acto típico penalmente, antijurídico, imputable y culpable. En cuanto a la atenuación de la pena —art. 480.1 CP—, para que pueda ser aplicada al delito de sedición resulta preciso, no sólo que la categoría de los posibles beneficiarios no exceda de la de meros ejecutores, sino también que la sumisión o sometimiento a la Autoridad hubiera tenido lugar antes de la intimación o después de ella, pero como consecuencia de la misma, por lo que si la actividad ilícita de los sediciosos cesara después de haberse producido la intimación, aunque no como consecuencia de ésta, sino por haberse agotado ya el delito, una vez conseguidos los fines propuestos, no procederá la aplicación de la atenuación (5 de abril de 1983 [LA LEY 7722-JF/0000]).

CAPÍTULO II

**De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos,
y de la resistencia y desobediencia****Artículo 550.**

Son reos de atentado los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 556 y 562.

CPM: arts. 86 a 88, 98, 99 y 186.

LOPJ: art. 23.3.g).

LPPNA (§ 2.4): arts. 45 y 48 a 50.

LOCFS: art. 7.2.

LOPSC: art. 26.h).

Bien jurídico protegido

Más que el tradicional principio de autoridad, lo constituye la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones públicas (361/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4991/2002]).

La jurisprudencia tradicionalmente ha considerado que el bien jurídico protegido radica en la necesidad que toda sociedad organizada tiene de proteger la actuación de los agentes públicos, para que éstos puedan cumplir sus funciones de garantes del orden y de la seguridad. En consecuencia, derivaba sus conclusiones hacia la existencia, en todo delito de atentado, de un propósito de atacar al **principio de autoridad** que estos agentes encarnaban. Sin embargo, esta idea ha ido evolucionando. En una sociedad democrática, en la que rigen una jerarquía de valores distinta a las de un régimen autoritario, no es adecuado identificar el bien jurídico protegido con el principio de autoridad, sino en la **necesidad de que los agentes públicos, que actúan al servicio de los ciudadanos, gocen de la posibilidad de desempeñar sus funciones de garantía y protección sin interferencias ni obstáculos**, siempre que actúen en el ejercicio legítimo de su cargo. En caso contrario, se resentiría la convivencia ciudadana, que se vería seriamente afectada por acciones que suponen un peligro para la misma y que deben ser atajadas y perseguidas (950/2000, de 4 de junio [LA LEY 114757/2000]).

Elementos objetivos*Sujetos pasivos*

La autoridad, agente de la autoridad o funcionario público —art. 24 CP—, que se encuentre en el desempeño de sus funciones; o con ocasión de ellas, es decir, que el hecho haya sido motivado por una actuación anterior en el ejercicio de tales funciones, pues no es necesaria una coincidencia temporal entre la ejecución del acto y el ejercicio de la autoridad, bastando con que la agresión objetivamente aparezca conectada con actos propios de la autoridad (695/1996,

de 15 de octubre [LA LEY 10376/1996], 708/2005, de 2 junio [LA LEY 2024734/2005], y 74/2006, de 24 enero [LA LEY 11037/2006]).

Cuando el sujeto pasivo del atentado se excede de sus funciones o abusa notoriamente —no levemente— de su cometido, pierde la cualidad que fundamenta la protección penal y se convierte en un mero particular, impidiendo la condena por atentado del sujeto activo que reacciona violentamente frente a tal exceso (169/1993, de 3 de febrero [LA LEY 2726-5/1993], 1042/1994, de 20 de mayo [LA LEY 27356-JF/0000], 69/1996 de 26 de enero [LA LEY 2590/1996], y 794/2007, de 26 de septiembre [LA LEY 165811/2007]).

En cuanto al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público. Teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común, realizadas por órganos públicos. La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos. Así, en la Sentencia 1292/2000, de 10 de julio [LA LEY 9530/2000], se dice que «lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública». En la Sentencia 68/2003, de 27 de enero [LA LEY 12333/2003], luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que «cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública». También en la Sentencia 866/2003, de 16 de junio [LA LEY 2657/2003], se entendió que lo «verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos».

En relación con delitos de atentado, la jurisprudencia ha considerado víctima funcionario público a un Catedrático de Universidad agredido por un alumno al que había suspendido (26 de febrero de 1991 [LA LEY 32481-JF/0000]); a los integrantes de una Comisión de una Cámara Provincial Agraria (22 de julio de 1988 [LA LEY 3422-JF/0000]); a los Médicos y Enfermeras de la Seguridad Social, por cuanto una «actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración Pública (1183/1993, de 20 de mayo [LA LEY 3576-5/1993], y 1030/2007, de 4 de diciembre), siendo «el Médico adscrito a un servicio como la Seguridad Social, hombre dedicado a velar por función tan importante, como la salud pública» (7 de abril de 1981 [LA LEY 6320-JF/0000]); y al Director-Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, afirmado que «la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio. Para una correcta determinación del ca-

rácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de éstas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas» (876/2006, de 6 de noviembre [LA LEY 128735/2006]).

Conducta típica

Nuestra jurisprudencia tiene sentado que el riguroso tratamiento penal del delito de atentado a la Autoridad en el Código Penal de 1995 «impone una interpretación del tipo sujeto al fundamento material de su incriminación, contando con la perspectiva del principio de proporcionalidad». De ahí se deriva, como criterio general, la pertinencia de excluir del tipo aquellas conductas de menor entidad que ni gramatical ni racionalmente puedan ser calificadas de atentado sin forzar exageradamente el sentido del término (920/1996, de 25 de octubre [LA LEY 9747/1996], 1453/1999, de 19 de octubre [LA LEY 479/2000], 740/2001, de 4 mayo [LA LEY 5288/2001], 883/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226024/2008], y 77/2009, de 5 de febrero [LA LEY 2651/2009]).

El **acometimiento**, que es la forma comisiva más característica del tipo, significa embestida o arrojamiento con ímpetu sobre una persona, y equivale a agresión y ataque físico, de mayor medida cualitativa y cuantitativa que el simple **uso de fuerza**, a la que supera por su insistencia, por sus efectos, por su consistencia. Puede cometerse de forma directa —golpes, empujones, etc.— o indirectamente a través del empleo de medios o instrumentos de ataque —lanzamiento de piedras, objetos o líquidos inflamables, etc.— (2658/1993, de 24 de noviembre [LA LEY 2068/1994], 338/1999, de 8 de marzo [LA LEY 3896/1999], y 326/2008, de 6 de junio [LA LEY 74051/2008]).

La **intimidación** del delito de atentado, muchas veces absorbida por las otras conductas agresivas, se ha concebido en términos generales como el anuncio o la conminación de un mal inminente, **grave**, concreto y posible, susceptible de despertar un sentimiento de angustia o temor ante el eventual daño, provocando una coacción anímica intensa. Es frecuente, por tanto, detectar la nota de **inminencia** cuando la jurisprudencia habla de la intimidación que se cierne sobre la autoridad o funcionario, aprovechando así para diferenciar esta figura del delito de amenazas, en que el mal anunciado es futuro. De hecho, las otras tres conductas típicas contenidas en el art. 550 —acometimiento, empleo de fuerza o resistencia activa grave— suponen el despliegue de un ataque coactivo inmediato a la autoridad o a sus agentes (670/1996, de 3 de octubre [LA LEY 9753/1996], y 1183/2001, de 13 de junio [LA LEY 6049/2001]). El hecho de esgrimir o empuñar un arma blanca contra agentes de la autoridad como elemento disuasorio frente a su legítima actuación constituye un acto de intimidación que debe valorarse como grave, sin perjuicio de que las circunstancias concretas del caso pudieran variar esta calificación (470/2004, de 6 de abril [LA LEY 12706/2004]).

La **resistencia** consiste en el ejercicio de una fuerza eminentemente física, que supone el resultado exteriorizado de una oposición resuelta al cumplimiento de aquello que la autoridad a sus agentes conceptúan necesario, en cada caso, para el buen desempeño de sus funciones. Debe

manifestarse de forma activa y alcanzar el carácter de **grave** (966/2000, de 5 de junio [LA LEY 9345/2000], y 218/2003, de 18 de febrero [LA LEY 1790/2003]; ATS 65/2002, de 11 de enero), que es aquella oposición activa, violenta, hostil, abrupta y hasta clamorosa (951/1995, de 2 de octubre [LA LEY 14740/1995]; ATS 10 de mayo de 2000).

Elementos subjetivos

Consiste, por una parte, en el conocimiento de la calidad de autoridad, agente de la autoridad o funcionario público de la persona sobre la que se ejerce la violencia o intimidación (909/1992, de 22 de abril, 1990/1992, de 24 de septiembre [LA LEY 1829-5/1993], y 256/2004, de 25 de febrero [LA LEY 48395/2004]) y, por otra parte, en el dolo específico de menoscabar, ofender, denigrar o desconocer el principio de autoridad, que puede ser directo, cuando el sujeto activo busca primordialmente tal ofensa al principio de autoridad, o dolo de consecuencias necesarias, si no se quiere principalmente vejar a la autoridad, pero se acepta como consecuencia necesaria de una actuación en que se persiguen otros fines (840/1998, de 16 de junio [LA LEY 7840/1998], 747/1999, de 11 de mayo [LA LEY 8726/1999], y 265/2007, de 9 de abril [LA LEY 11212/2007]; ATS 3152/2000, de 27 de diciembre).

El deseo de menospreciar y vulnerar la función pública que la autoridad, el agente de la autoridad o el funcionario público encarna y representa (72/2002, de 21 de enero [LA LEY 3696/2002]).

El propósito de evitar o impedir que el agente de la autoridad pueda desempeñar legítimamente y sin trabas las funciones de garantía y protección social que tiene atribuidas (950/2000, de 4 de junio [LA LEY 114757/2000]; ATS 1 de octubre de 2001).

Este ánimo de ofender o causar daño al principio de autoridad no es un elemento del delito diferente al dolo. En el delito de atentado sólo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más (2012/2004, de 8 octubre [LA LEY 14065/2004]).

Este ánimo tendencial y específico se presume si el sujeto activo conoce el carácter público de la víctima (431/1994, de 3 de marzo [LA LEY 13826/1994], y las que allí se citan), aunque la presunción perece si se prueba la existencia de un móvil divergente que por su entidad vendría a anular ya no sólo el dolo sino el propio injusto de este delito (14 febrero 1992 [LA LEY 1421/1992], 69/1996, de 26 de enero [LA LEY 2590/1996], 747/1999, de 11 de mayo [LA LEY 8726/1999], 778/2003, de 29 de mayo [LA LEY 13092/2003], y 98/2007, de 16 de febrero [LA LEY 9735/2007]).

Por consiguiente, se elimina este elemento subjetivo del injusto si el sujeto activo desconocía la condición de agente de la autoridad de la persona a la que acometía, siendo evidente que en esa situación no puede existir delito de atentado (876/2008, de 9 de diciembre [LA LEY 226040/2008]).

Representa un caso especial, relativamente frecuente, aquel en que un delincuente trata de huir con un automóvil al ser sorprendido o perseguido por agentes de la autoridad. Hay que distinguir dos supuestos: a) cuando el delincuente actúa intencionadamente contra el agente dirigiendo contra él su vehículo, en cuyo caso existe un delito de atentado consumado, aunque el atropello no llegara a producirse, porque ello constituye un acto de acometimiento; y b) cuando, sin tal intención, hay huida arriesgada por parte del delincuente con peligro para las personas que

podieran encontrarse en el lugar (agentes de la autoridad o simples peatones), en cuyo caso, si se produce un resultado lesivo, podría existir un delito de lesiones imprudentes o, en caso contrario, un delito contra la seguridad del tráfico, pero nunca un delito de atentado (26 de abril de 1990 [LA LEY 13007-R/1990], y 827/1992, de 3 de abril [LA LEY 1827/1992]). Si bien la Sentencia 2012/2004, de 8 octubre [LA LEY 14065/2004], considera que el ánimo de huir no elimina el conocimiento de que se está actuando de modo violento contra unos funcionarios que se encuentran en el ejercicio de los deberes de su cargo; esa intención final de huir eliminaría el dolo directo de primer grado, pero no el dolo eventual, es decir, que el conductor tuvo forzosamente que prever y aceptar la posibilidad (o probabilidad) de que, de alguna manera, atropellaría a alguno de los varios agentes de la autoridad que allí se encontraban (ver también 676/2005, de 16 mayo [LA LEY 2017471/2005], 984/2006, de 13 de octubre [LA LEY 135292/2006], 265/2007, de 9 de abril [LA LEY 11212/2007], y 672/2007, de 19 de julio [LA LEY 79330/2007]).

Y es que existe abundante jurisprudencia que reconoce la posibilidad legal de que el atentado se cometa con **dolo eventual**, cuando el ataque a los funcionarios es una consecuencia necesaria de la actuación emprendida (156/2008, de 8 de abril [LA LEY 26047/2008]).

Consumación

Al estar constituido el núcleo del delito de atentado por el ataque a la función pública que encarna el sujeto pasivo y cuyo respeto es necesario para la convivencia en una sociedad democrática, es un **delito de pura actividad**, que por tanto se perfecciona con el simple ataque en cualquiera de las cuatro formas previstas en el tipo, aunque éste no llegue a consumarse en la persona del sujeto pasivo atacado (72/2002, de 21 de enero [LA LEY 3696/2002]), es decir, aunque no se llegue a golpearle o agredirle materialmente (652/2004, de 14 de mayo [LA LEY 1930/2004], y 146/2006, de 10 de febrero [LA LEY 11161/2006]). Así, por ejemplo, basta con apuntar a un agente con un arma cargada, obligándole a tirarse al suelo ante la eventualidad del disparo (891/1995, de 10 de julio [LA LEY 2695/1995], y 338/1999, de 8 de marzo [LA LEY 3896/1999]). El resultado lesivo del sujeto pasivo se castiga independientemente si concurre (369/2003, de 15 de marzo [LA LEY 12088/2003], y 672/2007, de 19 de julio [LA LEY 79330/2007]).

Coautoría

Es coautor de un delito de atentado aquel que se une a un grupo de personas que han iniciado ya una agresión contra los policías, añadiéndose a los que intentan perfeccionarla, lo que integra ese aporte causal exigido por la jurisprudencia. No nos referimos a una persona que se halla en un grupo y uno o algunos de sus componentes realiza alguna conducta agresiva, no buscada por esa persona. Hablamos de una integración en el grupo agresor precisamente para sumar su conducta al de éste, contribuyendo de esta forma a conseguir finalmente el resultado. Es lo que se denomina **principio de imputación recíproca** de las distintas contribuciones al resultado y en cuya virtud se entiende que todos aceptan implícitamente lo que cada uno vaya a hacer, siendo suficiente que el acuerdo surja durante la ejecución —coautoría adhesiva o incluso sucesiva—. No hay que olvidar que en las agresiones producidas por un grupo numeroso de personas, la participación en la masa contribuye a fomentar la agresividad de la misma tanto por el aumento del estímulo de ataque en virtud de la seguridad proporcionada por superar en número al adversario, como por la confianza que proporciona el favorecimiento de la impunidad obtenida al dificultar la identificación de los individuos que la componen (SAP Madrid, 3.ª, 26/2009, de 26 de enero [LA LEY 8266/2009]).

Concursos

Al ser el bien jurídico protegido uno y único, la actividad agresiva frente a varios agentes de la autoridad o funcionarios no da vida a tantos atentados cuantos agentes o funcionarios existan, sino a una sola infracción. Cuestión distinta es que esa actividad implique también un ataque contra la vida o la integridad física, en cuyo caso existirán tantos delitos de lesiones u homicidios como víctimas, unidos en concurso ideal con aquel único delito de atentado (650/1993, de 22 de marzo [LA LEY 3143-5/1993], 1437/2000, de 25 de septiembre [LA LEY 1822/2001], 72/2002, de 21 de enero [LA LEY 3696/2002], y 226/2009, de 26 de febrero [LA LEY 14398/2009]).

Artículo 551.

1. Los atentados comprendidos en el artículo anterior serán castigados con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado fuera contra autoridad y de prisión de uno a tres años en los demás casos.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de las Corporaciones locales, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 550, 552 a 555 y 572.2.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: art. 7.2.

El núm. 2 de este art. 551 ha sido redactado por el apartado 7.º del art. 1 de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, que entró en vigor el 24 diciembre 2000. Anteriormente, el núm. 2 decía:

«2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, si la autoridad contra la que se atentare fuera miembro del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, del Congreso de los Diputados, del Senado o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, del Consejo General del Poder Judicial o Magistrado del Tribunal Constitucional, se impondrá la pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses».

La reforma de diciembre de 2000 incluyó entre los sujetos pasivos del apartado 2 a las autoridades miembros de las Corporaciones Locales.

Artículo 552.

Se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas en el artículo anterior siempre que en el atentado concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Si la agresión se verificara con armas u otro medio peligroso.

2.ª Si el autor del hecho se prevaliera de su condición de Autoridad, agente de ésta o funcionario público.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.7.ª, 24, 67 y 551.

«Medio peligroso» es todo instrumento con un poder mortífero o vulnerante potenciando o consolidando la fuerza que naturalmente secunda la aviesa intención de su portador (6 de noviembre de 1990, y 1401/1999, de 8 de febrero de 2000 [LA LEY 5010/2000]), de lo que resulta que han de integrarse en ese concepto aquellos medios que objetivamente sean potencialmente peligrosos para la vida e integridad física, aumentando o potenciando la capacidad agresiva del autor, con independencia del resultado lesivo, cuya entidad no siempre guarda proporción —en más o en menos— con la entidad y gravedad del medio empleado (60/2008, de 23 de enero [LA LEY 12942/2008]). En ese sentido, la jurisprudencia ha declarado medios peligrosos la utilización de armas, de objetos vulnerantes y de automóviles (2188/2001, de 24 de noviembre, y 672/2007, de 19 de julio [LA LEY 79330/2007]) dirigidos contra un agente de la autoridad «porque el medio utilizado representó un peligro potencial y real para la vida y la integridad física del agente de la autoridad» (950/2000, de 4 de junio [LA LEY 114757/2000]). Sin embargo, ha excluido esa calificación respecto al hecho de tirar piedras y objetos a los agentes de la autoridad dada la indeterminación del sujeto pasivo al no «precisar la distancia e intensidad del lanzamiento» (1604/2000, de 21 de octubre [LA LEY 837/2001]). En definitiva, el medio peligroso que requiere la agravación en el delito de atentado es un instrumento con capacidad objetiva de lesionar al bien jurídico vida o de integridad física (2003/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 2379/2001]). El hecho de apuntar con un arma de fuego a un agente de la autoridad integra el tipo básico del atentado; para que se aplique el subtipo agravado es necesario que el arma se utilice como medio de agresión y no de intimidación (210/2004, de 23 de febrero [LA LEY 46278/2004]).

No obstante, nuestra jurisprudencia, atendiendo al fundamento material de la incriminación de estas infracciones y al criterio de proporcionalidad, viene señalando que el subtipo agravado del apartado 1 de este artículo debe interpretarse restrictivamente, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada supuesto para constatar si efectivamente un instrumento que genéricamente puede calificarse de peligroso, en su modo concreto de utilización merece también dicha calificación, es decir, atendiendo a si concurren en el caso concreto las condiciones que, de modo material y no meramente formal, justifican la agravación (2003/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 2379/2001], y 1828/2001, de 16 de octubre [LA LEY 1258/2002]).

Artículo 553.

La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores, será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17, 18 y 550 a 552.

Artículo 554.

1. El que maltratase de obra o hiciere resistencia activa grave a fuerza armada en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será castigado con las penas establecidas en los arts. 551 y 552, en sus respectivos casos.

2. A estos efectos, se entenderán por fuerza armada los militares que, vistiendo uniforme, presten un servicio que legalmente esté encomendado a las Fuerzas Armadas y les haya sido reglamentariamente ordenado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 550 y 556.

CPM: arts. 10, 85 y 86.

Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: art. 7.3.

Artículo 555.

Las penas previstas en los arts. 551 y 552 se impondrán en un grado inferior, en sus respectivos casos, a los que acometan o intimiden a las personas que acudan en auxilio de la autoridad, sus agentes o funcionarios.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 550, 551 y 552.

Artículo 556.

Los que, sin estar comprendidos en el art. 550, resistieren a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 224, 225 bis, 227, 326.b), 380, 410, 411, 412, 463, 502, 550, 618.2, 622 y 634.

CPM: arts. 63 y 187.

LOPJ: arts. 192 y 193.

LECrin.: arts. 215, 420, 569, 575, 716 y 764.4.

LPSC: arts. 26.h).

LO 4/1981, de 1 de junio, sobre los Estados de Alarma, Excepción y Sitio: art. 10.1.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres: art. 33.1.

Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza: art. 51.1.º.

Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles: art. 16.2.d).

Delito de resistencia no grave a la autoridad o a sus agentes

La resistencia, la desobediencia y, en su caso, el atentado son conductas reactivas frente a un orden o actuación de la autoridad y sus agentes que, en el ejercicio de sus funciones, pretenden que se cumplan determinadas decisiones que están encaminadas al mantenimiento del orden público (388/2009, de 3 de abril [LA LEY 40419/2009]).

Tanto el delito de resistencia como el delito de atentado del art. 550 responden a una misma consideración, a una misma finalidad incriminatoria, al mismo ámbito y a la misma naturaleza jurídica, siendo el primero **residual** respecto del segundo (966/2000, de 5 de junio [LA LEY 9345/2000], 1351/2000, de 21 de julio [LA LEY 11200/2000], y 361/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4991/2002]). Nos encontramos así ante una graduación en estas conductas que, de mayor a menor, comienza en la resistencia activa e intensa —delito de atentado del art. 550—, continúa en la resistencia simple, pasiva o menos grave —art. 556—, y termina con la resistencia leve que viene a constituir una modalidad de la desobediencia prevista en la falta del art. 634 (883/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226024/2008], 388/2009, de 3 de abril [LA LEY 40419/2009], y SAP, 2.ª, Castellón, 412/2005, de 7 diciembre).

Tradicionalmente nuestra jurisprudencia venía entendiendo que el delito de resistencia se refería exclusivamente a comportamientos de pasividad, asignando al delito de atentado todas las conductas activas (por todas, 1042/1994, de 20 de mayo [LA LEY 27356-JF/0000]). Este criterio tan radical, sin embargo, se ha ido atenuando dando entrada en el tipo de resistencia no grave a comportamientos de oposición activos al lado del pasivo que no comportan acometimiento propiamente dicho (361/2002, de 4 de marzo [LA LEY 4991/2002]). En consecuencia, el atentado se aplica a los supuestos de **resistencia activa grave** —en concordancia, además, con la redacción legal del art. 550—, mientras que en el delito de resistencia del art. 556 tienen cabida, junto a los supuestos de **resistencia pasiva**, otros de **resistencia activa** que **no** estén revestidos de dicha nota de **gravedad** (665/1996, de 3 de octubre [LA LEY 9735/1996], 303/1997, de 11 de marzo [LA LEY 4592/1997], 853/2000, de 12 de mayo [LA LEY 7490/2000], 2404/2001, de 22 de diciembre [LA LEY 3099/2002], 819/2003, de 6 de junio [LA LEY 13032/2003], 883/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226024/2008], y 77/2009, de 5 de febrero [LA LEY 2651/2009]).

De la anterior doctrina se deriva una ampliación del tipo de la resistencia, haciéndolo compatible con actitudes activas; pero ello sólo cuando éstas sean respuesta a un comportamiento del agente o funcionario, por ejemplo —es el caso más frecuente—, cuando la Policía trata de detener a un sujeto y éste se opone dando manotazos o patadas contra aquél. No cabe aplicar el delito de resistencia en los casos en que sin tal actividad previa del funcionario, es el particular el que toma la iniciativa agrediendo, pues en estos supuestos no se puede decir que hubo resistencia activa, sino acometimiento o agresión (819/2003, de 6 de junio [LA LEY 13032/2003], y 883/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 226024/2008]).

En definitiva, en la resistencia no grave del art. 556 no existe agresión o acometimiento, sino una oposición al mandato o actuación de la autoridad o de sus agentes, «una traba u obstrucción

persistente y declarada porfía, una tenaz y resuelta rebeldía, una actitud de contrafuerza física o material contrarrestadora o debilitante, sin alcanzar la beligerante agresividad y la formal iniciativa violenta, patente en su hostilidad y resolvente en sus consecuencias, características de la resistencia grave del art. 550». Sin perjuicio de que en la resistencia no grave pueda concurrir alguna manifestación de violencia, de tono moderado y de características más bien defensivas y neutralizadoras, como sucede en los supuestos de forcejeos del sujeto con los agentes de la autoridad (912/2005, de 8 julio [LA LEY 2025527/2005], y 136/2006, de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 1679/2007]).

Ni aun en aquellos supuestos de actuaciones por parte de los agentes de la autoridad objetivamente no conformes a derecho y, por tanto, ilegítimas, bien por hallarse en cuanto tales fuera de la norma o porque lo estuviera la calidad del trato inferido a los afectados por la intervención, nuestra jurisprudencia reconoce a dichos afectados, como supuesto derecho, el de reaccionar de cualquier modo (1042/1994, de 20 de mayo [LA LEY 27356-JF/0000], 1294/1994, de 24 de junio, 1534/2002, de 18 de septiembre [LA LEY 423/2003], y 24/2006, de 19 enero [LA LEY 10901/2006]).

Lo normal es que la resistencia, desobediencia o atentado se produzca en el exterior de las Comisarías y que ello suponga una alteración de lo que conceptualmente se engloba como orden público y que obliga a las autoridades o a sus agentes a utilizar la fuerza de modo proporcional para hacer cumplir la orden o reducir al renuente. Es más difícil, pero no imposible, que esta conducta de atentado, resistencia o desobediencia se produzca en el interior de los recintos policiales, pero en estos casos, es necesario ponderar la desigualdad de situaciones, la absoluta superioridad de los agentes de la autoridad y la afectación al orden público (388/2009, de 3 de abril [LA LEY 40419/2009]).

Delito de desobediencia grave

Bien jurídico protegido

Como ocurre con todos los delitos de este Título XXII, el **bien jurídico protegido** también es el orden público, entendido como orden jurídico, como paz social, como clima de tranquilidad en la esfera no íntima o privada de los ciudadanos, o como coexistencia social, pacífica y adecuada de las relaciones interindividuales (STC 161/1997, de 2 de octubre [LA LEY 10013/1997]).

Elementos objetivos

Desobedecer es no obedecer, no hacer lo que se ordena, manda o preceptúa, o hacer lo que se ha prohibido o impedido, realizándose por el sujeto aquello que venía obligado a no llevar a cabo (Sala de lo Civil y Penal del TSJPV, Auto de 2 de febrero de 2007 [LA LEY 9003/2007]). Por consiguiente, el delito de desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes consta de los siguientes elementos: a) una orden emanada de la Autoridad o sus agentes, en el ejercicio de las funciones de su cargo, comprensiva de un mandato legítimo que deriva de sus facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones ni excesos; b) que la orden sea expresa, concreta, terminante y clara de hacer o no hacer una específica conducta que se ha de acatar sin disculpas; c) que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada al obligado a cumplirla, de manera que éste haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido, sin que sea preciso que conlleve el expreso apercebimiento de incurrir en delito de desobediencia caso de incumplimiento; d) la conducta omisiva de dicho destinatario, que desatiende y no cumple la or-

den; y e) la desobediencia ha de ser grave, al objeto de delimitar este delito de la falta del art. 634, al no haber una diferencia ontológica entre ambas clases de infracciones, sino meramente cualitativa (5 de julio de 1989 [LA LEY 124038-NS/0000], 578/1993, de 16 de marzo [LA LEY 3106-5/1993], 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003], 1615/2003, de 1 de diciembre [LA LEY 198759/2003], 1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005], 285/2007, de 23 de marzo [LA LEY 11519/2007], y 394/2007, de 4 de mayo [LA LEY 23149/2007]). Debe ser una negativa manifiesta, tenaz, persistente, contumaz, franca y terminante, de la que se infiera la voluntad de no cumplir, excluyéndose por tanto el incumplimiento debido a la negligencia u olvido (19 de noviembre de 1990 [LA LEY 3427/1990], y 821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003]). La negativa no tiene por qué expresarse de manera contundente y explícita empleando frases o realizando actos que no ofrezcan dudas sobre la actitud desobediente; basta con que se adopte una reiterada y evidente pasividad a lo largo del tiempo sin dar cumplimiento al mandato (485/2002, de 14 de junio [LA LEY 1212290/2002]). La obstinación, contumacia o resistencia al cumplimiento de la orden por el obligado no significa o requiere de suyo una pluralidad de acciones repetitivas de oposición frente a mandatos sucesivos, sino que basta un solo incumplimiento inequívoco de un único requerimiento, pues ello revela por sí solo la renuencia del mismo a acatar lo obligado (1219/2004, de 10 de diciembre [LA LEY 252/2005]; SAP Las Palmas, 2.ª, 134/2009, de 16 de febrero [LA LEY 62858/2009]).

La desobediencia se diferencia, pues, de la resistencia en que ésta es una acción eminentemente física de oposición, resuelta y eficaz, al cumplimiento de aquello que la Autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones; en tanto que el concepto de desobediencia es más omisión espiritual, pura inercia ante el mandato autoritario, pero sin llegar a oposición material o de contrafuerza que lo neutralice (SAP Castellón, 2.ª, 412/2005, de 7 diciembre).

Un caso especial lo constituye la **desobediencia grave a una resolución judicial**, y en concreto los supuestos frecuentes de incumplimiento grave de las obligaciones familiares acordadas en Sentencia o en un convenio judicialmente aprobado en el marco de un proceso de familia, especialmente las referentes al régimen de visitas por el progenitor no custodio, pues las visitas no son sólo un derecho de los progenitores, sino también una de las concretas obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC), en cuanto que aquellos deben velar por los hijos, educarlos y procurarles una formación integral, lo que implica un necesario contacto con los mismos siempre que sea posible. Tanto la doctrina como la jurisprudencia son unánimes al señalar que el mero incumplimiento de una Sentencia, o de una resolución administrativa, no es punible, ya que el remedio jurídico que el ordenamiento prevé en ese caso no es la respuesta penal, sino la ejecución forzosa; se trata también de una exigencia clara del principio de intervención mínima del Derecho penal. Por eso el mero incumplimiento del régimen de visitas pactado o fijado en una resolución judicial, no constituye ilícito penal, pudiendo la parte afectada utilizar la vía civil de ejecución forzosa prevista en el art. 776 LEC. Se trata de evitar la instrumentalización de la justicia penal, acudiendo en primer lugar al Juez Civil para que pueda adoptar las medidas precautorias o cautelares para conseguir subsanar el problema suscitado, recurriendo incluso a las Fuerzas de Seguridad, y sólo al Juez Penal cuando tras el requerimiento judicial por el Juez Civil se mantiene la situación de incumplimiento. Por esa razón, para que ese incumplimiento sea penalmente punible, la jurisprudencia menor mayoritariamente se inclina por la necesidad de que exista un requerimiento judicial previo, específico y personal al infractor para que cumpla lo estipulado en el convenio regulador o en la Sentencia, si bien hay Audiencias Provinciales

(SAP Valencia, 4.^a, 179/2001, de 6 de julio [LA LEY 970720/2001], SAP Toledo, 2.^a, 45/2003, de 4 de abril [LA LEY 1439156/2003], y SAP Orense, 2.^a, 69/2003, de 3 de junio [LA LEY 1448226/2003]) que consideran innecesario ese requerimiento judicial previo porque, básicamente, el sujeto ya conoce el contenido y alcance de la Sentencia a través de las notificaciones procesales. Si no se hubiera producido ese requerimiento judicial previo, el incumplimiento de las obligaciones familiares podría ser constitutivo de la nueva falta del art. 618.2 del Código Penal, que no parece exigirlo. No es preciso que el requerimiento judicial contenga el apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia para el caso de persistir en el incumplimiento del régimen de visitas, si bien la SAP, 17.^a, Madrid, 201/2002, de 21 de mayo [LA LEY 1223956/2001], entiende que no sólo es preciso ese apercibimiento, sino también que con carácter previo se haya acudido al procedimiento de multas coercitivas, por el incumplimiento del régimen de visitas, previsto en el art. 776.1.º LEC (SAP Madrid, 5.^a, 1546/2000, de 6 de noviembre, SAP Ávila 242/2000, de 28 de diciembre, SAP Ávila 22/2001, de 7 de febrero, SAP Córdoba, 2.^a, 126/2001, de 24 de diciembre [LA LEY 1007954/2001], SAP Madrid, 16.^a, 803/2002, de 26 de noviembre, SAP Albacete, 1.^a, 22/2003, de 13 de febrero [LA LEY 1390458/2003], SAP Alicante, 1.^a, 609/2004, de 29 de noviembre, y SAP Valladolid, 2.^a, 185/2009, de 2 de junio [LA LEY 98505/2009]). La SAP Madrid, 2.^a, 181/2009, de 27 de abril [LA LEY 71673/2009], añade que la notificación al Procurador no sustituye al requerimiento personal, aunque así pueda ocurrir en la vía civil —art. 153 LEC—, sobre todo porque en vía penal uno de los requisitos imprescindibles del delito de desobediencia es el requerimiento formal, personal y directo.

Resulta a todas luces contrario al Principio de Mínima Intervención del Derecho penal, que la administración Municipal pretenda derivar el incumplimiento de una sanción administrativa a la órbita penal, cuando ella misma en vía administrativa no ha agotado, ni hecho efectivos, los mecanismos de ejecución e incluso de sanción directa que la propia norma incumplida establece para el restablecimiento de la legalidad infringida (SAP Baleares, 2.^a, 129/2008, de 22 de julio [LA LEY 165204/2008]).

Elementos subjetivos

Dolo

Conciencia y voluntad de oposición al cumplimiento de la orden o mandato persistente y reiterada, con el ánimo de desprestigiar el principio de autoridad o menospreciar la función pública que sus titulares desempeñan, y que es susceptible de apreciarse con mayor o menor intensidad, siendo necesario el calificativo de grave para que la infracción delictiva tenga lugar (62/2001, de 23 de enero [LA LEY 2890/2001]).

Error

El **error de prohibición invencible** debe ser probado por quien lo alega. Hay que tener en cuenta los condicionamientos jurídicos y culturales del agente, así como las posibilidades de recibir instrucciones y asesoramiento y acudir a medios que permitan conocer la trascendencia jurídica de la acción. Para excluirlo basta con que el agente tenga conciencia de una alta probabilidad de antijuridicidad, no siendo aceptable la invocación de este error en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada (11 de julio de 1991 [LA LEY 978-JF/0000] y 1104/1995, de 30 enero de 1996; SAP Las Palmas, 2.^a, 42/2005, de 8 marzo [LA LEY 1950114/2005]).

Consumación

Es una infracción de mera actividad (o inactividad) que no comporta la producción de un resultado material (SAP Las Palmas, 2.^a, 42/2005, de 8 marzo [LA LEY 1950114/2005]).

Concurso

Hay que tener en cuenta la comúnmente admitida figura del **autoencubrimiento impune**, conforme a la cual la previa comisión de un ilícito penal absorbe la desobediencia posterior cometida por el delincuente en su huida, tratando de evitar la punición de aquel ilícito. Pero se limita a los casos de mera negativa a la detención y huida posterior, con exclusión de actos de violencia física, enfrentamiento, fuerza o resistencia activa y, en general de conductas que en la fuga pongan en peligro o lesionen otros bienes jurídicos (28 de enero de 1982, 19 de septiembre de 1988, 4 de octubre de 1989 [LA LEY 115582-JF/0000], 2681/1992, 12 de diciembre, 1461/2000, de 27 septiembre [LA LEY 168/2001], 1161/2002, 17 de junio [LA LEY 114604/2002], y 670/2007, de 17 de julio [LA LEY 118136/2007]; SAP Gerona, 3.^a, 28/2009, de 13 de enero [LA LEY 18309/2009], y SAP Valladolid, 4.^a, 127/2009, de 27 de marzo [LA LEY 48888/2009]).

Competencia

El enjuiciamiento del delito de desobediencia corresponde al Juzgado del partido judicial donde se cometió, no al lugar del Juzgado cuyos requerimientos no fueron cumplidos (ATS de 26 octubre 2005).

Responsabilidad civil

El delito de desobediencia no genera pronunciamiento por responsabilidad civil (285/2007, de 23 de marzo [LA LEY 11519/2007]).

CAPÍTULO III

De los desórdenes públicos

Artículo 557.

1. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código.

2. Se impondrá la pena superior en grado a las previstas en el apartado precedente a los autores de los actos allí citados cuando éstos se produjeran con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas. Con idéntica pena serán castigados quienes en el interior de los recintos donde se celebren estos eventos alteren el orden público mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación

de acudir a eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 77, 78, 147 y ss., 263 a 288, 382, 558 a 560, 617 y 625.

CP 1973: art. 246.

Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte: arts. 60 a 69.

RD 769/1993, de 21 de mayo, que aprueba el Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos.

Apartado 2 introducido por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía lo siguiente:

«Art. 557.

Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones a las personas, produciendo daños en las propiedades, obstaculizando las vías públicas o los accesos a las mismas de manera peligrosa para los que por ellas circulen, o invadiendo instalaciones o edificios, sin perjuicio de las penas que les puedan corresponder conforme a otros preceptos de este Código».

Subtipo agravado (art. 557.2)

Sin necesidad de profundizar en el tema de las avalanchas, algo más complejo técnicamente, es evidente que el inciso primero de este apartado 2 sanciona con mayor rigor la conducta que se cometa «con ocasión de la celebración de eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas». Y un partido de fútbol del Campeonato Nacional de Liga entre el Espanyol y el Barça es sin género de duda evento de estas características, sin que se precise al respecto la concurrencia de determinados miles de personas en el Estadio pues basta «un gran número» de ellas, que en un partido de esta clase se supera siempre con creces, lo que es hecho notorio que conoce incluso el ciudadano que no es aficionado al fútbol (SAP Barcelona, 5.^a, 210/2008, de 11 de marzo [LA LEY 26887/2008]).

Bien jurídico protegido

No contiene el Código Penal una definición de lo que se entiende por orden público y en la doctrina se encuentran distintas posiciones que tratan de encontrar el elemento o elementos que identifican a las figuras delictivas que se agrupan bajo esa denominación y acerca del bien jurídico que pretenden proteger. Algunos coinciden en integrar a todos aquellos delitos que tienden más o menos directamente a la subversión o perturbación de la tranquilidad general en las manifestaciones colectivas de la vida comunitaria (452/2007, de 23 de mayo [LA LEY 42166/2007]).

La LO 15/2003 ha reformado este artículo para añadirle un segundo apartado, en donde se incriminan los desórdenes públicos particularmente en sede de acontecimientos muy numerosos (eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas), pensando el legislador seguramente en los deportes de grandes masas, y acentuando su punición en casos en que la alteración del orden público se produzca mediante comportamientos que provoquen o sean susceptibles de

provocar avalanchas u otras reacciones en el público que pusieren en situación de peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. Por ello este precepto no ha de interpretarse exclusivamente en clave de alteración «política» de la paz pública, mediante violentas manifestaciones o algaradas similares, sino sencillamente como alteración de la paz pública, concepto éste reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia, sin algaradas callejeras. «O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores, con grave quebranto de los derechos ciudadanos de los demás» (136/2006, de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 1679/2007], y 452/2007, de 23 de mayo [LA LEY 42166/2007]).

La «paz pública» (26 de octubre de 1989 [LA LEY 3059/1989]) ha de ser considerada como una especie dentro del género «orden público», definido éste como la observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre las personas. La «paz pública» viene referida, en consecuencia, a la observancia de unas concretas normas que regulan una clase especial de convivencia, aquella que se desarrolla en el exterior por no aparecer circunscrita a determinados recintos o espacios geográficos que no trascienden a la tranquilidad ciudadana en general. De esta manera, paz pública equivaldría a conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana (o el normal ejercicio de los derechos y libertades públicas) o, más sintéticamente, como normalidad en la convivencia ciudadana (2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994]). En definitiva, la «paz pública» es un concepto mucho más social que político, y se dirige a garantizar la tranquilidad de los demás cuando se encuentran en lugares públicos (136/2006, de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 1679/2007]).

Como dice la Sentencia de 25 de enero de 1990 [LA LEY 1170-2/1990], se atenta contra la paz pública cuando se produce «alarma social y perturbación en el seno de la vida ciudadana».

Elementos objetivos

Sujeto activo

Es un sujeto activo «plural», como se deduce de la expresión legal «actuando en grupo», sin que sea indispensable se trate de muchedumbre o multitud, aunque sí que obedezcan a un propósito común y compartido, siendo indiferente que se hayan concertado previamente o que, partiendo de la iniciativa de uno o de pocos, se vayan sumando otros, los que de ese modo forman o acrecientan el grupo constituyendo la pluralidad y aumentando su actividad (18 de junio de 1990 [LA LEY 2415-2/1990], 1016/1993, de 8 de mayo [LA LEY 3472-5/1993], 756/1994, de 12 de junio, 2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994], y 258/1998, de 28 de febrero [LA LEY 5935/1998]).

Conducta típica

Una alteración del orden mediante la comisión de alguna de las conductas que, con carácter de *numerus clausus*, se expresan en el texto del artículo (18 de junio de 1990 [LA LEY 2415-2/1990], 1016/1993, de 8 de mayo [LA LEY 3472-5/1993], 756/1994, de 12 de junio, 2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994], 136/2006, de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 1679/2007], y 452/2007, de 23 de mayo [LA LEY 42166/2007]). No es necesario agotar la producción de todos los resultados previstos en el tipo siendo suficiente con que se produzcan o alcancen algunos de ellos (258/1998, de 28 febrero [LA LEY 5935/1998]).

El desorden y el trastorno de la paz social deben revestir cierta gravedad y entidad, no castigándose en caso contrario estas conductas en base a los principios de proporcionalidad y de intervención mínima del Derecho penal, teniendo en cuenta, además, que en este tipo de hechos muchas veces concurren derechos fundamentales como el de reunión o manifestación (6 de febrero de 1991 [LA LEY 13640-R/1991], 16 de octubre de 1991 [LA LEY 14242-R/1992], 11 de noviembre de 1991 [LA LEY 14287-R/1992], y 1016/1993, de 8 de mayo [LA LEY 3472-5/1993]).

Elementos subjetivos

Un especial elemento subjetivo del injusto, consistente en que el comportamiento del plural sujeto tenga la finalidad de atentar contra la paz pública, es decir, perturbar de manera grave el mantenimiento de las condiciones de normalidad que hacen posible el ejercicio y libertades de los individuos en los espacios públicos o, como dice Muñoz Conde, «atacar la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana», y por eso ha sido definido como «tendencia interna intensificada» o «elemento tendencial interno trascendente» (30 de abril de 1987 [LA LEY 12177-JF/0000], 430/1994, de 3 de marzo [LA LEY 2837/1994], 2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994], 782/1995, de 19 de junio [LA LEY 16971-R/1995], 1622/2001, de 21 de septiembre [LA LEY 166242/2001], y 136/2006, de 8 de febrero de 2007 [LA LEY 1679/2007]).

Este **elemento teleológico** es fundamental, pues pueden existir alteraciones del orden, realizadas de alguna de las formas descritas en el precepto, que no sean constitutivas de este delito por faltar dicha finalidad o motivación. Si bien, para no restringir excesivamente el ámbito de aplicación de este precepto, nuestra jurisprudencia considera que no es obstáculo para la existencia de este delito el hecho de que el atentado contra la paz pública constituya la finalidad próxima y exista, además, una finalidad remota plenamente legítima, como lo puede ser la protesta o la reivindicación que la actuación en grupo desea poner de manifiesto (2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994]).

Esta intención de atentar contra la paz pública muchas veces se desprenderá con naturalidad de la propia dinámica de los hechos (737/1997, de 13 de mayo [LA LEY 6618/1997], 258/1998, de 28 de febrero [LA LEY 5935/1998], 290/1998, de 23 de febrero [LA LEY 4224/1998], y 1622/2001, de 21 de septiembre [LA LEY 166242/2001]).

Competencia

La Audiencia Nacional es competente para juzgar un delito de desórdenes públicos cuyo objeto, además de alterar la paz pública, es el de apoyar a la banda terrorista ETA. Aunque no se trate propiamente de un acto de terrorismo, es un delito conexo (SAN, 1.ª, 30/2008, de 29 de abril [LA LEY 248942/2008]).

Artículo 558.

Serán castigados con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina

o establecimiento público, centro docente o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales. En estos casos se podrá imponer también la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos de la misma naturaleza por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 497, 523 y 633.

CP 1973: art. 246 bis.

LOPJ: art. 191.

LECrim.: arts. 258 y 684.

LEC: art. 186.1.º.

LOREG: art. 147.

LOPSC: arts. 23, 24 y 26.

Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, que regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos; así como el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba su Reglamento.

Redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto era del siguiente tenor literal:

«Art. 558.

Serán castigados con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, los que perturben gravemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos propios de cualquier autoridad o corporación, en colegio electoral, oficina o establecimiento público, centro docente, o con motivo de la celebración de espectáculos deportivos o culturales».

La reforma de noviembre de 2003 ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la de prisión, ha aumentado el tope mínimo de la pena de multa alternativa y ha introducido la pena —de imposición potestativa— de privación del derecho de acudir a espectáculos de la misma naturaleza.

A diferencia de lo que ocurre en el precedente art. 557, este precepto se refiere más a los sectores sociales desordenados —define actos y lugares— que a la actividad causante del desorden, y no exige la concurrencia de un sujeto plural, ni de un específico ánimo de alterar la paz pública, aunque la jurisprudencia venía extendiendo tal requisito subjetivo a la figura del art. 246 bis del CP 1973, antecedente de este art. 558 (1391/1999, de 27 de septiembre [LA LEY 1855/2000], y 731/2007, de 17 de septiembre [LA LEY 154052/2007]).

La acción se refiere a una grave perturbación del orden y por orden debe entenderse el propio que debe regir en los actos y lugares reseñados (SAP Pontevedra, 2.ª, 188/2005, de 30 de diciembre [LA LEY 2193058/2005]). Por ello, para determinar las actividades que originan desorden hay que verificar cada tipo de actividad o lugar afectados, teniendo en cuenta las valoraciones ético-sociales vigentes. En relación a las audiencias de Juzgados y Tribunales, a los actos públicos propios de una autoridad o Corporación y a los Colegios electorales, el desorden consistirá en la transgresión de las reglas o normas de disciplina y respeto a que se sujetan las audiencias, los actos de las autoridades o corporaciones y las actividades electorales. En relación a Centros

docentes y oficinas o establecimientos públicos, el desorden estribará en la inobservancia de las normas que rigen el funcionamiento de tales lugares. En relación a los espectáculos culturales o deportivos, la actividad alteradora del orden consistirá en la que pueda determinar perturbación o inquietud en los espectadores asistentes, y originar fricciones y choques físicos entre las personas (1391/1999, de 27 de septiembre [LA LEY 1855/2000]).

Artículo 559.

Los que perturben gravemente el orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, serán castigados con las penas de multa de tres a doce meses y de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a seis años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 14 a 29.

CP: arts. 542 y 633.

CP 1973: art. 247.

Artículo 560.

1. Los que causaren daños que interrumpan, obstaculicen o destruyan líneas o instalaciones de telecomunicaciones o la correspondencia postal, serán castigados con la pena de prisión de uno a cinco años.

2. En la misma pena incurrirán los que causen daños en vías férreas u originen un grave daño para la circulación ferroviaria de alguna de las formas previstas en el art. 382.

3. Igual pena se impondrá a los que dañen las conducciones o transmisiones de agua, gas o electricidad para las poblaciones, interrumpiendo o alterando gravemente el suministro o servicio.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 263 a 268, 346 y 382.

CP 1973: art. 249.

Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres: arts. 140 y ss.

LPPNA (§ 2.4): arts. 62 y 63.

El dolo de este delito sólo requiere saber que con la acción se perturba el normal funcionamiento del servicio en cuestión (ferrocarril, etc.). El que sabe que ocasiona una perturbación de esta naturaleza, sabe también, como es lógico, que altera la paz pública (26 de marzo de 1990 [LA LEY 1727-2/1990]), con independencia de la intención también concurrente de causar un daño patrimonial en un bien ajeno (SAP Zaragoza, 3.ª, 357/2009, de 7 de mayo [LA LEY 84512/2009]).

Con independencia de que pueda ser exigible la finalidad de atentar contra la paz pública, elemento teleológico requerido de forma bastante generalizada en el resto de las infracciones relativas a desórdenes públicos, la conducta típica del apartado 2 de este artículo se configura como un **delito de resultado de peligro concreto y grave** para la circulación ferroviaria originado por el empleo de unos medios o formas determinados, cual es el de la colocación en la vía férrea de un obstáculo imprevisible. Ese potencial peligro o riesgo no basta con que sea real sino que ha de tener la condición o cualidad de ser **grave** para la específica circulación por esa vía ferroviaria. Además, ese resultado de riesgo, como elemento objetivo que es del tipo, ha de ser abarcado por el dolo del autor, aunque sea a título de eventual (SAP Barcelona, 5.^a, de 3 de enero de 2000 [LA LEY 5376/2000]).

Artículo 561.

El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida.

CONCORDANCIAS

CP 1973: art. 249 bis.

Nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Anteriormente el texto decía:

«Art. 561.

El que, con ánimo de atentar contra la paz pública, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros que puedan causar el mismo efecto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses, atendida la alarma o alteración del orden efectivamente producida».

La reforma de noviembre de 2003 ha elevado la cuantía de la pena de multa alternativa.

Esta infracción, conocida como **delito de falsa alarma**, exige que la intención o propósito pretendido por el autor con su conducta sea la de atentar contra la paz pública, y se atenta contra la paz pública o paz ciudadana cuando se causa alarma en la población. En un país como España, aquejado por el terrorismo, la amenaza de colocación de una bomba en un mercado, centro o edificio público, en absoluto puede ser desconsiderada y constituye motivo de enorme alarma social, aunque posteriormente se compruebe la inexistencia de artefacto explosivo alguno. El ciudadano más corriente es debe ser plenamente consciente de la movilización policial y alteración de la normal actividad ciudadana que todo aviso de bomba ocasiona (SAP Barcelona, 10.^a, de 22 de abril de 2003 [LA LEY 2859/2003]).

El anuncio de que hacer explosionar más de un kilo de dinamita en una estación de tren, lugar que es muy concurrido por personas, es objetivamente una alteración de la paz pública, pues con

ello se desasosiega a los usuarios y viandantes de sus proximidades, se interrumpe el flujo habitual de los ferrocarriles y todo ello repercute sobre la convivencia ciudadana (SAP Barcelona, 6.ª, 502/2006, de 30 de mayo [LA LEY 155577/2006]).

El concepto de «paz pública» es menos amplio que el de «orden público». Si por «orden» entendemos la observancia de las normas que regulan en general la convivencia entre las personas, esto es, cualquier clase de convivencia, el concepto de «paz pública» ha de ser considerado como una especie dentro del género «orden», siendo ésta la que conduce a la observancia de unas concretas normas, las que regulan una clase especial de convivencia, aquella que se desarrolla en el exterior por no aparecer circunscrita a determinados recintos o espacios geográficos que no trascienden a la tranquilidad ciudadana en general (2083/1994, de 29 de noviembre [LA LEY 14209/1994]).

CAPÍTULO IV

Disposición común a los capítulos anteriores

Artículo 562.

En el caso de hallarse constituido en autoridad el que cometa cualquiera de los delitos expresados en los capítulos anteriores de este Título, la pena de inhabilitación que estuviese prevista en cada caso se sustituirá por la inhabilitación absoluta por tiempo de diez a quince años, salvo que dicha circunstancia esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24.1, 67, 545.1 y 552.2.

CP 1973: art. 250.

CAPÍTULO V

De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos y de los delitos de terrorismo

SECCIÓN 1.ª

De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos

Artículo 563.

La tenencia de armas prohibidas y la de aquellas que sean resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, será castigada con la pena de prisión de uno a tres años.

CP: arts. 565 y 570.

LECrin.: art. 282 bis.

RD 137/1993, de 29 de enero, del Reglamento de Armas.

Directiva 91/477/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1991, sobre control de adquisición y tenencia de armas.

LOPSC: arts. 17 a 19.

Directiva 91/477/CEE, de 18 de junio de 1991, sobre el control de la adquisición y tenencia de armas.

Convenio de Schengen, ratificado por España el 23 de julio de 1993 y en vigor desde el 1 de marzo de 1994.

Orden de 20 de mayo de 1993 sobre Tarjeta Europea de armas de fuego.

Bien jurídico protegido

Es la **seguridad ciudadana** (y, mediatamente, la vida y la integridad física de las personas), ante el peligro que para la misma representa la tenencia incontrolada de armas (STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 841/2004]; SSTS 242/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], y 1969/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 1890/2001]).

Acudiendo a los principios generales limitadores del ejercicio del *ius puniendi*, la prohibición penal de tener armas no puede suponer la creación de un ilícito meramente formal que penalice el incumplimiento de una prohibición administrativa, sino que ha de atender a la protección de aquel bien jurídico frente a conductas que revelen una especial potencialidad lesiva para el mismo. Y además, la delimitación del ámbito de lo punible no puede prescindir del hecho de que la infracción penal coexiste con una serie de infracciones administrativas que ya otorgan esa protección, por lo que, en virtud del carácter de *ultima ratio* que constitucionalmente ha de atribuirse a la sanción penal, sólo han de entenderse incluidas en el tipo las conductas más graves e intolerables, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador, pues de lo contrario el recurso a la sanción penal resultaría innecesario y desproporcionado (29/2009, de 19 de enero [LA LEY 1935/2009], y 343/2009, de 30 de marzo [LA LEY 34613/2009]).

Elementos objetivos

Objeto material

El concepto normativo de «**armas prohibidas**» viene definido y enumerado, como precepto en blanco que es, en el Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993 de 29 de enero y, en concreto, en su Sección 4.^a —«ARMAS PROHIBIDAS»—, arts. 4 y 5 (1511/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 315/2004]).

Las armas que son el resultado de la modificación sustancial de las características de fabricación de armas reglamentadas, no son más que una clase de «armas prohibidas». **Modificación sustancial** es la que actúa sobre elementos fundamentales de tales características que varían totalmente la naturaleza y composición del arma originaria convirtiéndola en un instrumento distinto del que inicialmente estaba configurado (1849/2000, de 2 de diciembre [LA LEY 3232/2001], y 1995/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 1944/2001]).

El art. 563 no consagra una remisión ciega a la normativa administrativa, cualquiera que sea el contenido de ésta, sino que el ámbito de la tipicidad penal es distinto y más estrecho que el de las prohibiciones administrativas (29/2009, 19 de enero [LA LEY 1935/2009]). La STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 841/2004], interpretando este precepto en su afán por diferenciar el

ilícito penal del administrativo, ha determinado que, aunque parezca obvio, el objeto debe consistir «materialmente en una arma» —pues no todos los objetos prohibidos con ese nombre en la norma administrativa lo son—. Según el Diccionario de la Real Academia, son «armas» aquellos «instrumentos, medios o máquinas destinados a ofender o a defenderse», por lo que **en ningún caso será punible la tenencia de instrumentos que, aunque en abstracto y con carácter general puedan estar incluidos en los catálogos de prohibiciones administrativas, en el caso concreto no se configuren como instrumentos de ataque o defensa**, sino otros, como el uso en actividades domésticas o profesionales o el coleccionismo. Además, el arma debe tener una **especial potencialidad lesiva** (en el mismo sentido, 29/2009, de 19 de enero [LA LEY 1935/2009], y 343/2009, de 30 de marzo [LA LEY 34613/2009]).

Igualmente, la STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 841/2004], ha matizado que todas aquellas armas que se introduzcan en el catálogo de los arts. 4 y 5 del Reglamento de Armas mediante una simple Orden Ministerial no podrán considerarse armas prohibidas a los efectos del art. 563 CP, por impedirlo la reserva formal de ley que rige en materia penal. La tenencia del arma debe estar prohibida por una norma extrapenal con rango de Ley o por el Reglamento al que la Ley se remita.

La exigencia de certeza que acompaña al principio de legalidad —suficiente concreción de las conductas delictivas para posibilitar el conocimiento de la actuación penalmente conminada— impone una interpretación del concepto de «arma prohibida» dotado de la necesaria certeza, determinación y precisión. Por ello nuestra jurisprudencia tiene establecido que para que un arma o instrumento concreto sea considerado «arma prohibida» a efectos penales debe coincidir claramente con alguna de las descripciones del art. 4 del Reglamento de Armas, sin que se pueda acudir a la cláusula residual del apartado h) del art. 4.1 —«cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas»— para incluir supuestos que no encajan en las definiciones de los otros apartados, ya que no caben interpretaciones extensivas —contra reo— y analógicas de la norma administrativa (74/2001, de 22 de enero [LA LEY 3066/2001], 369/2003, de 15 de marzo [LA LEY 12088/2003], 1511/2003, de 17 de noviembre [LA LEY 315/2004], y 484/2005, de 14 abril [LA LEY 12198/2005]). De la misma manera, se deben excluir de sanción penal —con independencia de que sean objeto de sanción meramente administrativa— los supuestos del art. 5 del Reglamento de Armas —silenciadores, «spray» de defensa personal, etc.—, que recoge prohibiciones meramente relativas, condicionadas a lo que puedan disponer las respectivas normas reglamentarias, y no las prohibiciones tajantes y absolutas propias de las armas que, por su acusada peligrosidad, el legislador ha determinado su exclusión radical del mercado (130/1995, de 6 de febrero [LA LEY 16682-R/1995], 1587/1998, de 21 de diciembre [LA LEY 1386/1999], 1995/2000, de 20 de diciembre [LA LEY 1944/2001], 74/2001, de 22 de enero [LA LEY 3066/2001], 163/2001, de 9 de febrero [LA LEY 3938/2001], y 29/2009, de 19 de enero [LA LEY 1935/2009]).

La alteración consistente en el recorte del cañón y culata de una escopeta inicialmente destinada a la caza, la transforma de arma reglamentaria en arma prohibida y, por tanto, su tenencia es subsumible en el art. 563 (592/2007, de 29 de octubre, y 94/2009, de 4 de febrero [LA LEY 1934/2009]).

La tenencia ilícita de una «ballesta» es atípica. No está catalogada como arma prohibida, sus características morfológico-funcionales no han sido objeto de modificación sustancial y, aunque sí es un arma reglamentada cuya legítima tenencia requiere guía de pertenencia y licencia, no es

un arma de fuego, lo que también excluye la aplicación del art. 564 (29/2009, de 19 de enero [LA LEY 1935/2009]).

La Sentencia 715/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 176097/2008], considera que en el concepto de «armas prohibidas» no se incluye «la espada tipo catana de 48 cm. de hoja, un cuchillo de 22 cm de hoja y otro de 24 cm de hoja», que se le intervinieron al acusado. En el Reglamento de Armas no se mencionan específicamente ni las «catanas» ni los «cuchillos», que son utensilios diferentes de las «navajas no automáticas cuya hoja exceda de 11 centímetros» y que, por incompatibilidad con las exigencias del principio de legalidad, no se pueden incluir a efectos penales en el concepto residual de «cualesquiera otros instrumentos especialmente peligrosos para la integridad física de las personas».

La «defensa eléctrica» es, indudablemente, un arma de defensa prohibida que produce descargas eléctricas de alto voltaje y baja intensidad, cuya utilización produce el efecto de descontrolar los movimientos musculares, dependiendo sus efectos de la intensidad de la corriente y de la duración de la misma (1271/2006, de 19 de diciembre [LA LEY 175849/2006]).

Conducta típica

La «tenencia» equivale a posesión actual (272/2009, de 17 de marzo [LA LEY 8801/2009]). Al tratarse de «armas prohibidas», sobre las que no actúan los permisos, es evidente que la tipicidad no exige la ausencia de permiso o licencia del arma (94/2009, de 4 de febrero [LA LEY 1934/2009]).

La STC 24/2004, de 24 de febrero [LA LEY 841/2004], ha marcado una serie de pautas para interpretar restrictivamente este precepto y hacerlo compatible con las exigencias constitucionales derivadas del principio de legalidad, desde dos perspectivas: a) respeto al principio de reserva de ley; y b) los principios de proporcionalidad de la reacción penal y de intervención mínima (*ultima ratio*), de tal manera que en el tipo sólo se entiendan incluidas aquellas conductas más graves, debiendo acudir en los demás supuestos al Derecho administrativo sancionador.

Pues bien, una de aquellas pautas establecidas por el Tribunal Constitucional hace referencia a la tenencia de armas: **únicamente está justificada la intervención penal cuando la tenencia se produzca en condiciones o circunstancias tales que la conviertan, en el caso concreto, en especialmente peligrosa para la seguridad ciudadana.** Se exige, por tanto, un plus de peligrosidad para algún bien jurídicamente protegido que supere la simple posesión del arma. La especial peligrosidad del arma y de las circunstancias de su tenencia deben valorarse con criterios objetivos y en atención a las múltiples circunstancias concurrentes en cada caso (715/2008, de 5 de noviembre [LA LEY 176097/2008], y 343/2009, de 30 de marzo [LA LEY 34613/2009]).

Ya el Tribunal Supremo venía señalando que la mera y simple posesión no integra este tipo penal. Es necesario que concurra una situación objetiva de riesgo, es decir, que la tenencia del arma prohibida suponga un peligro concreto para el bien jurídico protegido —es un delito de peligro abstracto con concreción del peligro—, lo que no ocurrirá en los supuestos de tenencia para ornato, colección o curiosidad, o para su utilización en fines usuales, domésticos y no peligrosos (1316/1998, de 6 de noviembre [LA LEY 1075/1999], 26/2001, de 22 de enero [LA LEY 3322/2001], 2471/2001, de 20 de diciembre [LA LEY 2851/2002], y 312/2003, de 5 de marzo [LA LEY 12498/2003]).

Consumación

Es un delito de mera actividad o formal —no exige la producción de lesión o daño—, permanente —su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre el arma— y de peligro abstracto, general o comunitario (329/1996, de 15 de abril [LA LEY 5171/1996], 136/2001 de 31 de enero [LA LEY 3568/2001], 484/2005, de 14 abril [LA LEY 12198/2005], y 960/2007, de 29 de noviembre [LA LEY 193603/2007]).

Artículo 564.

1. La tenencia de armas de fuego reglamentadas, careciendo de las licencias o permisos necesarios, será castigada:

1.º Con la pena de prisión de uno a dos años, si se trata de armas cortas.

2.º Con la pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de armas largas.

2. Los delitos previstos en el número anterior se castigarán, respectivamente, con las penas de prisión de dos a tres años y de uno a dos años, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que las armas carezcan de marcas de fábrica o de número, o los tengan alterados o borrados.

2.ª Que hayan sido introducidas ilegalmente en territorio español.

3.ª Que hayan sido transformadas, modificando sus características originales.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 563, 565 y 566.2 y sus concordancias.

Bien jurídico protegido

No es sólo la seguridad del Estado sino también la seguridad general o comunitaria, para la que supone un grave riesgo y peligro que instrumentos aptos para herir y matar, como son las armas de fuego, se hallen en mano de particulares sin la fiscalización y el control administrativo (328/1996, de 15 de abril [LA LEY 4636/1996], 242/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], 1488/1998, de 26 de noviembre [LA LEY 209/1999], 136/2001, de 31 de enero [LA LEY 3568/2001], 754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001], y 1071/2006, de 8 de noviembre [LA LEY 138607/2006]).

Es indiferente que el arma no se utilice ni se pretenda utilizar. El mencionado peligro que la ley quiere tener controlado existe desde el momento en que se trata de un arma de fuego reglamentada que puede disparar y cuyo poseedor carece de la licencia o permisos exigidos por la administración del Estado (1986/2002, de 29 de noviembre [LA LEY 1060/2003], y 474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

El hecho de que la esposa del acusado supiera que su marido tenía un arma de forma ilícita no la convierte en autora (334/2007, de 25 de abril [LA LEY 20328/2007]).

Objeto material

El **arma de fuego**, caracterizado como el instrumento apto para dañar o para la defensa. El arma debe encontrarse en condiciones de funcionamiento y capaz por eso de propulsar proyectiles mediante la deflagración de la pólvora, no apreciándose tal capacidad en aquellas armas que por su antigüedad, ausencia de piezas fundamentales o cualquier otra causa, carecen de aptitud para disparar proyectiles. El arma funciona si puede hacer fuego o ser puesta en condiciones de hacerlo (por ejemplo, mediante una sencilla reparación), aptitud que debe ponderarse más que en los mecanismos de carga, en los de percusión (1488/1998, de 26 de noviembre [LA LEY 209/1999], 1348/1999, de 2 de octubre [LA LEY 934/2000], 136/2001, de 31 de enero [LA LEY 3568/2001], y 754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001]). El funcionamiento correcto tiene que estar acreditado de manera fehaciente, inequívoca e incuestionable, sin que pueda presumirse, ya que la **idoneidad** del arma para el disparo permite que el peligro abstracto que comporta el arma se traduzca en peligro concreto y es elemento fáctico esencial que debe ser acreditado por la acusación (29 de mayo de 1990 [LA LEY 2210-2/1990], 242/1998, de 20 de febrero [LA LEY 2677/1998], 273/1999, de 18 de febrero [LA LEY 3441/1999], 929/1999, de 8 de junio [LA LEY 8742/1999], y 474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004]). El carácter más o menos remoto del peligro que el arma suponga, por su antigüedad, deficiencias de mecanismos o ausencia de la munición adecuada en el mercado, debe ponderarse para concluir si la tenencia del arma sin permisos es o no ilícita (754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001]).

No se exige que el arma sea peligrosa de forma inmediata, pues el peligro de la acción no está referido a la amenaza que el arma pueda significar para la vida o la integridad corporal de las personas, sino a la seguridad, es decir al control que debe ejercer la autoridad sobre las armas, sean inmediatamente utilizables o no. Por lo tanto pueden constituir objeto material del delito las armas reparables que no han perdido su capacidad de ser utilizadas una vez reparadas (474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004]).

Al ser un precepto en blanco, el elemento normativo «**arma de fuego reglamentada**» viene definido en el Reglamento de Armas aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, concretamente en su art. 3 (523/2009, de 17 de abril [LA LEY 67175/2009]).

Conducta típica

El tipo exige un corpus, detentación, aprehensión o posesión del arma (1059/1995, de 20 de octubre [LA LEY 17150-R/1995]). Del concepto de «**tenencia**» ha de excluirse la detentación accidental, fugaz, pasajera, la propia de un serviciario de la posesión ajena o aquella que tiene como finalidad la mera contemplación o examen del arma. Es suficiente una posesión que permita disponer del arma con plena autonomía y su utilización a la libre voluntad del agente para los fines propios de tal instrumento (937/1995, de 22 de septiembre [LA LEY 17064-R/1995], 760/1998, de 18 de septiembre [LA LEY 10809/1998], 136/2001, de 31 de enero [LA LEY

3568/2001], 754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001], 2123/2002, de 16 de diciembre [LA LEY 1380/2003], y 51/2007, de 29 de enero [LA LEY 1517/2007]).

También se requiere un elemento jurídico extrapenal, consistente en la **falta de habilitación administrativa de la posesión del arma** (754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001]). Se requiere la guía de pertenencia y las correspondientes licencias —arts. 88 y ss. y 96 y ss. del Reglamento de Armas— (456/1999, de 23 de marzo [LA LEY 3819/1999]).

La **guía de pertenencia** documenta el arma conforme a los arts. 88 y 89 del Reglamento, acreditando la propiedad de la misma mediante el número de documento nacional de identidad y datos personales de su titular, así como los de la licencia correspondiente, y que contiene además una reseña completa del arma —cañones, tambores, calibres y subcalibres intercambiables que se adquieran para usar con aquélla, etc.—. La guía debe acompañar al arma en caso de uso, depósito o transporte (474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004]). Es impune la falta de guía de pertenencia cuando se dispone de licencia o permiso de armas (Acuerdo de Sala General TS de 25 de noviembre de 2008 [LA LEY 286730/2008]). El tipo delictivo del art. 564.1 no menciona la guía de pertenencia como necesaria, junto con la licencia, para excluir el delito de tenencia ilícita de armas, a diferencia de lo que señalaba su antecesor el art. 254 del Código Penal de 1973. Tampoco cabe incluir en la expresión «licencias o permisos necesarios» el concepto administrativo de «guía de pertenencia», pues para el Reglamento de Armas la guía de pertenencia se incluye en el capítulo dedicado a la documentación de la titularidad del arma, remitiendo a otro capítulo la regulación de licencias y autorizaciones especiales —arts. 96 y ss.— (123/2009, de 3 de febrero [LA LEY 30357/2009]).

Comete este delito quien, aun teniendo derecho a la concesión del permiso, no hubiere obtenido previamente la autorización requerida. Igualmente quien sigue detentando el arma una vez caducada la licencia o guía, salvo que solicitada nueva concesión, se hubiere autorizado temporalmente su uso. También sería constitutiva de delito la detentación de un mayor número de armas que las que ampara la licencia correspondiente, o la posesión de armas diversas de aquéllas a las que las licencias y guías autorizan, aun cuando sean de similares características (474/2004, de 13 de abril [LA LEY 1522/2004]).

No se aplican tantos delitos como armas se posea ilícitamente, siempre, claro está, que no se alcance el número que constituye la figura legal de depósito. En estos casos de ilícita posesión de varias armas, sin llegar a la determinación de un depósito en sentido legal, el riesgo de la seguridad general o comunitaria resulta acusable sean una o más las armas. El peligro general o abstracto que acompaña a la ilegal tenencia no se multiplica necesariamente ante la pluralidad instrumental de las armas descubiertas, en tanto no será fácil su uso simultáneo. Ello no quiere decir que devenga indiferente la ocupación de una o varias armas; se ensancha el área de la desobediencia e, indudablemente, se intensifica el coeficiente de riesgo. Pero ello tendrá su traducción en la selección del *quantum* penológico dentro del margen de discrecionalidad reconocido al Juez o Tribunal (69/2008, de 4 de febrero [LA LEY 17688/2008]).

El tipo del apartado 2.1.^a no consiste en borrar las marcas de fábrica o en alterar el número identificativo, ni en adquirir el arma a sabiendas de su borrado, sino en la tenencia de las armas que tienen borradas tales marcas o número, eso sí, conociendo el poseedor ese dato (912/2006, de 29 de septiembre [LA LEY 114903/2006], 1109/2006, de 16 de noviembre [LA LEY 145080/2006],

1284/2006, de 29 de diciembre [LA LEY 175891/2006], y 410/2007, de 18 de mayo [LA LEY 23148/2007]).

Elementos subjetivos

En primer lugar, está constituido por la voluntad de poseer el arma y disponer libremente de ella, *animus possidendi* o *animus detinendi*, sin que sea exigible el *animus domini* o *animus sibi* habiendo. Por eso es penalmente atípica la simple detentación momentánea del arma (1059/1995, de 20 de octubre [LA LEY 17150-R/1995], 2123/2002, de 16 de diciembre [LA LEY 1380/2003], 201/2006, de 1 de marzo [LA LEY 20723/2006], y 1071/2006, de 8 de noviembre [LA LEY 138607/2006]).

En segundo lugar, por el conocimiento de que el arma poseída es de fuego, con idoneidad para disparar, y de que no puede poseerse lícitamente sin guía de pertenencia y licencia de armas, habiendo excluido la jurisprudencia el **error de prohibición** (art. 14 CP) en estos supuestos de tenencia de aparatos con capacidad de perpetrar proyectiles, no aceptando que pueda creerse que no se exige control administrativo para la posesión de tales instrumentos (329/1996, de 15 de abril [LA LEY 5171/1996], y 754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001]).

Por exigencias del principio de culpabilidad, el dolo del autor debe abarcar los aspectos fácticos en los que se apoyan las agravaciones específicas del apartado 2 de este art. 564, es decir, el sujeto activo debe tener conocimiento de que el arma carecía de número, que éste estaba borrado, que había sido introducida ilegalmente en España, etc. (531/2002, de 20 de marzo [LA LEY 6678/2002], 406/2003, de 17 de marzo [LA LEY 2181/2003], 1423/2003, de 28 de octubre [LA LEY 10664/2004], 1026/2007, de 10 de diciembre [LA LEY 216882/2007], 314/2008, de 23 de mayo [LA LEY 74073/2008], y 635/2008, de 3 de octubre [LA LEY 158363/2008]), que podrán concurrir bien por dolo directo bien por dolo eventual (412/2000, de 13 de marzo [LA LEY 5542/2000]).

Consumación

Es una infracción de mera actividad o de mero riesgo, que se consuma, como hemos visto, con la posesión que permite disponer y usar del arma de fuego. Se trata de un **delito permanente**, ya que su consumación pervive mientras se mantiene la posesión sobre las armas. Es un **delito formal**, al no requerir para su perfección la originación de un daño o producción de una lesión jurídica en el mundo exterior, bastando con la posesión o porte del arma sin la correspondiente autorización. Es un **delito de peligro** general, abstracto o comunitario, ya que la conducta típica genera una situación de riesgo para un círculo indeterminado de personas (328/1996, de 15 de abril [LA LEY 4636/1996], 754/2001, de 7 de mayo [LA LEY 6274/2001], 2123/2002, de 16 de diciembre [LA LEY 1380/2003], y 1071/2006, de 8 de noviembre [LA LEY 138607/2006]).

Autoría

Es un **delito de propia mano** que lo comete el que de forma exclusiva y excluyente goza de la posesión del arma. Aunque también se admite la modalidad de coautoría denominada **tenencia compartida**, que se fundamenta en una conjunta disponibilidad con posibilidad de su indistinta utilización por varios individuos de forma simultánea o sucesiva, independientemente de quien sea en cada momento el tenedor o usuario del arma, dentro de la respectiva distribución de papeles asigna-

dos en la *societas sceleris* (1128/1993, de 14 mayo 1993 [LA LEY 3505-5/1993], 1059/1995, de 20 de octubre [LA LEY 17150-R/1995], 963/2000, de 2 de junio [LA LEY 9187/2000], 2123/2002, de 16 de diciembre [LA LEY 1380/2003], 406/2003, de 17 de marzo [LA LEY 2181/2003], 960/2007 de 29 noviembre [LA LEY 193603/2007], y 452/2008, de 10 de julio [LA LEY 96521/2008]). La posesión o tenencia indistinta de un arma no puede extraerse del simple hecho de la convivencia bajo el mismo techo; es necesario que aparezcan más datos y circunstancias de los que se pueda inferir racionalmente (871/2007, de 26 de octubre [LA LEY 185191/2007]).

Concursos

El delito de tenencia ilícita de armas —que supone el incumplimiento de ciertas normas administrativas condicionadoras de la posesión de armas— es compatible con los delitos cometidos mediante la utilización del arma (791/1998, de 13 de noviembre [LA LEY 122502/1998], y 410/2007, de 18 de mayo [LA LEY 23148/2007]).

El delito del art. 564.1 puede no aplicarse si concurre con otro delito de tenencia ilícita de armas prohibidas del art. 563, que absorbería a aquél al ser la infracción más castigada, porque «única es la desobediencia a las normas administrativas sobre el control de las armas de fuego que ponga en riesgo la seguridad de la comunidad social» (191/2007, de 5 de marzo [LA LEY 8992/2007]).

Artículo 565.

Los Jueces o Tribunales podrán rebajar en un grado las penas señaladas en los artículos anteriores, siempre que por las circunstancias del hecho y del culpable se evidencie la falta de intención de usar las armas con fines ilícitos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 563 y 564.

CP 1973: art. 256.

Es clara la intención de este artículo de restringir la capacidad de atenuación de la pena a los supuestos del delito de tenencia ilícita de armas (arts. 563 y 564). La razón de ser de esta atenuación se concreta en una sola situación: **la evidente falta de intención de usar las armas con fines ilícitos** (27 de abril de 2004 [LA LEY 1430/2004], y 335/2008, de 10 de junio [LA LEY 61802/2008]).

La jurisprudencia más moderna señala que este precepto contiene una regla individualizadora de la pena que debe excluir cualquier arbitrariedad, reconociéndose por ello una discrecionalidad limitada y reglada a favor del Juez o Tribunal (por todas, 1747/1995, de 29 de noviembre).

Este artículo no sólo es una norma atenuante de la pena, sino que tiene también una incidencia en la descripción del elemento subjetivo del tipo, que no se refiere a lo injusto, sino a la reducción de la gravedad de lo injusto. Se trata, por lo tanto, de un elemento subjetivo del tipo de los arts. 563 y 564 CP, que requiere, no sólo que el autor no haya obrado con dolo, sino también sin el propósito de usar el arma con fines ilícitos (1758/2003, de 23 de diciembre [LA LEY 11447/2004]).

La atenuación de la pena, por este delito, ha de tener firme consistencia circunstancial (774/1999, de 11 de mayo [LA LEY 6236/1999]).

Artículo 566.

1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas o biológicas con la pena de prisión de cinco a 10 años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas o biológicas.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o biológicas o inicien preparativos militares para su empleo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 564, 567, 569, 570 y 573.

LECrím.: art. 282 bis.

Convención de París de 13 de enero de 1993, sobre prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, ratificado por Instrumento de 22 de julio de 1994.

RD 137/1993, de 29 de enero, que aprueba el Reglamento de Armas: arts. 3 y 6.

Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersona y armas de efecto similar.

Ley 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas.

Nueva redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior era el siguiente:

«Art. 566.

1. Los que fabriquen, comercialicen o establezcan depósitos de armas o municiones no autorizados por las Leyes o la autoridad competente serán castigados:

1.º Si se trata de armas o municiones de guerra o de armas químicas con la pena de prisión de cinco a diez años los promotores y organizadores, y con la de prisión de tres a cinco años los que hayan cooperado a su formación.

2.º Si se trata de armas de fuego reglamentadas o municiones para las mismas, con la pena de prisión de dos a cuatro años los promotores y organizadores, y con la de prisión de seis meses a dos años los que hayan cooperado a su formación.

3.º Con las mismas penas será castigado, en sus respectivos casos, el tráfico de armas o municiones de guerra o de defensa, o de armas químicas.

2. Las penas contempladas en el punto 1.º del apartado anterior se impondrán a los que desarrollen o empleen armas químicas o inicien preparativos militares para su empleo».

El apartado 2 fue añadido por la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, que modificó el Código Penal en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas, y que entró en vigor el 30 de enero de 2000.

La reforma de noviembre de 2003 se ha limitado a introducir en el tipo las armas biológicas junto a las químicas, que habían sido añadidas en la reforma de enero de 2000.

Bien jurídico protegido

El delito de depósito de armas de fuego y de municiones es de peligro abstracto y el bien jurídico protegido es la seguridad de la comunidad, al igual que ocurre en los delitos de tenencia ilícita de armas prohibidas y de fuego (206/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3862/2001], y 210/2003, de 17 de febrero [LA LEY 12339/2003]).

Elementos objetivos

Sujeto activo

El delito de depósito de armas y municiones no es una figura que exija una pluralidad de sujetos activos; nada impide que sea una única persona la que organiza y constituye o protagoniza el depósito (9 de octubre de 1986 [LA LEY 79421-NS/0000], y 50/2001, de 22 de enero de 2002 [LA LEY 3698/2002]). En estos casos, **el agente único ha de ser equiparado al promotor u organizador**: la solución alternativa llevaría absurdamente a la absolución, puesto que la cooperación resulta entonces intrínsecamente imposible; por el contrario, nada impide que el organizador del depósito sea a la vez su ejecutor (314/1997, de 5 de marzo [LA LEY 4938/1997], 206/2001, de 16 de febrero [LA LEY 3862/2001], 2270/2001, de 1 de abril de 2002 [LA LEY 65582/2002], y 991/2007, de 16 de noviembre [LA LEY 193640/2007]).

Conducta típica

El depósito de armas y municiones es un **delito de tracto continuo**, permanece mientras el depósito subsista y las armas se encuentren en poder de quienes las almacenaron y ocultaron, perpetrándose el delito no sólo mediante la acumulación en determinado lugar del número y clase de armas que la Ley establece, sino de igual modo mediante el conocimiento de su existencia en esa forma, mantenida durante un período más o menos dilatado, y con posibilidad de utilización por el sujeto en la comisión de hechos delictivos en apoyo de los cuales fue establecido precisamente el depósito (9 de octubre de 1986).

Elementos subjetivos

El tipo penal en ningún momento exige que el depósito se haya constituido con fines o móviles subversivos o antisociales. El elemento subjetivo de esta figura delictiva está constituido por el conocimiento de que se ha constituido un depósito ilícito de tales armas y municiones (50/2001 de 22 de enero de 2002 [LA LEY 3698/2002]).

Autoría

La **autoría** del depósito de armas requiere la tenencia de las mismas dentro de un ámbito de dominio del sujeto. Este ámbito de dominio se debe tener por acreditado cuando las armas se

encuentran en un lugar en el que el agente tiene la posibilidad fáctica de decidir sobre su permanencia en el mismo (1018/2000, de 12 de junio [LA LEY 120841/2000]).

Concursos

Este delito absorbe, en su caso, la conducta de colaboración con banda armada, pero sólo en tanto esa colaboración se conecta causalmente con el delito de depósito de armas (1405/1998, de 11 de noviembre [LA LEY 121883/1998]).

Artículo 567.

1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas o biológicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la defensa nacional. Se consideran armas químicas o biológicas las determinadas como tales en los tratados o convenios internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas o biológicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o biológica o la modificación de una preexistente.

3. Se considera depósito de armas de fuego reglamentadas la fabricación, comercialización o reunión de cinco o más de dichas armas, aun cuando se hallen en piezas desmontadas.

4. Respecto de las municiones, los Jueces y Tribunales, teniendo en cuenta la cantidad y clase de las mismas, declararán si constituyen depósito a los efectos de este capítulo.

CONCORDANCIAS

Concordancias art. 566 CP.

Nueva redacción dada a los apartados 1 y 2 por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Anteriormente decían así:

«1. Se considera depósito de armas de guerra la fabricación, la comercialización o la tenencia de cualquiera de dichas armas, con independencia de su modelo o clase, aun cuando se hallen en piezas desmontadas. Se considera depósito de armas químicas la fabricación, la comercialización o la tenencia de las mismas.

El depósito de armas, en su vertiente de comercialización, comprende tanto la adquisición como la venta.

2. Se consideran armas de guerra las determinadas como tales en las disposiciones reguladoras de la Defensa Nacional. Se consideran armas químicas las determinadas como tales en los Tratados o Convenios Internacionales en los que España sea parte.

Se entiende por desarrollo de armas químicas cualquier actividad consistente en la investigación o estudio de carácter científico o técnico encaminada a la creación de una nueva arma química o la modificación de una preexistente».

El párrafo 2.º del apartado 2 fue introducido la Ley Orgánica 2/2000, de 7 de enero, que modifica el Código Penal en materia de prohibición del desarrollo y el empleo de armas químicas, y que entró en vigor el 30 de enero de 2000.

Como acontece con el artículo que le precede, la reforma de noviembre de 2003 se ha limitado ha introducir en el tipo las armas biológicas junto a las químicas, que habían sido añadidas en la reforma de enero de 2000.

Una sola arma de guerra constituye depósito, modificándose por tanto el criterio del Código Penal de 1973 que exigía con carácter general la reunión de tres armas para alcanzar el depósito (2270/2001, de 1 de abril de 2002 [LA LEY 65582/2002]).

La tenencia del arma no exige ser dueño del arma o haber tenido contacto físico con la misma (252/2009, de 18 de febrero [LA LEY 193640/2007]).

Constituye depósito de municiones —apartado 4— la reunión de cartuchos en cuantía notablemente superior a lo autorizado por el Reglamento de Explosivos, acumulación que por ello representaba un grave peligro para la seguridad pública (144/2008, de 27 de febrero [LA LEY 31964/2008]).

Artículo 568.

La tenencia o el depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o sus componentes, así como su fabricación, tráfico o transporte, o suministro de cualquier forma, no autorizado por las Leyes o la autoridad competente, serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años, si se trata de sus promotores y organizadores, y con la pena de prisión de tres a cinco años para los que hayan cooperado a su formación.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 336, 341, 348, 351, 359, 513.2, 569, 570 y 573.

LECrím.: art. 282 bis.

LOPSC: art. 23.

RD 230/1998, de 16 de febrero, que aprueba el Reglamento de Explosivos.

Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

Bien jurídico protegido

La seguridad pública genéricamente considerada en cuanto se proyecta sobre los riesgos para los bienes, la vida y la integridad personal, el patrimonio y el orden público (854/1999, de 16 de julio [LA LEY 11826/1999], 226/2001, de 1 de marzo [LA LEY 6674/2001] y 1944/2002, de 9 de abril de 2003 [LA LEY 12760/2003]).

Elementos objetivos

Objeto material

Es el Reglamento de Explosivos el que desarrolla el concepto normativo de «materias explosivas». El art. 568 requiere que se trate de sustancias o aparatos explosivos de cierta consistencia y potencia, con riesgo de peligro a la colectividad (878/2001, de 18 de mayo [LA LEY 4726/2001]).

Conducta típica

Tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes (1944/2002, de 9 de abril de 2003 [LA LEY 12760/2003]).

Este delito se aplica habitualmente a los casos de «terrorismo callejero». Se trata de acciones con un diseño perfectamente trazado y con unas finalidades claramente definidas. Constituyen grupos que propugnan la violencia como método de participación política y realizan actos que, por su forma de ejecución, pueden desencadenar gravísimas consecuencias. Los actos se llevan a cabo por grupos de personas, cuyo número es variable, y se materializa en la quema de cajeros, autobuses, mobiliario urbano y ataques a la policía encargada de mantener el orden. Para ello utilizan artefactos incendiarios, cuya disponibilidad tienen desde el momento mismo en que deciden ejecutar las acciones, siendo indiferente donde está constituido el depósito, bastando con el suministro en el momento de realizar la acción o la disponibilidad para que quede configurado el elemento intelectual de la tenencia (829/2007, de 10 de octubre [LA LEY 165814/2007]).

Elementos subjetivos

Su comisión sólo puede ser dolosa (de ahí que no se recoja en el Código Penal la forma culposa) y se precisa de un ánimo de atentar contra la seguridad pública (1944/2002, de 9 de abril de 2003 [LA LEY 12760/2003]) o, en otras palabras, que el autor haya tenido conocimiento de que la tenencia de las sustancias descritas en el tipo penal supone un riesgo prohibido, con voluntad de realizar la conducta pese a ese conocimiento, voluntad que normalmente se infiere de la simple tenencia (854/1999, de 16 de julio [LA LEY 11826/1999], 131/2001, de 6 de febrero [LA LEY 3777/2001], 226/2001, de 1 de marzo [LA LEY 6674/2001], y 601/2002, de 8 de marzo [LA LEY 51168/2002]).

Consumación

Es un delito formal o de simple actividad que no requiere para existir la utilización material de las sustancias o efectos que se describen, ni que se produzca un resultado dañoso para la seguridad pública protegida, por lo que es un delito de peligro abstracto (258/1998, de 28 de febrero [LA LEY 5935/1998], 601/2002, de 8 de marzo [LA LEY 51168/2002], y 1944/2002, de 9 de abril de 2003 [LA LEY 12760/2003]). El peligro de lesionar a terceros deviene de los explosivos mismos y no de los mecanismos que se empleen para explosionarlos (909/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226025/2008]).

Este delito tiene una naturaleza permanente, esto es, la situación antijurídica creada por el mismo sujeto activo se proyecta y prolonga en el tiempo (909/2008, de 26 de diciembre [LA LEY 226025/2008]).

Artículo 569.

Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 31, 127 a 129, 515, 520, 566 y 568.

Artículo 570.

1. En los casos previstos en este capítulo se podrá imponer la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta.

2. Igualmente, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones mencionadas en el mismo, sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de 12 a 20 años.

CONCORDANCIAS

RD 137/1993, de 29 de enero, del Reglamento de armas: arts. 10 y ss. y 59 y ss.

Nueva redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. Anteriormente el texto decía:

«Art. 570.

En los casos previstos en este capítulo, si el delincuente estuviera autorizado para fabricar o traficar con alguna o algunas de las sustancias, armas y municiones mencionadas en el mismo, sufrirá, además de las penas señaladas, la de inhabilitación especial para el ejercicio de su industria o comercio por tiempo de doce a veinte años».

SECCIÓN 2.^a

De los delitos de terrorismo

Artículo 571.

Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los arts. 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.

CONCORDANCIAS

CE: art. 13.3. y 55.2.

CP: arts. 73 y ss., 138 a 140, 147 a 150, 515.2.º, 516, 517.1, 518, 520, 521, 557 a 561, 572, 579 y 580.

LOPJ: art. 23.4.b).

LECrim.: arts. 282 bis, 348 bis, 520 bis, 553 y 579.4.

RP: art. 48.1.2.º.

Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva: art. 4.1.

Convenio Europeo para la represión del terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977 (ratificado por Instrumento de 9 de mayo de 1980).

Convenio Internacional para la represión de la financiación del terrorismo, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1999 (Instrumento de ratificación publicado en *BOE* 23-5-2002).

Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear, hecho en Nueva York el 13 de abril de 2005 (Instrumento de ratificación publicado en *BOE* 19-6-2007).

Convenio relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, hecho en Prüm el 27 de mayo de 2005 (Instrumento de ratificación publicado en *BOE* 25-12-2006).

Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que establece una serie de estrategias de amplio alcance para luchar contra el terrorismo y, en particular, contra la financiación del terrorismo.

Posición común 2001/154/PESC del Consejo de la UE, de 26 de febrero de 2001, que, con arreglo a la Resolución 1333(2000) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, establece entre otras cosas, la congelación de los fondos de Usama Bin Laden y de personas, grupos y entidades asociadas con él.

Reglamento (CE) núm. 881/2002 del Consejo de la UE, de 27 de mayo de 2002, por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usama Bin Laden, la red Al-Qaeda y los talibanes (en su anexo I figura la lista actualizable de las personas, grupos y entidades a los que se aplica el bloqueo de fondos y recursos económicos).

Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo de la UE, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

Posición común 2001/931/PESC del Consejo de la UE, de 27 de diciembre de 2001, sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo (establece en su anexo una lista de personas, grupos y entidades implicados en actos de terrorismo; la última actualización de la lista la constituye la Decisión 2005/428/PESC del Consejo, de 6 de junio de 2005).

Reglamento (CE) núm. 2580/2001 del Consejo de la UE, de 27 de diciembre de 2001, sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo.

Decisión 2003/48/JAI del Consejo de la UE, de 19 de diciembre de 2002, relativa a la aplicación de medidas específicas de cooperación policial y judicial en la lucha contra el terrorismo de acuerdo con el art. 4 de la Posición común 2001/931/PESC.

Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y LO 2/2003, de 14 de marzo, que al complementa.

Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo.

Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo; y su Reglamento de ejecución aprobado por RD 1912/1999, de 17 de diciembre.

RD 288/2003, de 7 de marzo, que aprueba el Reglamento de ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo.

RDL 4/2005, de 11 de marzo, por el que se concede un plazo extraordinario de solicitud de ayudas para las víctimas del terrorismo.

RDL 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas.

Concepto de terrorismo

En el lenguaje común de nuestros días el término terrorismo tiene una indudable connotación negativa, equivalente a maldad, brutalidad y violencia indiscriminada. Y aunque esa violencia puede ser practicada por organizaciones puramente criminales, el término no deja de invocar una motivación o un fin político o ideológico. El Diccionario de la RAE define el terrorismo como la «sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror»; y respecto a la figura del terrorista utiliza diversas acepciones, tales como «persona que practica actos de terrorismo; o dicese de gobierno, partido, etc., que practica el terrorismo». Realmente, el término apareció por primera vez en el Diccionario de la Academia Francesa en 1798 como: «system regime de la terreur», refiriéndose al terror ejercido desde el poder político, pero pasando pronto a ser equivalente a violencia política ejercida «desde abajo», es decir, contra el poder establecido. En la doctrina se destaca que el terrorismo como hecho sociológico es una modalidad de actos violentos, y que desde un plano estructural es una empresa criminal organizada que busca desestabilizar las bases del sistema democrático y los principios que lo fundamentan. Desde un plano psicológico, terror es un término clínico referido a un estado constante de miedo y pánico asociado con un nivel anormalmente alto de excitación psicológica. Y para mantener ese continuo estado de terror, y que la población no se relaje y tranquilice, se reputan necesarios, bien grandes macro-atentados difusos en el tiempo, o bien una constante oleada de pequeños atentados con una continuada presencia en los medios de comunicación. Así, se ha dicho que el terrorismo está constituido por atentados violentos, perpetrados desde la clandestinidad, bien calculados y dirigidos contra un orden político establecido, que tienen por objeto provocar sentimientos de inseguridad general, pero, también, de simpatía y complicidad. Se ha considerado igualmente al terrorismo como una estrategia de comunicación en la que la víctima tiene sólo un valor simbólico, como portadora del mensaje, con efectos masivos, de que a cualquiera puede sucederle lo mismo; sobre todo a aquellos que se interpongan en su camino o se opongan a sus planes; a la vez que se pretende socavar la confianza en el Estado y en su capacidad de proteger a los ciudadanos. Las agrupaciones terroristas, siendo débiles, buscan simpatizantes y aliados, por lo que de algún modo se autolimitan en su estrategia violenta, usando de una economía de la violencia, escogiendo una determinada cantidad de víctimas para poder manipular al resto de acuerdo a sus objetivos; y explotan, por otra parte, incluso —inconfesables— sentimientos de alegría por el mal ajeno y de satisfacción por la puesta en peligro de la vida de los poderosos. En la misma línea, doctrinalmente se sostiene, que si el mensaje revolucionario no tiene suficiente éxito en las masas para rebelarse, se intenta obligar al aparato estatal a que inicie por su lado el proceso de autodestrucción, mediante el principio de «acción-represión». Así, el principio de «provocación» consiste en poner en escena para el público un cambio de papeles: hacer del agresor el agredido y viceversa. Intención que resulta difícil de frustrar, ya que si el provocado no reacciona, corre el riesgo de parecer débil; y si reacciona adoptando medidas enérgicas, se le reprocha rápidamente que lo haga de manera demasiado dura (19 de enero de 2007 [LA LEY 377/2007], «caso Jarrai, Haika y Segi»).

Dada la dificultad de establecer lo que es «terrorismo internacional», la definición ha tardado en aparecer en los instrumentos internacionales. Se pueden citar los esfuerzos de la Conferencia de Varsovia de 1927, donde se intentó unificar la doctrina existente acuñando un concepto de terrorismo, entendido como «el empleo de cualquier medio de hacer correr un peligro común».

Comenzando por el Convenio Europeo para la represión del Terrorismo de 27 de enero de 1977, su art. 1 niega la consideración de delito político al terrorismo, que está integrado por las siguientes: «c) los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos; d) los delitos que impliquen raptos, toma de rehenes o secuestro arbitrario; e) los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas; f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos». Y en su art. 2 se contempla la posibilidad de dispensar el mismo tratamiento «a cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas».

Según el Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, de 15 de diciembre de 1997, «comete delito en el sentido del presente Convenio quien ilícita e intencionadamente entrega, coloca, arroja, o detona un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero en o contra un lugar de uso público, una instalación pública o de gobierno, una red de transporte público o una instalación de infraestructura: a) con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales; o b) con el propósito de causar una destrucción significativa de ese lugar, instalación o red que produzca o pueda producir un grave perjuicio económico». Según la misma disposición, se perseguirá también «la tentativa», la participación «como cómplice» y la de quien «organice o dirija a otros (...) o contribuya de algún otro modo a la comisión» de los aludidos delitos (art. 2.1).

En la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre Orden Europea de Detención y Entrega, aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 13 de junio de 2002, se puede leer (art. 1.1) que «Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional». Actos que consistan en: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados graves contra la integridad física de una persona; c) secuestro o toma de rehenes; d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas; g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios,

inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)». Y en su art. 2, bajo la rúbrica «Delitos relativos a un grupo terrorista», se añade que: «(...) se entenderá por «grupo terrorista» toda organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto período de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo. Por «organización estructurada» se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada (...) Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes: a) dirección de un grupo terrorista; b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista».

El Código Penal francés, en el art. 421.1, define el terrorismo como «aquellas actuaciones individuales o colectivas cuyo objetivo sea alterar gravemente el orden público empleando la intimidación o el terror». En el art. 421.2 dispone que «constituye igualmente un acto de terrorismo, cuando se cometa intencionadamente en relación con una empresa individual o colectiva que tenga por objeto alterar gravemente el orden público por medio de la intimidación o el terror, el hecho de introducir en la atmósfera, sobre el suelo, el subsuelo o en las aguas, con inclusión del mar territorial, una sustancia susceptible de poner en peligro la salud humana o de los animales o el medio natural». Y el art. 421.2.1 dice que «constituye asimismo un acto de terrorismo la participación en un grupo formado o en una organización creada para la preparación, revelada por uno o varios hechos materiales, de uno de los actos de terrorismo mencionados en los artículos anteriores».

El Código Penal alemán, contempla específicamente la constitución de la asociación terrorista en el art. 129.a), considerándola así cuando sus fines o actividad se dirijan a cometer delitos de muerte, homicidio o genocidio y también delitos contra la libertad personal... o crímenes de peligrosidad general, incluyendo los incendios voluntarios, castigando tanto a los líderes como a los miembros y a quienes las apoyen o les hagan publicidad.

En el Reino Unido de Gran Bretaña, la Ley Relativa al Terrorismo, del año 2000, define al terrorismo (art. 1) como la perpetración o la amenaza, dirigida a promover una causa política, religiosa o ideológica, de cometer un acto determinado afectando gravemente a una persona o a un bien, poniendo en peligro la vida, amenazando gravemente la salud o la seguridad de personas o de grupos de personas, o teniendo por objeto perturbar o alterar gravemente el sistema electrónico, a los fines de influenciar o intimidar a la población o a una parte de ella.

El Código Penal canadiense entiende por terrorismo los actos cometidos fuera o dentro de Canadá, previstos en las convenciones internacionales que se citan en el mismo, con finalidad política, religiosa o ideológica y la intención en todo o en parte de intimidación del público o una parte de él en lo relativo a su seguridad, incluida la económica o de compeler a cualquier persona o autoridad a hacer o a abstenerse de hacer algo, que cause intencionadamente la muerte o lesiones graves, ponga en peligro la vida, la salud o la seguridad de las personas, cause daños en propiedades o afecte a servicios esenciales de la comunidad.

Finalmente, el Código Penal Federal de Estado Unidos define el terrorismo internacional como las actividades que impliquen «los actos violentos o actos que pongan en peligro la vida humana y que sean una violación de las Leyes penales de los Estados Unidos o de cualquier Estado, o que supongan una violación penal cuando se cometieren dentro de la jurisdicción de los Estados Unidos o de cualquier Estado; que tengan la intención de intimidar y coaccionar a la población civil; de influenciar a la policía de un gobierno mediante la intimidación o la coacción; o que afecten la conducta de un gobierno por destrucción masiva, asesinatos o raptos y que ocurran primariamente fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos, o trascienden las fronteras nacionales en cuanto a los medios por los que se haya consumado; las personas que en ellos aparezcan pretendiendo intimidar o coaccionar, o el escenario en que sus perpetradores operen o busquen asilo».

Todas las anteriores referencias legales son meridianamente claras y coincidentes a la hora de dotar de un contenido preciso a la expresión «delitos de terrorismo», definido por tanto como **aquellas prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo, generalmente, de forma organizada e invocando fines políticos** (ATS 14 de junio de 2002 [LA LEY 5472/2002]).

Nuestra jurisprudencia mantiene la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 89/1993, de 12 de marzo [LA LEY 2148-TC/1993], y 48/2003, de 12 de marzo LA LEY 1225/2003) según la cual la determinación del carácter de actividad terrorista por la naturaleza de las acciones de quien las comete, es respetuosa con la Constitución, dado que ésta no la define de modo completo, no siendo, por tanto, necesario que exista un concepto legal de terrorismo para que puedan ser castigadas como tales determinadas acciones (19 de enero de 2007 [LA LEY 377/2007], «caso Jarrai, Haika y Segi»).

La Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre [LA LEY 10/1998], señala que «Es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es su teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo produce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política». En la Sentencia 33/1993, de 25 de enero, se puede leer que «el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos». La Sentencia 633/2002, de 21 de mayo, afirma que «El terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción y después da sentido y justificación a la actividad delictiva, aunque también debe recordarse la existencia de diversos tipos de terrorismo que junto con elementos comunes, tienen otros que los diferencian».

Nuestro Código Penal (arts. 571 y ss.) configura los delitos de terrorismo según dos criterios, uno de tipo **teleológico** y otro de carácter **estructural u orgánico**. El primero está representado por la finalidad de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública», perseguida básicamente mediante acciones como «estragos o incendios», atentados contra las personas, tenencia o depósito de armas y explosivos. El segundo criterio reclama que las acciones objeto de imputación hayan sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquellos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pueda hablarse de delincuencia terrorista es la presencia de bandas o grupos armados que recurran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada (556/2006, de 31 de mayo [LA LEY 10/1998], y ATS de 23 de septiembre de 2003).

Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo (503/2008, de 17 de julio [LA LEY 79476/2008]).

Estragos terroristas

Se caracterizan por la concurrencia de tres elementos esenciales: a) la integración en una banda u organización terrorista; b) la utilización de unos determinados medios comisivos —armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, etc.—; y c) en colaboración con los objetivos y fines de aquella organización —carácter tendencial— (1541/2004, de 30 de diciembre [LA LEY 491/2005]).

Artículo 572.

1. Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en el artículo anterior, atentaren contra las personas, incurrirán:

1.º En la pena de prisión de veinte a treinta años si causaran la muerte de una persona.

2.º En la pena de prisión de quince a veinte años si causaran lesiones de las previstas en los arts. 149 y 150 o secuestraran a una persona.

3.º En la pena de prisión de diez a quince años si causaran cualquier otra lesión o detuvieran ilegalmente, amenazaran o coaccionaran a una persona.

2. Si los hechos se realizaran contra las personas mencionadas en el apartado 2 del art. 551 o contra miembros de las Fuerzas Armadas, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Policías de las Comunidades Autónomas o de los Entes locales, se impondrá la pena en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 138 a 140, 147 a 150, 163 a 172, 346, 550 a 552, 555, 566 a 569, 579, 580 y 617.1. LOCFS.

Apartado 1.1.º (muerte)

Hay que estimarlo aplicable a todo ataque intencional contra la vida, ya sea consumado, ya solamente intentado, con la consiguiente rebaja de pena del art. 62 CP en este último caso (1494/2000, de 27 de septiembre [LA LEY 172631/2000]).

No puede cuestionarse la **condición de autor** de quien por el puesto que ocupa en la organización terrorista —condición que debe extraerse de múltiples datos, caso a caso, dada la nota de clandestinidad en que opera el grupo— tiene la capacidad de decidir una concreta acción terrorista, porque es evidente que si esta decisión no se hubiese dado, el hecho no se hubiera cometido, con lo que queda patente la situación de dominio funcional que tuvo del hecho en cuanto que lo concreta y lo transmite a quienes deben de llevarla a cabo. En esta situación, es irrelevante que el objetivo esté concretado en todos sus aspectos o detalles, bastando con que se tome la decisión de atentar mortalmente contra un miembro del Ejército, aunque se deje al grupo ejecutar la determinación de la víctima y demás detalles de llevar a cabo el atentado. En definitiva, la «responsabilidad» de decidir un atentado concreto lo hace partícipe como autor de las consecuencias de la ejecución de lo decidido. No se trata de que actúe como inductor, porque la inducción injerta en el inducido el dolo de delinquir y esa no es la situación de una banda terrorista, en donde el que decide la actuación que debe efectuar el grupo, y el resto de los componentes, están unidos por una misma ideología patógena y dispuestos a efectuar los hechos que se le indiquen, sólo necesitan la orden o autorización para actuar. **En este sentido es claro que todos los que deciden y los ejecutores materiales tienen un condominio del hecho no tanto porque todos realicen o ejecuten en sentido formal todos y cada uno de los elementos del tipo penal, sino porque todos están unidos en un proyecto común concreto de naturaleza clara e inequívocamente delictiva y todos efectúan aportes relevantes a su ejecución, de suerte que es la suma de las respectivas contribuciones al resultado el que permite que éste sea imputable a todos.** A todos y por tanto no sólo a los que intervienen en la ejecución, sino a los que tienen la capacidad de decidir y de ordenar un hecho concreto se les puede imputar el hecho. Los primeros tienen un dominio funcional del hecho, los ejecutores un dominio material. Se trata en definitiva de conductas convergentes —693/2005, de 18 de mayo [LA LEY 12794/2005], y 1568/2005, de 23 de diciembre [LA LEY 247840/2005]—. El tipo penal se produce por la totalidad de las acciones efectuadas de los intervinientes animadas por un fin querido y compartido por todos, por lo que el resultado debe ser atribuido a todos los que pusieron su actitud al servicio de aquel fin, porque todos dominan el hecho en su conjunto (251/2004, de 26 de febrero [LA LEY 12369/2004], 732/2006, de 3 de julio [LA LEY 70360/2006], y 7/2009, de 7 de enero [LA LEY 1177/2009]).

Apartado 1.3.º (amenazas terroristas)

Los delitos de los arts. 571 a 574 CP pertenecen a la clase de los llamados **delitos especiales**, que son aquellos que sólo pueden cometerse por las personas que reúnan determinadas características, en concreto por quienes estén relacionados «con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública». Existen tres posibilidades de relación con tales bandas u organizaciones: a) pertenecer a estas

organizaciones; b) actuar a su servicio; y c) actuar en colaboración con ellas (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007]).

Cuando la amenaza no va dirigida a una persona sino a grupos de personas, se aplica el art. 170 CP (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007]).

Artículo 573.

El depósito de armas o municiones o la tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, serán castigados con la pena de prisión de seis a diez años cuando tales hechos sean cometidos por quienes pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas descritos en los artículos anteriores.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 566, 569, 579 y 580.

LOPSC: art. 23.a).

RD 230/1998, de 16 de febrero, sobre Reglamento de Explosivos: arts. 31 y ss., 150 y ss., y 194 y ss.

Convenio Internacional de Nueva York de 15 de diciembre de 1997 para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, ratificado por Instrumento de 22 de abril de 1999.

Este precepto contiene una agravación específica de los delitos de tenencia y depósito de explosivos y armas de guerra (arts. 566 y 568 CP), cuando se cometen en el marco de la actividad terrorista. Ambas figuras son autónomas y cabe su apreciación en concurso real (1237/1998, de 24 de octubre [LA LEY 1001/1999], 1346/2001, de 28 de junio [LA LEY 1159/2002], y 1304/2003, de 10 de octubre [LA LEY 11237/2004]). No obstante, la Sentencia 699/2007, de 17 de julio [LA LEY 79339/2007], señala que cuando se actúa en el seno o en colaboración de una organización terrorista el acopio de medios destructivos no se realiza metódica y selectivamente sino bajo la intención común de dotar a la organización terrorista de la mayor capacidad destructiva posible, por lo que se produce una escalada o progresión delictiva que agrupa toda la reacción punitiva, de tal forma que la totalidad de la conducta reprochable se integraría en el art. 573, por el principio de especialidad (art. 8.1) o de absorción (art. 8.3) de las figuras genéricas de posesión, tenencia o depósito de los diferentes artefactos que se enumeran.

Artículo 574.

Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, cometan cualquier otra infracción con alguna de las finalidades expresadas en el art. 571, serán castigados con la pena señalada al delito o falta ejecutados en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: art. 571.

El Código Penal construye las tipicidades del terrorismo de los arts. 571 a 575 estructurando una serie de cualificaciones agravatorias sobre la base de determinados tipos delictivos definidos en otros lugares del Código, para los que se prevé una importante exasperación de la pena cuando se realizan perteneciendo, actuando al servicio o con la finalidad de colaborar con las organizaciones terroristas. En esta función agravatoria el art. 574 establece una previsión genérica o de cierre, aplicable a los supuestos que específicamente no hayan sido objeto de cualificación en los anteriores artículos (1180/2003, de 18 de septiembre [LA LEY 2904/2003]).

Artículo 575.

Los que, con el fin de allegar fondos a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas señalados anteriormente, o con el propósito de favorecer sus finalidades, atentaren contra el patrimonio, serán castigados con la pena superior en grado a la que correspondiere por el delito cometido, sin perjuicio de las que proceda imponer conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente por el acto de colaboración.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 73 y ss., 234 a 244, 298 a 304, 576, 579 y 580.

Artículo 576.

1. Será castigado con las penas de prisión de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses el que lleve a cabo, recabe o facilite, cualquier acto de colaboración con las actividades o las finalidades de una banda armada, organización o grupo terrorista.

2. Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y, en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Cuando la información o vigilancia de personas mencionada en el párrafo anterior ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad o el patrimonio de las mismas, se impondrá la pena prevista en el apartado 1, en su mitad superior. Si llegara a ejecutarse el riesgo prevenido, se castigará el hecho como coautoría o complicidad, según los casos.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 27 a 29, 61, 63, 301 a 303, 515.2, 516, 518, 575, 579 y 580.

Aspectos generales

Nuestra jurisprudencia tiene declarado que, desde el punto de vista de la tipicidad de las conductas relacionadas con las actividades terroristas, cabe citar tres modalidades distintas: a) la simple pertenencia a una banda armada, organización o grupo terrorista —art. 515.2.º CP—; b) la genérica colaboración con dichas organizaciones —art. 576 CP—; y c) la comisión o participación en concretas y determinadas conductas delictivas tipificadas en otros preceptos —arts. 571, 572 y ss.— (510/2005, de 22 de abril [LA LEY 12409/2005], y 572/2007, de 18 de junio [LA LEY 139748/2007]).

Elementos objetivos

Este delito castiga supuestos de **colaboraciones genéricas**, que favorecen el conjunto de las actividades o la consecución de los fines de la banda armada, organización o grupo terrorista. Su esencia consiste en poner a disposición de la banda, conociendo sus métodos, informaciones, medios económicos o de transporte, infraestructura o servicios de cualquier tipo, que la organización obtendría más difícilmente sin dicha ayuda externa, prestada precisamente por quienes, sin pertenecer a ella, le aportan su voluntaria colaboración. Incluye aquellas acciones que facilitan cualquiera de las actividades de la organización, y no solamente las acciones armadas. No es necesario que haya una coincidencia de fines, pues aquí no se sanciona la adhesión ideológica o la prosecución de determinados objetivos políticos o ideológicos, sino el poner a disposición de la banda armada determinadas aportaciones, conociendo que los medios y métodos empleados por la organización consisten en hacer uso de la violencia, es decir, del terror y de la muerte, cuando en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro existen cauces pacíficos y democráticos para la prosecución de cualquier finalidad política (197/1999, de 16 de febrero [LA LEY 1822/1999], 532/2003, de 19 de mayo [LA LEY 10435/2004], 580/2005, de 6 de mayo, 797/2005, de 21 de junio [LA LEY 139151/2005], 220/2006, de 22 febrero [LA LEY 2234382/2006], 541/2007, de 14 de junio [LA LEY 60972/2007], 783/2007, de 1 de octubre [LA LEY 139151/2007], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

La aportación debe ser objetivamente relevante, sin que se precise que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades (800/2006, de 13 de julio [LA LEY 70285/2006], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

Elementos subjetivos

El dolo abarca el conocimiento por el autor de la pertenencia a la organización terrorista de aquellos a quienes voluntariamente ayuda precisamente por causa de esa pertenencia, es decir, conciencia de favorecimiento y de la finalidad perseguida por el terrorista (772/1999, de 14 de mayo [LA LEY 5820/1999] y 532/2003, de 19 de mayo [LA LEY 10435/2004]). El dolo del autor debe conocer y querer la colaboración que presta a la banda armada, estando incluido el dolo eventual para colmar las exigencias del tipo (304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

Consumación

Es un delito de mera actividad y de peligro abstracto —como se deduce del último párrafo del apartado segundo del precepto— que se aplica precisamente cuando no está relacionado específicamente con otros delitos. Tiene la naturaleza de tracto sucesivo al estar constituido normalmente por una pluralidad de acciones —«(...) son actos de colaboración (...)»—. El legislador, en atención a la especial relevancia constitucional de los bienes jurídicos protegidos —la vida, la seguridad de las personas, la paz social—, se ha visto compelido a anticipar la barrera de protección penal, recreando una figura delictiva en la que no se exige un resultado o modificación del mundo exterior, por cobrar un especial desvalor el acto en sí, sin perjuicio evidentemente de la existencia de un aprovechamiento de la acción llevada a cabo por el sujeto activo del delito por parte de los miembros de dichas organizaciones o bandas (532/2003, de 19 de mayo [LA LEY 10435/2004], 220/2006, de 22 febrero [LA LEY 2234382/2006], 572/2007, de 18 de junio [LA LEY 139748/2007], 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008], y 319/2008, de 4 de junio [LA LEY 68706/2008]).

La consumación puede producirse con un solo acto típico de los previstos en el Código Penal, como modalidades de ayuda delictiva a los fines de una organización terrorista. No obstante, si esta conducta de colaboración se mantiene en el tiempo, podría integrar, a efectos punitivos, una modalidad de delito permanente que cesa en el momento en que el sujeto activo decide desligarse de las actividades de colaboración que venía prestando (918/2004, de 16 de julio [LA LEY 1880/2004]).

Concursos

Este delito de colaboración con las actividades o finalidades de una banda armada, se diferencia del **delito de integración en banda armada** (art. 516 CP) precisamente por el grado de integración en la organización terrorista: la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, determina la integración, mientras que la episódica o eventual colaboración conduce al delito sancionado en este art. 576 CP, que específicamente se refiere a «cualquier acto de colaboración». La integración o pertenencia a banda armada supone una «comunidad» más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda. En cambio, la mera colaboración sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, mediante comportamientos propios de la complicidad, debiendo encontrarse en cada caso y en atención a las concretas circunstancias el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración (668/1995, de 16 de mayo [LA LEY 14524/1995], 1581/2000, de 18 de octubre [LA LEY 11306/2000], 1346/2001, de 28 de junio [LA LEY 1159/2002], 1127/2002, de 17 de junio [LA LEY 382/2003], 785/2003, de 29 de mayo [LA LEY 96354/2003], 541/2007, de 14 de junio [LA LEY 60972/2007], 655/2007, de 25 de junio [LA LEY 79570/2007], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

El delito de colaboración contempla conductas de cooperación genérica que, por sí mismas y consideradas aisladamente, no son actividades delictivas específicamente penadas en otros artículos del Código Penal. Si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se estaría en el área de la participación en tal delito —autoría o complicidad, según los casos— pero no el de la colaboración (1215/2006, de 4 de diciembre [LA LEY 175832/2006], 699/2007, de 17 de julio [LA LEY 79339/2007], y 304/2008, de 5 de junio [LA LEY 74055/2008]).

Quedan claramente fuera de los actos típicos de colaboración, entre otros, los atracos con objeto de recaudar fondos para financiar las actividades terroristas, las falsificaciones de documentos de identidad y por, supuesto, la tenencia, custodia o depósito de armas de cualquier clase (699/2007, de 17 de julio [LA LEY 79339/2007]).

Artículo 576 bis.

(...)

Derogado por Ley Orgánica 2/2005, de 22 de junio, que entró en vigor el 24 de junio. Este precepto había sido introducido por la Ley Orgánica 20/2003, de 23 de diciembre, y su texto era el siguiente:

«Artículo. 576 bis.

1. La autoridad o funcionario público que allegara fondos o bienes de naturaleza pública, subvenciones o ayudas públicas de cualquier clase a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos por resolución judicial por llevar a cabo conductas relacionadas con los delitos a que se refiere esta Sección, así como a los partidos políticos, personas físicas o jurídicas, entidades sin personalidad jurídica y, en particular, grupos parlamentarios o agrupaciones de electores que, de hecho, continúen o sucedan la actividad de estos partidos políticos disueltos o suspendidos será castigado con la pena de tres a cinco años de prisión.

2. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado anterior a la autoridad o funcionario público que continuase con las conductas previstas en este artículo una vez requerido judicial o administrativamente para que cese en las citadas conductas».

Artículo 577.

Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 147 a 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaren a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos, daños de los tipificados en los arts. 263 a 266, 323 o 560, o tenencia, fabricación, depósito, tráfico, transporte o suministro de armas, municiones o sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 138 a 140, 147 a 150, 163 a 172, 263 a 266, 323, 346, 351, 557 a 561, 563 a 570, 571 a 574 y 580.

Redactado por Ley Orgánica 7/2000, 22 diciembre, que modifica el Código Penal y la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y que entró en vigor el 24 de diciembre de 2000. El texto anterior decía así:

«Art. 577.

Los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista, y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, cometieren homicidios, lesiones de las tipificadas en los arts. 149 o 150, detenciones ilegales, secuestros, amenazas o coacciones contra las personas, o llevaran a cabo cualesquiera delitos de incendios, estragos o tenencia, tráfico y depósitos de armas o municiones, serán castigados con la pena que corresponda al hecho cometido, en su mitad superior».

La reforma de diciembre de 2000 ha perfilado este tipo de conductas conocidas como «terrorismo urbano».

Constituye una cláusula penológica de específica agravación aplicable a los delitos que enumera cuando se cometan por personas que **no pertenezcan** a una banda armada, organización o grupo terrorista, y siempre con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública. Una acción puede ser perfectamente considerada terrorista aunque su autor no esté integrado en una organización de esa índole, como es el caso de este artículo, en el que lo determinante es, por tanto, el grave contenido material de la conducta objetiva realizada por el sujeto. Las organizaciones terroristas suelen servirse de núcleos o entornos afines que pueden seguir las directrices marcadas por la organización o, viceversa, éstas pueden desplegar su actividad terrorista siguiendo la instigación o inducción de aquellos que actúan en el seno de los núcleos afines (1523/2004, de 23 diciembre [LA LEY 419/2005]).

La Sentencia 299/2005, de 7 marzo, confirmó la condena por este **delito de amenaza terrorista** a un simpatizante de ETA que empleó la frase «qué poco te queda» (bien expresiva de que se está amenazando con una pronta muerte a su destinataria) para dirigirse a una concejal del PSE, vecina y conocida suya, quien ese mismo año había participado en manifestaciones de signo contrario y había sufrido un atentado terrorista con unos cócteles «Molotov» colocado por desconocidos: «la frase amenazante proferida pretendía perturbar el sentimiento de seguridad vital en su destinataria, con la finalidad de aumentar el estado de desasosiego en la convivencia social de la Comunidad Vasca y consiguió esos propósitos hasta el punto de que la víctima hubo de ser provista de escolta». La Sentencia 1523/2004, de 23 de diciembre [LA LEY 419/2005], aplica idéntico delito a un participante habitual de la «Kale Borroka» que, con la intención de atemorizar a un concejal del PP y conseguir que abandonara su residencia en el País Vasco, confeccionó y depositó en todos los buzones del edificio donde radicaba su domicilio una carta panfleto de contenido claramente amenazante.

Artículo 578.

El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los arts. 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con la pena de prisión de uno

a dos años. El Juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que el mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el art. 57 de este Código.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17, 18, 57, 208 y 571 a 577.

Redactado por Ley Orgánica 7/2000, 22 diciembre, que modifica el Código Penal y la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y que entró en vigor el 24 de diciembre de 2000. El texto anterior (que ha sido trasladado al siguiente artículo) decía así:

«Art. 578.

La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 577, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores».

Aspectos generales

Este delito fue introducido por la reforma de la Ley Orgánica 7/2000. En su Exposición de Motivos se indica que:

«La introducción de un nuevo tipo penal de exaltación del terrorismo en el nuevo art. 578 del Código Penal se dirige a sancionar a quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o difusión los delitos de terrorismo o a quienes participen en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares.

Las acciones que aquí se penalizan, con independencia de lo dispuesto en el art. 18 del propio Código, constituyen no sólo un refuerzo y apoyo a actuaciones criminales muy graves y a la sostenibilidad y perdurabilidad de las mismas, sino también otra manifestación muy notoria de cómo por vías diversas generará el terror colectivo para hacer avanzar los fines terroristas.

No se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad. Por el contrario, se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal».

Para centrar la interpretación y alcance de la conducta típica contenida en el art. 568 CP no es de más enmarcar el precepto dentro de los valores de la Constitución que podrían limitarlo o exigir una interpretación restrictiva. Uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, propio de un Estado Democrático de Derecho, es el pluralismo político —art. 1.º CE.— al que va ligado el derecho a la libertad ideológica —art. 16 CE.—, que el art. 20 de dicha Carta Magna concreta en los derechos a la libertad de expresión e información, si bien establece que esas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el mismo título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y especialmente en los derechos al honor, a la intimidad,

a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. Si dentro de estos derechos la jurisprudencia constitucional ha destacado el papel primordial que la libertad de expresión juega en una sociedad democrática y la necesidad de interpretar restrictivamente los tipos penales que inciden en ella, no es menos cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado por vía de principio que, en una sociedad democrática, determinadas restricciones a la libertad de expresión puedan ser legítimas y necesarias ante conductas que puedan incitar a la violencia o que puedan provocar especial impacto dentro de un contexto terrorista (585/2007, de 20 de junio [LA LEY 27957/2007], y 539/2008, de 23 de septiembre [LA LEY 137699/2008]).

Su constitucionalidad está fuera de toda duda. No conculca el derecho constitucional de la libertad de expresión porque lo que protege es el rechazo a los que se manifiestan ensalzando la actividad delictiva de otros. Si lo único que hay es coincidencia de una ideología política hasta incluso una idea de la configuración del Estado distinta de la que determina el Texto Constitucional, el que se exponga no conlleva ninguna repercusión. Sin embargo, sí entra en juego este precepto cuando se sobrepasa esa expresividad de esa afinidad ideológica pasando a alabar las conductas delictivas en pro de esa aspiración al cambio del mapa geográfico de España (SAN, 4.ª, 23/2009, de 3 de junio [LA LEY 67910/2009]).

Enaltecimiento o justificación del terrorismo

Elementos objetivos

Son elementos de esta figura delictiva los siguientes: a) la existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. «Enaltecer» equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo; aparece emparentado, pero tiene un significado más amplio, con el concepto de apología del párrafo II del art. 18.1 CP. «Justificar» quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal; b) el objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos: i) cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 571 a 577; ii) cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. No es necesario identificar a una o a varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de delitos; y c) tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser evidentemente un periódico que se distribuye entre sus lectores, cualquiera que sea la extensión de tal distribución (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007], 656/2007, de 17 de julio [LA LEY 79306/2007], y 539/2008, de 23 de septiembre [LA LEY 137699/2008]).

Los actos de «enaltecimiento o justificación» tienen que estar dotados de una publicidad de cierta calidad y capacidad de incidencia —«medios de expresión pública o difusión»—, e inscribirse en una línea clara de concreto apoyo a acciones específicas de carácter terrorista en sentido estricto (ATS de 23 de septiembre de 2003).

El ATS de 23 de mayo de 2002 [LA LEY 4766/2002] señala que las conductas de apología del terrorismo, con independencia de la ubicación que decida darles el legislador, no son delitos de terrorismo. Hay que distinguir entre los que son actos y delitos de terrorismo (arts. 571 a 577 CP) y los que, sin ser actos de terrorismo, expresan alguna forma de apoyo o solidaridad moral con los mismos o sus autores, manifestada públicamente («enaltecimiento o justificación»); a esto último se le denomina **apología**. La STC 199/1987, de 16 de diciembre [LA LEY 53413-JF/0000], se expresó de forma inequívoca al respecto: «La manifestación pública, en términos de elogio o de

exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas acciones delictivas, no puede ser confundida con tales actividades».

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en su Sentencia de 31 de marzo de 2004 [LA LEY 1021/2004], condenó como autor de este delito de apología del terrorismo a quien había realizado determinadas declaraciones ante los medios de comunicación tras un funeral, ya que de su contenido no se podía deducir sin más que se trataba de «opinar —más o menos acertadamente— sobre unas realidades históricas que pueden someterse a crítica, sino dictaminar positivamente, con designio inductivo, y elegir —propugnándola e identificándose con ella— la tesis de que la lucha armada de la organización terrorista ETA resulta indispensable para conquistar un derecho de autodeterminación imposible de alcanzar por cauces distintos de los de acción violenta (...) Lo cual desborda los límites del concepto de opinión y hace saber públicamente que el mantenimiento de la lucha armada de la organización terrorista equivale al único y último remedio utilizable para lograr unos efectos cuya producción desea el acusado y con los que no sólo simpatiza, sino que, fuera de toda duda, se compromete irreversiblemente».

En iguales términos, esa misma Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco había dictado la Sentencia de 5 septiembre 2003 [LA LEY 1461128/2003], condenando a un parlamentario vasco perteneciente a Batasuna como autor de un delito de enaltecimiento de acciones terroristas, pues en una intervención en la asamblea legislativa se dirigió a la sociedad en términos de reivindicación y advertencia, encomiando los resultados de las acciones terroristas de ETA, desbordando así los límites del concepto de opinión. La Sentencia del Tribunal Supremo 1533/2004, de 21 diciembre [LA LEY 325/2005], revocó dicha condena al considerar que el acusado había actuado en su condición de diputado autonómico en una sesión parlamentaria, por lo que estaba amparado por la inviolabilidad de las opiniones expresadas en la Cámara, que es la que debería haber controlado y corregido los excesos en sus manifestaciones.

La Sentencia 585/2007, de 20 de junio [LA LEY 27957/2007], confirmó la condena por este delito de un destacado representante de la ilegalizada Batasuna, que elogió y ensalzó a un autor de delitos de terrorismo en un acto de homenaje al mismo, sin que tenga efecto exonerador la inclusión en el alegato de alabanzas políticas o familiares.

Y la Sentencia 539/2008, de 23 de septiembre [LA LEY 137699/2008], confirmó la condena por este delito a quienes enarbolaron la bandera con el símbolo de ETA en un estadio de fútbol mientras se jugaba un partido: «la riqueza semiótica del gesto de enarbolar la bandera incautada comporta, sin duda, justificar el crimen terrorista y enaltecer a los autores, así como hacer aparecer como acciones lícitas y legítimas aquéllas que sólo constituyen la expresión de un comportamiento criminal».

Concursos

Si la publicación tiene una parte que constituye delito de amenazas y otra que encaja en la figura de enaltecimiento o justificación, constituyendo por ello una misma acción cuyo contenido alberga dos infracciones punibles, nos encontraríamos ante un concurso ideal del art. 77.2 CP (149/2007, de 26 de febrero [LA LEY 2393/2007]).

Menosprecio a las víctimas del terrorismo

Este precepto describe una segunda conducta punible consistente en la realización de actos que entrañen descrédito —disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas—, menosprecio —equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o

desdén—, o humillación—herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo— de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares (656/2007, de 17 de julio [LA LEY 79306/2007]).

El concepto de «víctimas» es específico y debe determinarse conforme a la legislación específica en materia de ayudas, asistencia y solidaridad con las víctimas del terrorismo y de delitos violentos en general, de la que se desprende que serían víctimas «directas» las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia de cualquier delito terrorista; y en caso de muerte, a título de víctimas «indirectas», diversos familiares—cónyuge o persona que viniera conviviendo con el fallecido de forma permanente, hijos o padres, según los casos— (656/2007, de 17 de julio [LA LEY 79306/2007]).

Artículo 579.

1. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los arts. 571 a 578 se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondan, respectivamente, a los hechos previstos en los artículos anteriores.

2. Los responsables de los delitos previstos en esta Sección, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, serán también castigados con la pena de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, en su caso, en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.

3. En los delitos previstos en esta Sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16.3, 17, 18, 21.4.^a y 5.^a, 40, 41, 67, 139, 141, 151, 168, 269, 304, 373, 376, 427, 519, 548, 553, 571 a 580, 585 y 615.

Redactado por Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, que modifica el Código Penal y la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo, y que entró en vigor el 24 de diciembre de 2000. El texto anterior decía así:

«Art. 579.

En los delitos previstos en esta Sección, los Jueces y Tribunales, razonándolo en sentencia, podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito de que se

trate, cuando el sujeto haya abandonado voluntariamente sus actividades delictivas y se presente a las autoridades confesando los hechos en que haya participado y además colabore activamente con éstas para impedir la producción del delito o coadyuve eficazmente a la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas a los que haya pertenecido o con los que haya colaborado».

La creación de un nuevo delito en el art. 578 por la Ley Orgánica 7/2000, ha originado que en este precepto se refundan los anteriores arts. 578 y 579. Además, la pena de inhabilitación absoluta, que hasta entonces era pena accesoria en los delitos de terrorismo, se introduce como pena principal, limitando así la posibilidad de que quien resulte condenado por delitos de terrorismo y que, por tanto, ha atentado gravemente contra la democracia y el propio Estado de Derecho, acceda inmediatamente a cargos públicos representativos.

Artículo 580.

En todos los delitos relacionados con la actividad de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas, la condena de un Juez o Tribunal extranjero será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de aplicación de la agravante de reincidencia.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.8.^a, 136, 190, 375 y 388.
LOPJ: art. 23.4.b).

TÍTULO XXIII

DE LOS DELITOS DE TRAICIÓN Y CONTRA LA PAZ O LA INDEPENDENCIA DEL ESTADO, Y RELATIVOS A LA DEFENSA NACIONAL

CAPÍTULO I

Delitos de traición

CONCORDANCIAS

Para todos los delitos del presente Capítulo:

CPM: arts. 49 a 51, el art. 17 del mismo CPM establece el concepto de «enemigo».
CE: art. 102.2.
Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982: art. 169.
LOPJ: art. 23.3.a).

Artículo 581.

El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertare con ella para el mismo fin, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

CONCORDANCIAS

CE: art. 102.2.
CP: arts. 590 y 592.
LOPJ: art. 23.3.a).
CPM: art. 49.1.º.

Artículo 582.

Será castigado con la pena de prisión de doce a veinte años:

1.º El español que facilite al enemigo la entrada en España, la toma de una plaza, puesto militar, buque o aeronave del Estado o almacenes de intendencia o armamento.

2.º El español que seduzca o allegue tropa española o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas estando en campaña.

3.º El español que reclute gente o suministre armas u otros medios eficaces para hacer la guerra a España, bajo banderas enemigas.

CONCORDANCIAS

CP: 583 y 595 CP
CPM: art. 49. 5.º

Artículo 583.

Será castigado con la pena de prisión de doce a veinte años:

1.º El español que tome las armas contra la Patria bajo banderas enemigas. Se impondrá la pena superior en grado al que obre como jefe o promotor, o tenga algún mando, o esté constituido en autoridad.

2.º El español que suministre a las tropas enemigas caudales, armas, embarcaciones, aeronaves, efectos o municiones de intendencia o armamento u otros medios directos y eficaces para hostilizar a España, o favorezca el progreso de las armas enemigas de un modo no comprendido en el artículo anterior.

3.º El español que suministre al enemigo planos de fortalezas, edificios o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan directamente al mismo fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas.

4.º El español que, en tiempo de guerra, impida que las tropas nacionales reciban los auxilios expresados en el número 2.º o los datos y noticias indicados en el número 3.º de este artículo.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 582.3.º, 587, 595 y 596.

CPM: art. 49.2.º y 3.º (cuyo art. 14 establece el sentido de la locución «en tiempo de guerra»).

Artículo 584.

El español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional, será castigado, como traidor, con la pena de prisión de seis a doce años.

CONCORDANCIAS

L 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales: arts. 1, 2, 3 y 8 a 13, modificada por L 48/1978, de 7 de octubre, y su Reglamento aprobado por D 242 /1969, de 20 de febrero; RD 2632/1985, de 27 de diciembre, sobre estructura interna y relaciones del Centro Superior de Información de la Defensa.

CPM: art. 52.

LECrim: arts. 573 a 578.

Acuerdo, hecho en Washington el 12 de marzo de 1984, sobre seguridad de información militar clasificada entre España y los Estados Unidos de América.

Acuerdos de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) de 21 de septiembre de 1960 y de 9 de octubre de 1970, a los que España se adhirió por instrumento de 17 de julio de 1987, relativos a la salvaguarda mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la energía atómica, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y modificado por el Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986: art. 194.

Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992.

Artículo 585.

La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores de este capítulo, serán castigadas con la pena de prisión inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 17 y 18.

CPM: arts. 66 y 67.

Artículo 586.

El extranjero residente en España que cometiere alguno de los delitos comprendidos en este capítulo será castigado con la pena inferior en grado a la señalada para ellos, salvo lo establecido por Tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de Organizaciones internacionales.

CONCORDANCIAS

CE: art. 13.4.

LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 14/2003, de 20 de noviembre y desarrollada por RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

L 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la L 9/1994, de 19 de mayo, y su Reglamento, aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero.

Convención Internacional sobre el Estatuto del refugiado hecho en Ginebra el 26 de julio de 1951, y su Protocolo hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967, a la que España se adhirió por Instrumento de 22 de julio de 1978.

Artículo 587.

Las penas señaladas en los artículos anteriores de este capítulo son aplicables a los que cometieren los delitos comprendidos en los mismos contra una potencia aliada de España, en caso de hallarse en campaña contra el enemigo común.

CONCORDANCIAS

CP: art. 616.

CPM: art. 65, cuyos arts. 13 y 17 establecen los conceptos de «potencia aliada» y «enemigo», respectivamente.

Artículo 588.

Incurrirán en la pena de prisión de quince a veinte años los miembros del Gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 63.3, 74, 94, 97 y 102.

LOPJ: art. 57.2.º.

L 5/ 2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional.

L 6/ 1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.

CAPÍTULO II

Delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado**Artículo 589.**

El que publicare o ejecutare en España cualquier orden, disposición o documento de un Gobierno extranjero que atente contra la independencia o seguridad del Estado, se oponga a la observancia de sus Leyes o provoque su incumplimiento, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 1, 2, 8.

CP: art. 616.

LOPJ: art. 23.3.a).

Artículo 590.

1. El que, con actos ilegales o que no estén debidamente autorizados, provocare o diere motivo a una declaración de guerra contra España por parte de otra potencia, o expusiere a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes, será castigado con la pena de prisión de ocho a quince años si es autoridad o funcionario, y de cuatro a ocho si no lo es.

2. Si la guerra no llegara a declararse ni a tener efecto las vejaciones o represalias, se impondrá, respectivamente, la pena inmediata inferior.

CONCORDANCIAS

CE: arts. 1, 2.

CP: arts. 16, 24, 581, 588 y 616.

CPM: arts. 49, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 133.

Artículo 591.

Con las mismas penas señaladas en el artículo anterior será castigado, en sus respectivos casos, el que, durante una guerra en que no intervenga España, ejecutare cualquier acto que comprometa la neutralidad del Estado o infringiere las disposiciones publicadas por el Gobierno para mantenerla.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 581 y 616.

CPM: arts. 57, 58, 60, 61, 62 y 63.

Artículo 592.

1. Serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años los que, con el fin de perjudicar la autoridad del Estado o comprometer la dignidad o los intereses vitales de España, mantuvieran inteligencia o relación de cualquier género con Gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos, Organismos o Asociaciones internacionales o extranjeras.

2. Quien realizara los actos referidos en el apartado anterior con la intención de provocar una guerra o rebelión será castigado con arreglo a los arts. 581, 473 ó 475 de este Código según los casos.

CONCORDANCIAS

CP: art. 616.

Artículo 593.

Se impondrá la pena de prisión de ocho a quince años a quien violare tregua o armisticio acordado entre la Nación española y otra enemiga, o entre sus fuerzas beligerantes.

CONCORDANCIAS

CPM: art. 72.

Artículo 594.

1. El español que, en tiempo de guerra, comunicare o hiciere circular noticias o rumores falsos encaminados a perjudicar el crédito del Estado o los intereses de la Nación, será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años.

2. En las mismas penas incurrirá el extranjero que en el territorio español realizare cualquiera de los hechos comprendidos en el apartado anterior.

CONCORDANCIAS

CE: art. 20.1.d).

CPM: arts. 49.8.º, 64 y 115.

CP: art. 284 y 616.

Artículo 595.

El que, sin autorización legalmente concedida, levantara tropas en España para el servicio de una potencia extranjera, cualquiera que sea el objeto que se proponga o la Nación a la que intente hostilizar, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 582.2.º, 583 y 616.

Artículo 596.

1. El que, en tiempo de guerra y con el fin de comprometer la paz, seguridad o independencia del Estado, tuviere correspondencia con un país enemigo u ocupado por sus tropas cuando el Gobierno lo hubiera prohibido, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años. Si en la correspondencia se dieran avisos o noticias de las que pudiera aprovecharse el enemigo se impondrá la pena de prisión de ocho a quince años.

2. En las mismas penas incurrirá el que ejecutare los delitos comprendidos en este artículo, aunque dirija la correspondencia por país amigo o neutral para eludir la Ley.

3. Si el reo se propusiera servir al enemigo con sus avisos o noticias, se estimará comprendido en el número 3.º o el número 4.º del art. 583.

CONCORDANCIAS

CP art. 616.

CPM: arts. 14, 17 y 49.10.º.

Artículo 597.

El español o extranjero que, estando en el territorio nacional, pasare o intentare pasar a país enemigo cuando lo haya prohibido el Gobierno, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 16, 62, 64 y 616.

CPM: arts. 17 y 49.6.º.

CAPÍTULO III**Del descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional**

Rúbrica del capítulo modificada por la LO 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del CPM, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

División en secciones derogada por la LO 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del CPM, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

CONCORDANCIAS

L 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales, modificada por L 48/1978, de 7 de octubre.

CPM: arts. 53 a 56.

Acuerdo de 21 de septiembre de 1960 de la OTAN para la salvaguardia mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa respecto de las cuales se hayan presentado solicitudes de patentes, al que España se adhirió por Instrumento de 17 de julio de 1987.

Acuerdo de 19 de octubre de 1970 de la OTAN sobre la comunicación de información técnica con fines de defensa, al que España se adhirió por Instrumento de 17 de julio de 1987.

Acuerdo de Seguridad de la Unión Europea Occidental, hecho en Bruselas el 28 de marzo de 1995 y ratificado por España por Instrumento de 2 de febrero de 1996.

Estatuto del personal del Centro Superior de Información de la Defensa, aprobado por RD 1324/1995, de 28 de julio: Disp. Adic. 2.^a y arts. 44 y ss. y 49.

Artículo 598.

El que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procure, revelar, falsearse o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o la defensa nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

En la Sentencia 12/1997, de 18 febrero [LA LEY 172631/2000], la Sala Quinta aborda un problema de concurso entre este delito del art. 598 CP y art. 53 CPM, y aclara que, en la conducta prevista en el primero de los artículos citados, puede ser cualquiera; mientras que, en la prevista en el art. 53 CPM, tiene que ser forzosamente quien posea la condición de militar, lo que configura al primer delito como «común» y al segundo como «especial», según terminología generalmente usada por la doctrina. Los arts. 598 CP y 53 CPM no se encuentran, pues, en una relación de alternatividad, porque ambos contengan exactamente el mismo tipo de conducta antijurídica —ya hemos visto que no la contienen—; sino en una relación de género/especie, siendo genérico el primer precepto y especial el segundo por incorporar un elemento diferenciador ausente en el primero. De acuerdo con el art. 8.1 CP «el precepto especial se aplicará con preferencia al general».

Artículo 599.

La pena establecida en el artículo anterior se aplicará en su mitad superior cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que el sujeto activo sea depositario o concededor del secreto o información por razón de su cargo o destino.

2.º Que la revelación consistiera en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22, 7.º, 67, 415, 615 y 616.

CPM: arts. 14, 50, 52, 53 y 54.

Artículo 600.

1. El que sin autorización expresa reprodujere planos o documentación referentes a zonas, instalaciones o materiales militares que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento esté protegido y reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Con la misma pena será castigado el que tenga en su poder objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o a la defensa nacional, sin cumplir las disposiciones establecidas en la legislación vigente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 414, 615 y 616.

CPM: art. 55.

L 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales: arts. 1, 2, 3 y 8 a 13, modificada por L 48/1978, de 7 de octubre, y su Reglamento aprobado por D 242/1969, de 20 de febrero; RD 374/1989, de 31 de marzo, por el que se modifica el Reglamento de instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

Artículo 601.

El que, por razón de su cargo, comisión o servicio, tenga en su poder o conozca oficialmente objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta o de interés militar, relativos a la seguridad nacional o la defensa nacional, y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 12, 599.1.ª y 616.

CPM: art. 56.

L 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales: arts. 1, 2, 3 y 8 a 13, modificada por L 48/1978, de 7 de octubre, y su Reglamento aprobado por D 242/1969, de 20 de febrero.

Artículo 602.

El que descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, salvo que el hecho tenga señalada pena más grave en otra Ley.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 8, 417, 615 y 616.

CPM: arts. 50 y 52 a 56.

Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear.

Artículo 603.

El que destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización la correspondencia o documentación legalmente calificada como reservada o secreta, relacionadas con la defensa nacional y que tenga en su poder por razones de su cargo o destino, será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

CONCORDANCIAS

CP: art. 414, 598, 615 y 616.

CPM: art. 60.

Artículo 604.

El que, citado legalmente para el cumplimiento del servicio militar, no se presentare sin causa justificada, retrasando su incorporación al mismo por tiempo superior a un mes, o, no habiéndose incorporado aún a las Fuerzas Armadas, manifestare explícitamente en el expediente su negativa a cumplir el mencionado servicio sin causa legal alguna, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a seis años.

La inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus Organismos autónomos y, además, la imposibilidad de obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo durante el período de condena.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará exento del cumplimiento del Servicio Militar, excepto en el supuesto de movilización por causa de guerra.

Artículo modificado por LO 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, por la que se suprimen las penas de prisión y multa para los supuestos de no cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y se rebajan las penas de inhabilitación para dichos supuestos.

Artículo derogado por LO 3/2002, de 22 de mayo, por la que se modifican la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, y la LO 13/1985, de 9 de diciembre, del CPM, en materia de delitos relativos al servicio militar y a la prestación social sustitutoria.

TÍTULO XXIV

DELITOS CONTRA LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

Delitos contra el derecho de gentes

Artículo 605.

1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión de veinte a veinticinco años. Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años.

2. El que causare lesiones de las previstas en el art. 149 a las personas mencionadas en el apartado anterior, será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años.

Si se tratara de alguna de las lesiones previstas en el art. 150 se castigará con la pena de prisión de ocho a quince años, y de cuatro a ocho años si fuera cualquier otra lesión.

3. Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los números precedentes, o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su mitad superior.

CONCORDANCIAS

Convención hecha en Nueva York sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, incluidos agentes diplomáticos, de 14 de diciembre de 1973, al que España se adhirió por Instrumento de 26 de julio de 1985.

Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados; Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, al que España se adhirió en 21 de noviembre de 1967.

Convención sobre la seguridad del personal de Naciones Unidas y el personal asociado, hecho en Nueva York el 9 de diciembre de 1994 y que España ratificó por Instrumento de 11 de diciembre de 1997.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma 17 de julio de 1998, ratificado por España el 19 de octubre de 2000; L 6/2000, de 4 de octubre por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

CP: arts. 22, 66, 138 a 140, 147 a 150, 263 y ss. 606, 615, 616 y 617.

Artículo 606.

1. El que violare la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.

2. Cuando los delitos comprendidos en este artículo y en el anterior no tengan señalada una penalidad recíproca en las leyes del país a que correspondan las personas ofendidas, se impondrá al delincuente la pena que sería propia del delito, con arreglo a las disposiciones de este Código, si la persona ofendida no tuviese el carácter oficial mencionado en el apartado anterior.

CONCORDANCIAS

CP: art. 605.

CAPÍTULO II

Delitos de genocidio

Artículo 607.

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2.º Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 149.

3.º Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el art. 150.

4.º Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5.º Con la de prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2.º y 3.º de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.

CONCORDANCIAS

Convenio de 9 de diciembre de 1948 para la prevención y sanción del delito de genocidio, al que España se adhirió el 13 de septiembre de 1968.

PIDCP: art. 3.º, párrafo 3.º.

LOPJ: art. 23.

Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales, hecho en Estrasburgo el 1 de febrero de 1995 y ratificado por España por Instrumento de 20 de julio de 1995.

Resolución de 19 de octubre de 1993 de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 827/1993, de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creando un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes perpetrados en la antigua Yugoslavia y documento anejo, modificada por Resolución 1329/2000, de 30 de noviembre, del mismo Consejo, publicada por Resolución de 26 de febrero de 2001.

LO 15/1994, de 1 de junio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia.

Acuerdo entre el Reino de España y las Naciones Unidas sobre la ejecución de condenas impuestas por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, hecho en La Haya el 28 de marzo de 2000.

Resolución de 10 de mayo de 1995 de la Secretaría General Técnica, por la que se publica la Resolución 955 (1994), de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales perpetrados en Ruanda, modificada por Resolución 1329 (2000), del mismo Consejo, publicada por Resolución de 26 de febrero de 2001.

LO 4/1998, de 1 de julio, para la cooperación con el Tribunal Internacional para Ruanda.

Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma 17 de julio de 1998, ratificado por España el 19 de octubre de 2000; L 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autoriza la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

LO 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional.

ECPI: art. 6.

Cuestiones de jurisdicción y competencia

Los Autos de la AN de 4 de noviembre (Sección 3.ª) y de 5 de noviembre (Sección 1.ª) de 1998, el primero referido a los hechos ocurridos durante la represión de la dictadura argentina y el segundo a los acaecidos durante la dictadura chilena de Augusto Pinochet. Ambas resoluciones consideran que tales hechos constituían genocidio según la legislación española y declaraban la Jurisdicción de España para el conocimiento de los mismos de conformidad con el art. 23 LOPJ.

El ATS de 14 de junio de 2002 [LA LEY 5472/2002] rechaza la tesis del Ministerio Fiscal que pretendía la persecución, más allá de nuestras fronteras, de las conductas previstas en el art. 607.2 CP estimando que, ni en el plano teórico, ni en la normativa internacional, ni en el de derecho interno, encuentra apoyo ese juicio del Fiscal. De una parte, porque el delito de apología se comete expresando un punto de vista, difundiendo una opinión. Y, de otra, porque de acuerdo con el Convenio para la prevención y castigo del genocidio, la apología de éste no es genocidio; como resulta de su artículo II, que sólo incluye en esa categoría típica los actos consistentes en matanzas, lesiones graves a la integridad física o mental, sometimiento a condiciones de existencia destructivas, medidas destinadas a impedir nacimientos, y traslados de niños por la fuerza. Y, también, porque lo que ese texto proscribe con proyección universal es (únicamente) «*la instigación directa y pública a cometer genocidio*». Donde «*instigar*», en la primera acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua, equivale a «*incitar*», que es precisamente el verbo

empleado en el art. 18 CP para definir la provocación, algo empírica y legalmente distinto de la apología.

De este modo, la consecuencia es, por tanto, que la genérica apología del genocidio no está incluida en el Convenio y no es perseguible internacionalmente, aunque sí lo sea en España, por imperativo del art. 607.2 CP. Lo que hace patente la total simetría que existe entre el tratamiento dado por nuestro legislador y por el legislador internacional a la apología del genocidio y el que la apología del terrorismo ha recibido de esta Sala, en materia de persecución, en este caso. Y no podía ser de otro modo, por un elemental criterio de racionalidad jurídica, a tenor del consistente e inequívoco fundamento legal.

La SAN, Sección 3.ª, núm. 16/2005, de 19 de abril [LA LEY 1309/2005], aprecia delito de genocidio en la represión de la dictadura argentina con el fin de destruir a un grupo diferenciado nacional. La misma Sentencia a propósito de la invocada obediencia debida del acusado, concluye que la comisión de crímenes contra la humanidad como consecuencia del cumplimiento de las órdenes de los superiores jerárquicos no exime de responsabilidad penal. Asimismo, declara la competencia de la jurisdicción española para conocer de estos hechos cometidos fuera de España a tenor del art. 23.4 LOPJ, cambiando el criterio mantenido por la propia Audiencia Nacional (Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de 13 de diciembre de 2000) y el Tribunal Supremo (así, Sentencias 327/2003, de 25 de febrero [LA LEY 1215/2003], y 1362/2004, de 15 de noviembre [LA LEY 2441/2004]).

En efecto, la citada Sentencia 327/2003, de 25 de febrero [LA LEY 1215/2003], señaló la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer los hechos calificados como genocidio acaecidos en Guatemala al no denunciarse los mismos como cometidos contra españoles. Asimismo declara el principio de subsidiaridad como límite al principio de persecución universal, de tal manera que determinar cuándo procede intervenir de modo subsidiario para el enjuiciamiento de unos concretos hechos basándose en la inactividad real o aparente de la jurisdicción del país donde aquellos ocurrieron, implica un juicio de los órganos jurisdiccionales de un Estado acerca de administrar justicia que tienen los correspondientes órganos del mismo carácter de otro Estado soberano.

La STC de 26 de septiembre de 2005 [LA LEY 1822/2005] declara la competencia de la jurisdicción española para juzgar los delitos de genocidio y crímenes contra la Humanidad cometidos en todo el mundo, aun cuando no haya víctimas españolas ni los culpables se hallen en nuestro territorio ni sean nacionales. Anula el Auto del Pleno de la Audiencia Nacional de 13 de diciembre de 2000 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2005 que, al mantener el criterio tradicional restrictivo la jurisdicción universal habían vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En el mismo sentido se pronuncia la STC 227/2007, de 22 de octubre, al analizar los vínculos de conexión que otorga el art. 23.4 LOPJ.

El Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional a raíz de la citada STC en Acuerdo de 3 de noviembre de 2005 decide unificar criterios en materia de jurisdicción extraterritorial del art. 23.4 LOPJ, señalando que en aras de evitar una eventual duplicidad de procesos y la vulneración de la interdicción del principio *ne bis in idem*, atendida la prioridad de la jurisdicción del lugar de comisión del delito (*locus delicti*) y de los Tribunales internacionales, antes de la admisión a trámite de una denuncia o querrela sobre delitos de esa naturaleza deberá constatarse la inactividad de la jurisdicción del Estado en cuyo lugar se cometieron presuntamente los hechos y de la

Comunidad Internacional. Constatado tales extremos y comprobado que se cumplen los requisitos exigidos por el ordenamiento interno, deberá, concluye el acuerdo del Pleno, como regla aceptarse la jurisdicción salvo que se aprecie exceso o abuso de derecho por la absoluta ajenidad del asunto por tratarse de delitos y lugares extraños y/o alejados y no acreditar el denunciante o querellante interés directo o relación con ellos.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en su STS 645/2006, de 20 de junio [LA LEY 63017/2006], considera evidente que la exigencia de un punto de conexión legitimante no conlleva reducir el principio universal a los ataques contra bienes que se encuentran en el territorio del Estado. Nuestra propia Sentencia es la mejor prueba de lo dicho, dado que hemos declarado la jurisdicción española respecto de ataques que afectaron a bienes jurídicos que se encontraban, en el momento de la agresión, en territorio extranjero.

Prescripción

El núcleo de la cuestión a resolver radica en que en el Código Penal de 1973 bajo cuya vigencia se cometieron los hechos que se imputan al reclamado, nada se decía expresamente sobre la prescripción del delito de genocidio, por lo que había que atender a los criterios generales de prescripción del delito, mientras que conforme al Código Penal de 1995 se recoge expresamente que el delito de genocidio no prescribe en ningún caso, igual que el de lesa humanidad. Este Pleno de la Sala de lo Penal entiende que si el delito de genocidio es considerado un delito de Derecho Internacional, la esencia de la interpretación de tal delito debe seguir las directrices del Derecho Internacional, no las del Derecho interno, pues su regulación en el Derecho interno obedece a criterios impuestos en virtud del acatamiento de las obligaciones internacionales que en este caso el Estado español contrajo al suscribir el Convenio sobre prevención del genocidio. De aquí que hayamos de acudir al Derecho penal internacional para dilucidar si la retroactividad de lo dispuesto en orden a la no prescripción del delito de genocidio en el Código Penal de 1995 es posible o no en nuestro derecho. Doctrinalmente en el ámbito del Derecho penal internacional hoy en día se considera que la prescripción del delito contiene un carácter mixto, respecto al aspecto jurídico-material y la orientación jurídico-procesal. Así el fundamento material de la prescripción radica en la desaparición de la necesidad de la pena en atención a los fines de la misma, a pesar del merecimiento de dicha pena por el hecho cometido, desde la naturaleza del delito de genocidio sentido como el más execrable de los cometidos contra el derecho de gentes, se explica la adopción en la inmensa mayoría de las legislaciones de nuestro entorno del carácter de imprescriptible porque en modo alguno puede considerarse que con el paso del tiempo no exista la necesidad de castigar tal conducta, y por ello al contemplar su efecto sobre el procedimiento (persecución penal), podemos concluir, como también así se recoge por ejemplo en el derecho alemán al interpretar esta cuestión, que será admisible la aplicación de modificaciones ulteriores de los plazos de prescripción, es decir, la aplicación retroactiva de posteriores modificaciones del plazo de prescripción, aunque sea agravando la situación del sujeto activo, siempre que entre en vigor el nuevo plazo de prescripción, en este caso de imprescriptibilidad, antes que el plazo de prescripción anterior hubiere fenecido, como recoge la resolución recurrida, pues para el reclamado la situación de extinción de la responsabilidad criminal todavía no se ha producido, circunstancia que concurre en el presente caso pues el delito de genocidio, conforme al Texto Refundido de 1973 con los hechos descritos de desaparición de una persona, sería incardinable en el núm. 1 del art. 137 bis, que lleva aparejada la pena de reclusión mayor, que prescribe a los 20 años (art. 113), y si los hechos se cifran realizados en 1977, cuando se hubiera producido la prescripción era en 1997, fecha en

que había entrado en vigor el Código Penal de 1995. De aquí que desde la interpretación de las normas de Derecho internacional la retroactividad del plazo de prescripción, en este caso imprescriptibilidad, recogido en el Código Penal de 1995 es jurídicamente posible para el delito de genocidio. Este es el mismo argumento aplicable al caso presente en que los hechos que se imputan al reclamado Daniel por Argentina se remontan a los años 1977, 1978 y 1979, por lo que no estarían prescritos cuanto entró en vigor el Código Penal español de 1995 que proclamaba la imprescriptibilidad de los delitos de genocidio de lesa humanidad (Auto de la Audiencia Nacional 33/2006, de 6 de julio [LA LEY 320747/2006]).

Apartado 2.º

A propósito del apartado 2.º de este precepto el Auto de la AP de Barcelona de 14 de septiembre de 2000 planteó, en el trámite de resolución del recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal que condenó por delito continuado de genocidio de este art. 607.2.º al titular de una librería especializada en la segunda Guerra Mundial desde el punto de vista de los autores que defienden el nazismo y niegan la existencia del holocausto. una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por considerar que dicho precepto contiene una limitación no justificativa del Derecho a la Libertad de Expresión consagrado en el art. 20 de la Constitución Española. El ATC 24/2000 (Pleno), de 18 de enero acuerda inadmitir la cuestión de inconstitucionalidad por haberse formulado en momento procesal inidóneo, en cuanto anticipado a la conclusión del recurso de apelación del procedimiento abreviado en el que ha sido propuesta. En efecto, continúa dicho Auto, la ausencia de resolución expresa sobre la mencionada solicitud del condenado apelante no puede ser suplida, con olvido de la taxativa prescripción del art. 795.7 de la Ley Procesal Penal, por lo que, en tesis del órgano judicial proponente, viene siendo una «praxis» judicial en orden a rechazar de modo implícito las pruebas propuestas consideradas como no pertinentes y, derivadamente, la no celebración de la vista oral, dando así el proceso en su grado de apelación por concluso.

El Tribunal constitucional, en su Sentencia 235/2007, de 7 de noviembre [LA LEY 170196/2007], resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5152-2000, planteada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona, respecto al art. 607, párrafo segundo. En dicho fallo, el Alto Tribunal declara inconstitucional y nula la inclusión de la expresión «nieguen o» en el primer inciso porque, a juicio su juicio, la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, de tal modo que, por lo que ahora interesa, nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito de la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana que constituye el fundamento de todos los derechos que recoge la Constitución y, por ende, de nuestro sistema político. Nuestro cometido habrá pues de ceñirse en este caso a confrontar el texto cuestionado del art. 607.2 CP el ámbito protegido al derecho a la libertad de expresión en los términos reseñados en los anteriores fundamentos jurídicos. Un análisis meramente semántico del contenido del precepto legal permite distinguir en su primer inciso dos distintas conductas tipificadas como delito, según que las ideas o doctrinas difundidas nieguen el genocidio o lo justifiquen. A simple vista, la negación, puede ser entendida como mera expresión de un punto de vista sobre determinados hechos, sosteniendo que no sucedieron o no se realizaron de modo que puedan ser calificados de genocidio. La justificación, por su parte, no implica la negación absoluta de la existencia de determinado delito de genocidio sino su relativización o la negación de su antijuridicidad

partiendo de cierta identificación con los autores. De acuerdo con los anteriores fundamentos jurídicos, el precepto resultaría conforme a la Constitución si se pudiera deducir del mismo que la conducta sancionada implica necesariamente una incitación directa a la violencia contra determinados grupos o un menosprecio hacia las víctimas de los delitos de genocidio. El legislador ha dedicado específicamente a la apología del genocidio una previsión, el art. 615 CP, a cuyo tenor la provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos de genocidio será castigada con la pena inferior en uno o dos grados a la que les correspondiese. El hecho de que la pena prevista en el art. 607.2 CP sea sensiblemente inferior a la de esta modalidad de apología impide apreciar cualquier intención legislativa de introducir una pena cualificada.

Procede, por tanto determinar si las conductas castigadas en el precepto sometido a nuestro control de constitucionalidad pueden ser consideradas como una modalidad de ese «discurso del odio» al que, como ha quedado expuesto anteriormente, alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como forma de expresión de ideas, pensamientos u opiniones que no cabe incluir dentro de la cobertura otorgada por el derecho a la libertad de expresión.

En lo que se refiere a la conducta consistente en la mera negación de un delito de genocidio la conclusión ha de ser negativa ya que dicho discurso viene definido —en la ya citada STEDH Ergogdu e Ince c. Turquía, de 8 de julio de 1999 [LA LEY 108052/1999]— como aquel que, por sus propios términos, supone una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o contra determinadas razas o creencias, lo que, como también ha quedado dicho, no es el supuesto contemplado en ese punto por el art. 607.2 CP. Conviene destacar que la mera difusión de conclusiones en torno a la existencia o no de determinados hechos, sin emitir juicios de valor sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito de la libertad científica reconocida en la letra b) del art. 20.1 CE. Como declaramos en la STC 43/2004, de 23 de marzo [LA LEY 886/2004], libertad científica goza en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto a las de expresión e información, cuyo sentido finalista radica en que «sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática» (F 4).

La mera negación del delito, frente a otras conductas que comportan determinada adhesión valorativa al hecho criminal, promocionándolo a través de la exteriorización de un juicio positivo, resulta en principio inane. Por lo demás, ni tan siquiera tendencialmente —como sugiere el Ministerio Fiscal— puede afirmarse que toda negación de conductas jurídicamente calificadas como delito de genocidio persigue objetivamente la creación de un clima social de hostilidad contra aquellas personas que pertenezcan a los mismos grupos que en su día fueron víctimas del concreto delito de genocidio cuya inexistencia se pretende, ni tampoco que toda negación sea per se capaz de conseguirlo. En tal caso, sin perjuicio del correspondiente juicio de proporcionalidad determinado por el hecho de que una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades (STC 199/1987, de 16 de diciembre [LA LEY 53413-JF/0000]) la constitucionalidad, a priori, del precepto se estaría sustentando en la exigencia de otro elemento adicional no expreso del delito

del art. 607.2 CP; a saber, que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese en verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado. Forzar desde este Tribunal una interpretación restrictiva en este aspecto del art. 607.2 CP, añadiéndole nuevos elementos, desbordaría los límites de esta jurisdicción al imponer una interpretación del precepto por completo contraria a su tenor literal. En consecuencia, la referida conducta permanece en un estadio previo al que justifica la intervención del Derecho penal, en cuanto no constituye, siquiera, un peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma en cuestión, de modo que su inclusión en el precepto supone la vulneración del derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE).

CAPÍTULO II BIS

De los delitos de lesa humanidad

Artículo 607 bis.

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

1.º Por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

1.º Con la pena de prisión de 15 a 20 años si causaran la muerte de alguna persona.

Se aplicará la pena superior en grado si concurriera en el hecho alguna de las circunstancias previstas en el art. 139.

2.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si cometieran una violación, y de cuatro a seis años de prisión si el hecho consistiera en cualquier otra agresión sexual.

3.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años si produjeran alguna de las lesiones del art. 149, y con la de ocho a 12 años de prisión si sometieran a las personas a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud o cuando les produjeran alguna de las lesiones previstas en el art. 150. Se aplicará la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las lesiones del art. 147.

4.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si deportaran o trasladaran por la fuerza, sin motivos autorizados por el derecho internacional, a una o más personas a otro Estado o lugar, mediante la expulsión u otros actos de coacción.

5.º Con la pena de prisión de seis a ocho años si forzaran el embarazo de alguna mujer con intención de modificar la composición étnica de la población, sin perjuicio de la pena que corresponda, en su caso, por otros delitos.

6.º Con la pena de prisión de 12 a 15 años cuando detuvieran a alguna persona y se negaran a reconocer dicha privación de libertad o a dar razón de la suerte o paradero de la persona detenida.

7.º Con la pena de prisión de ocho a 12 años si detuvieran a otro, privándolo de su libertad, con infracción de las normas internacionales sobre la detención.

Se impondrá la pena inferior en grado cuando la detención dure menos de quince días.

8.º Con la pena de cuatro a ocho años de prisión si cometieran tortura grave sobre personas que tuvieran bajo su custodia o control, y con la de prisión de dos a seis años si fuera menos grave.

A los efectos de este artículo, se entiende por tortura el sometimiento de la persona a sufrimientos físicos o psíquicos.

La pena prevista en este número se impondrá sin perjuicio de las penas que correspondieran, en su caso, por los atentados contra otros derechos de la víctima.

9.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si cometieran alguna de las conductas relativas a la prostitución recogidas en el art. 187.1, y con la de seis a ocho años en los casos previstos en el art. 188.1.

Se impondrá la pena de seis a ocho años a quienes trasladen a personas de un lugar a otro, con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima.

Cuando las conductas previstas en el párrafo anterior y en el art. 188.1 se cometan sobre menores de edad o incapaces, se impondrán las penas superiores en grado.

10.º Con la pena de prisión de cuatro a ocho años si sometieran a alguna persona a esclavitud o la mantuvieran en ella. Esta pena se aplicará sin perjuicio de las que, en su caso, correspondan por los concretos atentados cometidos contra los derechos de las personas.

Por esclavitud se entenderá la situación de la persona sobre la que otro ejerce, incluso de hecho, todos o algunos de los atributos del derecho de propiedad, como comprarla, venderla, prestarla o darla en trueque.

Este art. 607 bis ha sido añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Elementos objetivos

Conducta típica

Este tipo penal, como dice la STS 798/2007, de 1 de octubre [LA LEY 166012/2007] (Caso Scilingo), se define como «un delito contra la comunidad internacional y se compone de una serie de conductas básicas, como la causación dolosa de la muerte de otra persona o las detenciones ilegales que ya eran figuras delictivas ordinarias con anterioridad. Su elevación a la naturaleza de delitos contra la comunidad internacional encuentra justificación en las circunstancias añadidas que integran el elemento de contexto. Son éstas, según el art. 607 bis del Código Penal, el que los hechos concretos se cometan como parte de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil o una parte de ella, o bien cuando se cometan por razón de la pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos o de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional o bien se cometan en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre otros y con la intención de mantener ese régimen».

El art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dispone que: 1). «A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por «crimen de lesa humanidad» cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de «apartheid»; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física 2). A los efectos del párrafo 1: a) por «ataque contra una población civil» se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer esos actos o para promover esa política; b) el «exterminio» comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, la privación del acceso a alimentos o medicinas entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población; c) por «esclavitud» se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños; d) por «deportación o traslado forzoso de población» se entenderá el desplazamiento de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; e) por «tortura» se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas; f) por «embarazo forzado» se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o

de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo; g) por «persecución» se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad; h) por el crimen de «apartheid» se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen; i) por «desaparición forzada de personas» se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término «género» se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término «género» no tendrá más acepción que la que antecede.

Por lo que a la presente resolución afecta, cabe decir que el primer párrafo de este art. 7 contiene los elementos generales que deben existir para considerar a un acto como constitutivo de un crimen de lesa humanidad, mientras que en el párrafo segundo se enuncian las conductas específicas que, de reunirse dichos elementos generales, recibirán la calificación de crímenes de lesa humanidad.

Los elementos generales referidos al contexto en el que deben producirse los crímenes de lesa humanidad y que son reflejo del Derecho internacional consuetudinario son: a) la existencia de un ataque; b) la necesidad de un vínculo entre los actos del acusado y el ataque; c) la generalidad o sistematicidad del ataque; d) la población civil como objetivo del ataque; y e) el conocimiento de la producción de dicho ataque por parte del acusado. El art. 7.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adopta una interpretación restrictiva del término «ataque» próxima a la defendida por las Salas de Primera Instancia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia. El ataque ha de estar en relación de causalidad con los actos del acusado, además de ser generalizado o sistemático, es decir, con arreglo a un plan o política preconcebidos del que quedan excluidos actos cometidos al azar que no forman parte de un plan más amplio. Estos actos, han de ser dirigidos contra una multiplicidad de víctimas, obviando así actos inhumanos aislados cometidos por un autor por su propia iniciativa y dirigido contra una sola víctima. El objetivo primordial del ataque generalizado y sistematizado ha de ser la población civil, subrayando así el carácter colectivo de estos crímenes. Por último, la denominada *mens rea* necesaria (art. 30 Estatuto Corte Penal Internacional), es decir, la intención del acusado de llevar a cabo una conducta de las consideradas como constitutivas del crimen de lesa humanidad; el conocimiento de que se produce un ataque generalizado o sistemático contra la población civil; y por último, el conocimiento de que sus actos forman parte de ese ataque. En palabras de la Sala de Primera Instancia del Tribunal Internacional Penal para la antigua Yugoslavia «con conocimiento del ataque» (Sentencia de 17 de enero de 2005. Caso Blagojevic y Jokic n.º IT-02-60-T).

Según el art. 30.3 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, por «conocimiento del ataque» debemos entender que el autor es consciente de que existe un ataque generalizado o sistemático contra la población civil como contexto general de sus acciones. La existencia de la intención y el conocimiento pueden inferirse de los hechos y las circunstancias del caso, siendo irrelevantes

los motivos personales del acusado para cometer los crímenes (Auto de la AN 8/2008, de 28 de abril [LA LEY 269176/2008])

CAPÍTULO III

De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado

Artículo 608.

A los efectos de este capítulo, se entenderá por personas protegidas:

1.º Los heridos, enfermos o náufragos y el personal sanitario o religioso, protegidos por el I y II Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

2.º Los prisioneros de guerra protegidos por el III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

3.º La población civil y las personas civiles protegidas por el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

4.º Las personas fuera de combate y el personal de la Potencia Protectora y de su sustituto protegidos por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 o por el Protocolo I Adicional de 8 de junio de 1977.

5.º Los parlamentarios y las personas que los acompañen, protegidos por el Convenio II de La Haya de 29 de julio de 1899.

6.º El personal de Naciones Unidas y personal asociado, protegidos por la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y del Personal Asociado, de 9 de diciembre de 1994.

7.º Cualquier otra que tenga aquella condición en virtud del Protocolo II Adicional de 8 de junio de 1977 o de cualesquiera otros Tratados internacionales en los que España fuere parte.

CONCORDANCIAS

CP: art. 607.

Este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que ha añadido el citado párrafo 6.º, pasando el antiguo apartado 6.º a ser el actual apartado 7.º.

Artículo 609.

El que, con ocasión de un conflicto armado, maltrate de obra o ponga en grave peligro la vida, la salud o la integridad de cualquier persona protegida, la haga objeto de tortura o

tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, le cause grandes sufrimientos o la someta a cualquier acto médico que no esté indicado por su estado de salud ni de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que la Parte responsable de la actuación aplicaría, en análogas circunstancias médicas, a sus propios nacionales no privados de libertad, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años, sin perjuicio de la pena que pueda corresponder por los resultados lesivos producidos.

CONCORDANCIAS

Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña, de 12 de agosto de 1949: arts. 3, 12 y 50

Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar, de 12 de agosto de 1949: arts. 3, 12 y 51.

Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra, de 12 de agosto 1949: arts. 3, 13, 30, 52, 87, 89 y 130.

Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949.

CP: arts. 8, 73, 74, 75, 77, 138 a 142, 147, 148, 149, 150, 157, 159, 160, 161, 162, 173, 174, 175, 176, 177, 615 y 616.

CPM: arts. 68 y 69.

Artículo 610.

El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, u ordene no dar cuartel, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos.

CONCORDANCIAS

Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, hecha en Ginebra el 10 de octubre de 1980 y ratificada por España por Instrumento de 3 de diciembre de 1993.

Protocolo Adicional a esta Convención, hecho en Viena el 13 de octubre de 1995, y Protocolo II anexo a la misma, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos, enmendado el 3 de mayo de 1996 y aceptado por España por Instrumento de 19 de enero de 1998, y el Protocolo V anejo a ella, sobre los restos explosivos de guerra, hecho el Ginebra el 28 de noviembre de 2003, y aceptado por España mediante Instrumento de 25 de enero de 2007.

Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción, firmada en París el 13 de enero de 1993 y ratificada por España por Instrumento de 22 de julio de 1994.

Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, hecho en Montreal el 1 de marzo de 1991 y ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 1994.

Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, hecha en Oslo el 18 de septiembre de 1997 y ratificada por España mediante Instrumento de 7 de enero de 1999.

Ley 33/1998, de 5 de octubre, de prohibición total de minas antipersonal y armas de efecto similar.

L 49/1999, de 20 de diciembre, sobre medidas de control de sustancias químicas susceptibles de desvío para la fabricación de armas químicas.

RD 663/1997, de 12 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de la Autoridad Nacional para la prohibición de las armas químicas.

Circular de 2 de febrero de 2000 de la Secretaría General de Comercio Exterior, relativa a la prohibición de importar/exportar de/a determinados países algunas sustancias químicas tóxicas y precursores químicos.

Artículo modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La redacción anterior decía:

«El que, con ocasión de un conflicto armado, emplee u ordene emplear métodos o medios de combate prohibidos o destinados a causar sufrimientos innecesarios o males superfluos, así como aquellos concebidos para causar o de los que fundamentalmente quepa prever que causen daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural, comprometiendo la salud o la supervivencia de la población, será castigado con la pena de prisión de 10 a 15 años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos».

Artículo 611.

Será castigado con la pena de prisión de diez a quince años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º Realice u ordene realizar ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias o actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla.

2.º Destruya o dañe, violando las normas del Derecho Internacional aplicables en los conflictos armados, buque o aeronave no militares de una Parte adversa o neutral, innecesariamente y sin dar tiempo o sin adoptar las medidas necesarias para proveer a la seguridad de las personas y a la conservación de la documentación de a bordo.

3.º Obligue a un prisionero de guerra o persona civil a servir, en cualquier forma, en las Fuerzas Armadas de la Parte adversa, o les prive de su derecho a ser juzgados regular e imparcialmente.

4.º Deporte, traslade de modo forzoso, tome como rehén o detenga o confine ilegalmente a cualquier persona protegida o la utilice para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de los ataques de la parte adversa.

5.º Traslade y asiente, directa o indirectamente, en territorio ocupado a población de la parte ocupante, para que resida en él de modo permanente.

6.º Realice, ordene realizar o mantenga, respecto de cualquier persona protegida, prácticas de segregación racial y demás prácticas inhumanas y degradantes basadas en otras distinciones de carácter desfavorable, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal.

7.º Impida o demore, injustificadamente, la liberación o la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 615 y 616.

CPM: arts. 71, 73 y 77. 5.ª y 6.ª.

Protocolo de Londres de 1936, referente al uso de submarinos contra buques mercantes, y nexo I relativo a la repatriación de directa y a la hospitalización en país neutral de los prisioneros de guerra heridos y enfermos, del III Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1948, referido al trato de los prisioneros de guerra.

Este artículo ha sido modificado por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entra en vigor el 1 de octubre de 2004 (corrección de errores en *BOE*, núm. 80, de 2 de abril, respecto a este artículo).

Artículo 612.

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

1.º Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitarios, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales definitivos apropiados.

2.º Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica, o de las sociedades de socorro o contra el personal habilitado para usar los signos o señales distintivos de los Convenios de Ginebra, de conformidad con el Derecho internacional.

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuera parte.

4.º Use indebidamente o de modo pérfido los signos protectores o distintivos, emblemas o señales establecidos y reconocidos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte, especialmente los signos distintivos de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

5.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera, uniforme, insignia o emblema distintivo de Estados neutrales, de las Naciones Unidas o de otros Estados que no sean partes en el conflicto o de Partes adversas, durante los ataques o para cubrir, favorecer, proteger u obstaculizar operaciones militares, salvo en los casos exceptuados expresamente previstos en los Tratados internacionales en los que España fuere parte.

6.º Utilice indebidamente o de modo pérfido bandera de parlamento o de rendición, atente contra la inviolabilidad o retenga indebidamente a parlamentario o a cualquiera de las personas que lo acompañen, a personal de la Potencia Protectora o su sustituto, o a miembro de la Comisión Internacional de Encuesta.

7.º Despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 615 y 616

CPM: arts. 75, 76 y 77.2.^a a 4.^a

Convenio de Ginebra para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña, de 12 de agosto de 1949.

Los apartados 1, 2 y 3 han sido modificados por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La redacción anterior decía:

Será castigado con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, el que, con ocasión de un conflicto armado:

«1.º Viole a sabiendas la protección debida a unidades sanitarias y medios de transporte sanitario, campos de prisioneros, zonas y localidades sanitarias y de seguridad, zonas neutralizadas o lugares de internamiento de la población civil, localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, dadas a conocer por los signos o señales distintivos apropiados.

2.º Ejerza violencia sobre el personal sanitario o religioso o integrante de la misión médica o de las sociedades de socorro.

3.º Injurie gravemente, prive o no procure el alimento indispensable o la asistencia médica necesaria a cualquier persona protegida o la haga objeto de tratos humillantes o degradantes, prostitución inducida o forzada o cualquier forma de atentado a su pudor, omita informarle, sin demora justificada y de modo comprensible, de su situación, imponga castigos colectivos por actos individuales, o viole las prescripciones sobre el alojamiento de mujeres y familias o sobre protección especial de mujeres y niños establecidas en los Tratados internacionales en los que España fuera parte».

Artículo 613.

1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar alguna de las siguientes acciones:

a) Ataque o haga objeto de represalias o actos de hostilidad contra bienes culturales o lugares de culto, claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, o bienes culturales bajo protección reforzada, causando como consecuencia extensas destrucciones, siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario.

b) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes de carácter civil de la Parte adversa, causando su destrucción, siempre que ello no ofrezca, en las circunstancias del caso, una ventaja militar definida o que tales bienes no contribuyan eficazmente a la acción militar del adversario.

c) Ataque, destruya, sustraiga o inutilice los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, salvo que la Parte adversa utilice tales bienes en apoyo directo de una acción militar o exclusivamente como medio de subsistencia para los miembros de sus Fuerzas Armadas.

d) Ataque o haga objeto de represalias a las obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil, salvo que tales obras o instalaciones se utilicen en apoyo regular, importante y directo de operaciones militares y que tales ataques sean el único medio factible de poner fin a tal apoyo.

e) Destruya, dañe o se apodere, sin necesidad militar, de cosas que no le pertenezcan, obligue a otro a entregarlas o realice cualesquiera otros actos de pillaje.

2. En el caso de que se trate de bienes culturales bajo protección especial, o en los supuestos de extrema gravedad, se podrá imponer la pena superior en grado.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 615 y 616.

CPM: arts. 73, 74 y 77.

Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, ratificado el 9 de junio de 1960, y Protocolo de 26 de marzo de 1999, ratificado por Instrumento de 2 de junio de 2001.

El primer párrafo y la letra a) han sido modificados por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

La redacción anterior decía:

«1. Será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años el que, con ocasión de un conflicto armado:

a) Ataque o haga objeto de represalias o de actos de hostilidad a bienes culturales o lugares de culto claramente reconocidos, que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se haya conferido protección en virtud de acuerdos especiales, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos y siempre que tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o no sean utilizados en apoyo del esfuerzo militar del adversario».

Artículo 614.

El que, con ocasión de un conflicto armado, realizare u ordenare realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los Tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades, protección de los heridos, enfermos y náufragos, trato a los prisioneros de guerra, protección de las personas civiles y protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 615 y 616.

CPM: art. 68.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño, sobre la participación de niños en conflictos armados, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 y ratificado mediante Instrumento de 1 de marzo de 2002.

Artículo 614 bis.

Cuando cualquiera de las conductas contenidas en este capítulo formen parte de un plan o política o se cometan a gran escala, se aplicarán las respectivas penas en su mitad superior.

Este artículo ha sido añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

CAPÍTULO IV**Disposiciones comunes****Artículo 615.**

La provocación, la conspiración y la proposición para la ejecución de los delitos previstos en este Título, se castigarán con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería a los mismos.

Artículo 615 bis.

1. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título, será castigado con la misma pena que los autores.

2. Si la conducta anterior se realizara por imprudencia grave, la pena será la inferior en uno o dos grados.

3. La autoridad o jefe militar o quien actúe efectivamente como tal que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por las personas sometidas a su mando o control efectivo será castigada con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

4. El superior no comprendido en los apartados anteriores que, en el ámbito de su competencia, no adoptara las medidas a su alcance para evitar la comisión por sus subordinados de alguno de los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título será castigado con la misma pena que los autores.

5. El superior que no adoptara las medidas a su alcance para que sean perseguidos los delitos comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título cometidos por sus subordinados será castigado con la pena inferior en dos grados a la de los autores.

6. El funcionario o autoridad que, sin incurrir en las conductas previstas en los apartados anteriores, y faltando a la obligación de su cargo, dejara de promover la persecución de alguno de los delitos de los comprendidos en los capítulos II, II bis y III de este título de que tenga noticia será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Este artículo ha sido añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

Artículo 616.

En el caso de cometerse cualquiera de los delitos comprendidos en este Título y en el anterior por una autoridad o funcionario público, se le impondrá, además de las penas señaladas en ellos, la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años; si fuese un particular, los Jueces o Tribunales podrán imponerle la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a diez años.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 24, 39, 40, 41 y 42.

Artículo 616 bis.

Lo dispuesto en el art. 20.7.º de este Código en ningún caso resultará aplicable a quienes cumplan mandatos de cometer o participar en los hechos incluidos en los capítulos II y II bis de este título.

Este artículo ha sido añadido por la LO 15/2003, de 25 de noviembre.

LIBRO III
FALTAS Y SUS PENAS
TÍTULO I
FALTAS CONTRA LAS PERSONAS

Artículo 617. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causara a otro una lesión no definida como delito en este Código será castigado con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de uno a dos meses.

2. El que golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días.

La nueva redacción se limita a sustituir en los apartados 1 y 2 la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 147, 148, 149, 150, 153, 154, 155 y 156.

La primera asistencia facultativa equivale al inicial diagnóstico o exploración médica. Hecha la cual, si el facultativo, entiende que no es preciso el sometimiento del lesionado a tratamiento médico o quirúrgico alguno, la calificación de las lesiones debe relegarse a la categoría jurídica de falta, aunque se dispensen atenciones curativas ad hoc —desinfecciones, vendajes, etc.— (1021/2003, de 7 de julio, 898/2002, de 22 de mayo, y 1689/1999, de 27 de septiembre).

Si la primera asistencia es de tal importancia que por sí sola lleva consigo la planificación de unas atenciones facultativas a realizar en tiempo posterior, tal primera asistencia ya es tratamiento médico a los efectos de que hayan de sancionarse los hechos como delito del art. 147 y no como falta del 617.1 (1100/2003, de 21 de julio).

El delito de agresión sexual absorbe la falta de lesiones (1049/2007, de 4 de diciembre [LA LEY 216865/2007], y 629/2007, de 2 de julio [LA LEY 72205/2007]).

Artículo 618. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

1. Serán castigados con la pena de localización permanente de seis a 12 días o multa de 12 a 24 días los que, encontrando abandonado a un menor de edad o a un incapaz, no lo presenten a la autoridad o a su familia o no le presten, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran.

2. El que incumpliere obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito, será castigado con la pena de multa de 10 días a dos meses o trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días.

En el apartado 1 la nueva redacción se limita a sustituir la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente.

El apartado 2 constituye una novedad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 195, 223, 224, 225, 225 bis, 226, 227, 228, 229, 230, 231 y 232.

Artículo 619.

Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días los que dejaren de prestar asistencia o, en su caso, el auxilio que las circunstancias requieran a una persona de edad avanzada o discapacitada que se encuentre desvalida y dependa de sus cuidados.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 195 y 229.

Artículo 620. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

Serán castigados con la pena de multa de 10 a 20 días:

1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2 de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a 10 días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.

La nueva redacción del precepto sólo ha modificado el último párrafo del mismo, cuya anterior redacción era: «Cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el art. 153, la pena será la de arresto de dos a cuatro fines de semana o la de multa de diez a veinte días, teniendo en cuenta la posible repercusión económica que la pena impuesta pudiera tener sobre la propia víctima o sobre el conjunto de los integrantes de la unidad familiar. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 20.4.º, 154, 169, 170, 171, 172, 173, 205, 207, 208, 209, 210 y 639.

Riña

El art. 154 CP excluye, precisamente por ser delito, la falta del art. 620.1 por su propia dicción literal que tipifica como falta el mero hecho de sacar en riña, arma u otros instrumentos peligrosos «salvo que el hecho sea constitutivo de delito», con lo que se evidencia la subsidiariedad expresa del art. 620.1 con respecto al art. 154, ambos CP (480/2002, de 15 de marzo).

Amenazas

Las infracciones criminales tipificadas en los arts. 169 y 620 CP tienen identidad, denominación y estructura jurídica y se diferencian tan sólo por la gravedad de la amenaza, ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que profiere, personas intervinientes, actos anteriores, simultáneos y posteriores —821/2003, de 5 de junio [LA LEY 2565/2003]—. La diferencia es circunstancial y radica en la mayor o menor intensidad del mal con que se amenaza para el bien jurídico protegido. La jurisprudencia ha venido decantándose por la existencia del delito cuando nos encontramos ante una amenaza grave, seria y creíble por ser potencialmente esperado un comportamiento agresivo que lleve a efecto el mal amenazado. El criterio determinante de la distinción, tiene aspectos mayoritariamente cuantitativos, pero no debe descuidarse el perfil cualitativo de la amenaza que habrá que extraer de una serie de datos antecedentes y concurrentes en el caso (396/2008, de 1 de julio [LA LEY 86402/2008], con cita de la 1489/2001, de 23 de julio [LA LEY 8870/2001], y 832/1998, de 17 de junio [LA LEY 8976/1998]).

La línea jurisprudencial seguida en relación con las amenazas señala, en efecto, que las diferencias entre la falta y el delito se han de discernir tan sólo por la gravedad de la amenaza, y que ésta ha de valorarse en función de la ocasión en que se profiere, personas que intervienen y actos anteriores, posteriores y coetáneos (993/1995, de 14 de junio, 1363/1994, de julio, y 23 de abril de 1990).

La diferencia entre el delito y la falta se ha hecho radicar tanto en la gravedad de la amenaza como en la valoración del propósito de agente desde el punto de vista de su seriedad, persistencia y credibilidad, debiendo, por lo tanto, calificarse como falta cuando de las circunstancias concurrentes se acredite la menor gravedad de la amenaza o la inconsistencia real de la misma (660/2003, de 5 de mayo, y 662/2002, de 18 de abril).

La diferencia entre los delitos y las faltas de amenazas, es puramente cuantitativa, radicando en la menor gravedad a los males anunciados, y la menor seriedad y credibilidad de las expresiones conminatorias, aunque en ambos, delitos y faltas, tendrá que concurrir el elemento dinámico de la comunicación de gestos o expresiones susceptibles de causar una cierta intimidación en el ánimo del

sujeto pasivo, dando a entender la realización futura, más o menos inmediata, de un mal (557/2007, de 21 de junio [LA LEY 52019/2007], con cita de abundantemente jurisprudencia anterior).

Coacciones

El delito, e igualmente la falta de coacciones, que es cualitativamente igual al delito y difiere de él tan sólo en la levedad de la coacción empleada, son infracciones penales de resultado y no de mera actividad (1523/2000, de 7 de octubre).

La falta de coacciones es una infracción contra la libertad, que supone un constreñimiento antijurídico, y que requiere la concurrencia de los siguientes elementos: 1) una actuación o conducta violenta de contenido material, *vis física*, o intimidatoria, *vis compulsiva*, ejercida contra el sujeto pasivo, bien directamente o bien indirectamente a través de terceras personas; 2) un resultado al que se orienta dicho *modus operandi*, que es el de impedir a alguien a hacer lo que la ley no prohíbe u obligarle a efectuar lo que no quiera; 3) un *animus* tendencial consistente en la voluntad de restringir de algún modo la libertad ajena para someterla a los deseos o criterios propios; 4) la ilicitud de la acción, contemplada desde la perspectiva de la falta de cobertura legal para poder imponer dicha conducta; 5) una menor intensidad, que no permite encuadrar las coacciones en el ámbito delictivo (821/2003, de 5 de junio, citando la 1181/1997, de 3 de octubre).

La diferencia se afirma desde la valoración de la gravedad de la acción coactiva y la idoneidad de los medios empleados para la imposición violenta teniendo en cuenta la personalidad de los sujetos activo y pasivo de la casación, sus capacidades intelectivas y todos los factores concurrentes, ambientales, educacionales y circunstanciales en los que se desenvuelve la acción. En términos de nuestra reciente jurisprudencia, debemos valorar la entidad cuantitativa de la fuerza empleada o de la violencia ejercida y atender a la realidad circunstancial concurrente (821/2003, de 5 de junio, citando la 3908/1999, de 18 de mayo).

Injurias

La doctrina jurisprudencial ha señalado que la diferencia entre las injurias livianas sancionadas como falta y las graves sancionadas como delito es esencialmente circunstancial, correspondiendo al ponderado criterio judicial trazar la línea delimitadora atendiendo al contenido de las expresiones y a las circunstancias de personas, de tiempos, de lugar, de ocasión etc. —22 mayo 1991 y 19 febrero 1992—. Por otra parte, las SS de 27 septiembre 1978, 8 marzo 1984, 23 diciembre 1989 y 12 febrero 1991, entre otras, reconocen efectos atentatorios a los supuestos de retorsión, en el que la reacción injuriosa del acusado se produce en concepto de réplica (481/1996, de 21 de mayo).

Se ha considerado falta de injurias: llamar sinvergüenzas y carroñeros a varias personas (384/2002, de 27 de febrero); llamar mentiroso a un Letrado (2278/2001, de 21 de diciembre).

El delito de maltrato habitual absorbe las injurias leves (40/2007, de 26 de enero [LA LEY 3275/2007]).

Vejación injusta

La jurisprudencia de esta Sala, en algunos precedentes, ha situado la línea delimitadora del abuso sexual frente a la falta de coacciones o vejaciones injustas, en el ánimo lúbrico que ha de concurrir en el primero de los delitos y que, sin embargo, está ausente en la falta —416/1997, de 24 de marzo [LA LEY 5418/1997] y ATS de 12 mayo 2000—. También ha proclamado que todo

atentado contra la libertad sexual comporta una vejación injusta, pero ésta no consume el disvalor que afecta a dicho bien jurídico. Por el contrario, es el abuso sexual el que absorbe la vejación que da contenido a la falta del art. 620.2 CP —909/2002, de 25 de mayo [LA LEY 7371/2002]—. En otras ocasiones, sin embargo, ha estimado contrario a los principios de proporcionalidad de la pena y de mínima intervención del Derecho penal, que cualquier acto de tocamiento con ánimo libidinoso no consentido integrara la figura delictiva del abuso sexual. Resulta obligado atender a la intensidad de los actos de tocamiento, su carácter fugaz, y los datos objetivos de tiempo y lugar concurrentes. En tales casos, estos tocamientos encajan mejor en la calificación de falta, —6 diciembre 1956, 1302/2000, de 17 de julio [LA LEY 9957/2000], y 949/2005, de 20 de julio—. Aplicando tales criterios al supuesto de hecho enjuiciado, en el que ni siquiera se describe que el beso llegara a consumarse, parece más oportuno y acorde con la porción de injusto abarcada por la falta prevista en el art. 620.2 del CP, sancionar la conducta del recurrente con arreglo a las penas previstas en esta última (832/2007, de 5 de octubre [LA LEY 170359/2007]).

Artículo 621.

1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

3. [Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.] Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.

4. [Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.] Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo de tres meses a un año.

5. Si el hecho se cometiera con arma podrá imponerse, además, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo de tres meses a un año.

6. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En el apartado 3 la nueva redacción se limita a sustituir el término «causaren» por «causaran».

La anterior redacción del apartado 4 era del siguiente tenor: «Si el hecho se cometiera con vehículo a motor o ciclomotor, podrá imponerse además, respectivamente, la privación del derecho a conducirlos por tiempo de tres meses a un año».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 138, 142, 147, 149, 150, 152, 158 y 639.

Para diferenciar la imprudencia grave de la leve habrá que ponderar: a) la mayor o menor falta de diligencia; b) la mayor o menor previsibilidad del evento, y c) la mayor o menor infracción de los deberes de cuidado que, según las normas socio culturales vigentes, de él se espera (2411/2001, de 1 de abril de 2002, con cita de la 1841/2000, de 1 de diciembre; 1763/2001, de 19 de diciembre, entre otras). En el mismo sentido se ha dicho que la imprudencia grave se diferencia de la leve por consideraciones cuantitativas, mayor previsibilidad de la probabilidad dañosa (791/2001, de 8 de mayo) y más inexcusable omisión de las precauciones más elementales que aun a la persona menos cuidadosa deben exigirse (791/2001, de 8 de mayo, y AATS 327/2001, de 21 de febrero, y 297/2001, de 14 de febrero). Con una perspectiva más amplia, la 649/2002, de 12 de abril, señala que, a la hora de discernir la gravedad o la levedad de la imprudencia, hay que calibrar la entidad o importancia que revistió la violación de las normas de cuidado —objetivas y subjetivas—, y la capacidad de dañar que entrañaba la acción realizada, así como la índole del riesgo creado, la previsibilidad objetiva del resultado producido y demás circunstancias del caso, susceptibles de ser ponderadas.

La reducción a la categoría de falta exige, pues, una menor desvaloración de la acción, apreciable en los casos de levedad en la imprudencia, o bien una menor desvaloración del resultado, aun en imprudencias graves, lo que es de apreciar —excluido obviamente el resultado de muerte— en las lesiones atenuadas del art. 147.2.º CP. En el caso, la gravedad del resultado es evidente. En cuanto a la acción que lo produce, no podemos compartir el aserto del recurrente de la levedad de la imprudencia, puesto que el hecho de agredir a una persona, propinándole un golpe en la zona del rostro donde se encuentra un elemento corporal tan vulnerable y esencial como son los ojos, revela la patente infracción del deber de cuidado y cautela exigible ante un peligro tan notorio como los hechos acaecidos confirmaron, que no permiten calificar de leve o ligera la infracción de ese factor normativo externo que impone un comportamiento cuidadoso y prudente que demanda la experiencia y que debe ser adoptado en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales (168/2008, de 29 de abril [LA LEY 31958/2008], con cita de la 1 de diciembre de 2000 [LA LEY 1313/2001]).

Artículo 622.

Los padres que sin llegar a incurrir en delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia infringiesen el régimen de custodia de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 221 y ss., 556 y 618.2.

Este artículo fue redactado por la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CP y del CC sobre sustracción de menores. En su redacción originaria, el tenor literal del art. 622 era el siguiente:

Los padres, tutores o guardadores de un menor que, sin llegar a incurrir, en su caso, en el delito de desobediencia, quebrantaren la resolución adoptada por el Juez o Tribunal, apoderándose

del menor, sacándolo de la guarda establecida en la resolución judicial o por decisión de la entidad pública que tenga encomendada la tutela, retirándolo del establecimiento, familia, persona o institución tutelar a quien se le hubiese encomendado o no restituyéndolo cuando estuvieren obligados, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

Aspectos generales

Sobre el contenido de esta modificación se pronunció la AP Huelva, Sec. 1.^a, en su Sentencia 58/2007, de 30 de marzo [LA LEY 57475/2007], entendiendo que nueva redacción del art. 622 no innova su contenido, sino que se limita a cuestiones de estilo, simplificando la descripción de las conductas típicas «cuyo abigarrada enumeración criticábamos en la Sentencia que sirve de precedente a ésta» y poniendo en congruencia la subsidiariedad expresa de la falta al delito con el nuevo tipo de sustracción de menores por su progenitor, introducido por la misma LO 9/2002 en el art. 225 bis del Código Penal. Pero se conserva la referencia nuclear al régimen de custodia de los hijos menores y el silencio respecto al régimen de visitas del progenitor privado de ella.

En segundo lugar, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2002 ratifica desde el punto de vista teleológico la interpretación anterior, en cuanto afirma que el propósito de la nueva Ley es tipificar «la conducta de sustracción o de negativa de restituir al menor en los supuestos en que quien la realiza es uno de sus progenitores, cuando las facultades inherentes a la custodia del menor han sido atribuidas legalmente al otro progenitor o [a] alguna persona o institución»; ratificando así que el sujeto activo de las conductas típicas introducidas por la nueva normativa sólo puede ser el progenitor apartado de la custodia, y no quien ostenta ésta (AP Huelva, Sec. 1.^a, en su Sentencia 58/2007, de 30 de marzo [LA LEY 57475/2007]).

Elementos objetivos

Conducta típica

Consiste en la infracción por los padres del régimen de custodia de sus hijos menores. Se realiza cuando se quebranta la resolución judicial sobre la custodia del hijo de alguna de las siguientes formas:

- a) «apoderarse» del menor,
- b) «sacarlo» de la guarda establecida,
- c) una omisión, «no restituirlo» (AP Alicante de 11 de octubre de 2000 [LA LEY 182703/2000]).

Cuando uno de los progenitores incumple el régimen de visitas y no lo entrega al padre no custodio para que disfrute del mismo, esa conducta no puede encuadrarse dentro de la falta (AP Madrid, 10 marzo de 2000 [LA LEY 56807/2000], AP Sevilla de 6 octubre de 2000 [LA LEY 179735/2000] y AP Valencia de 2 de octubre de 2000 [LA LEY 175989/2000]). Tampoco cuando se desatiende el requerimiento del otro progenitor a fin de que el que lo tiene en su compañía fije el período vacacional navideño durante el cual podrá disfrutarla el otro (AP Madrid, 480/2001, de 22 de octubre).

La delimitación de la conducta típica es el resultado de una descripción positiva y de otra, negativa o por exclusión, que convierte la falta en un tipo penal residual. Consiste su lado posi-

tivo en la infracción, por cualquiera de los progenitores, del «régimen de custodia» de sus hijos menores establecido por la autoridad judicial o administrativa. Desde el punto de vista negativo, esa infracción no ha de constituir delito contra las relaciones familiares o, en su caso, de desobediencia (AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia 58/2007, de 30 de marzo [LA LEY 57475/2007]).

Aparentemente el régimen de custodia al que alude el art. 622 del Código Penal consistiría en el conjunto de reglas (convenidas entre los progenitores o fijadas judicialmente) que determinan con cuál de ellos han de quedar los hijos menores, respecto de los que asume con carácter principal y ordinario los deberes de custodia inherentes a la patria potestad; así como la forma en que el otro progenitor podrá cumplir el deber (o, si se prefiere, desempeñar la función) de velar por esos hijos (participando, cuando sea oportuno, en las decisiones cotidianas sobre su régimen de vida) y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. La infracción deliberada y no justificada de alguna de esas reglas, cumplirá el tipo objetivo de la falta estudiada.

Cabría interpretar que infringe el régimen de custodia, tanto aquel progenitor que no respeta la regla de convivencia normal del menor, como aquel otro que obstruye el derecho de visita en cuanto implica una convivencia, guarda y custodia temporales por parte de su titular. Sin embargo, la interpretación mayoritaria del precepto por los órganos jurisdiccionales restringe tanta amplitud de significado (AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia 58/2007, de 30 de marzo [LA LEY 57475/2007]). El art. 622 es aplicable al padre que no tiene la custodia e infringe el régimen de custodia del otro cónyuge. El art. 618 es aplicable al resto de las infracciones del derecho de visitas u otras obligaciones familiares (AP Tarragona, Sec. 4.ª, Sentencia 412/2007, de 22 de octubre [LA LEY 254550/2007]; AP Tarragona, Sec. 4.ª, Sentencia 174/2008, de 8 de mayo [LA LEY 78424/2008]; AP Madrid, Sec. 6.ª, Sentencia 670/2008, de 9 de junio [LA LEY 85190/2008]).

Debido a su mínima trascendencia, no comete el tipo la madre que envía a sus hijos a la playa con los tíos el fin de semana que le corresponden al padre (AP Huelva, Sec. 1.ª, Sentencia 58/2007, de 30 de marzo [LA LEY 57475/2007]).

Los Magistrados de las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid resolvieron, en la reunión celebrada el 29 de mayo de 2004 para la unificación de criterios respecto de la aplicación de este precepto, que en el caso de incumplimiento del régimen de visitas impuesto en resolución dictada en procedimiento judicial, si no se dieran los supuestos del delito o de la falta de desobediencia la conducta debe considerarse impune. Impunidad que no ocurrirá a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, dado que en la misma se tipifica en el art. 618.2 una falta genérica de incumplimiento de las obligaciones familiares en los casos de crisis matrimoniales, supuesto en el que cabría subsumir esta clase de conductas.

La interpretación consistente en que dentro del régimen de custodia se encuentran penados los meros incumplimientos del régimen de visitas ha de entenderse extensiva *in malam partem*. La modificación de los arts. 225 bis y 622 CP realizada en la reforma LO 9/2002, no ha convertido en típica la conducta de incumplimiento de la forma del régimen de visitas de los menores, lo cual se corrobora con la reforma del CP que entró en vigor el 1 de octubre de 2004 (LO 15/2003, de 25 de noviembre). Para que entendiéramos que la LO 9/2002 sanciona estas conductas entre las que se castigan en el art. 622 CP sería preciso que el legislador hubiera incluido el régimen de visitas, y sin embargo sólo se refiere al régimen de custodia, concepto notoriamente distinto al régimen de visitas, como demuestra una simple lectura del art. 94 del Código Civil que distingue entre tener

consigo a los menores o tener derecho a visitarlos (AP Madrid, Sec. 7.ª, Sentencia 504/2008, de 17 de diciembre [LA LEY 270256/2008]).

Concursos

Concurso material

Al haber introducido el legislador en la reforma referida un nuevo precepto, el art. 618.2 CP que castiga el incumplimiento de «obligaciones familiares establecidas por convenio judicialmente aprobado o resolución judicial en los supuestos de separación legal (...), que no constituya delito», ello evidencia que la conducta de incumplimiento del régimen de visitas no constitutiva de desobediencia a la autoridad judicial, no estaba penada para los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma (AP Madrid, Sección 4.ª, 36/2004, de 23 de febrero [LA LEY 45948/2004], 330/2004, de 28 de octubre [LA LEY 224919/2004], 155/2005, de 12 de mayo [LA LEY 106531/2005], 163/2005, de 20 de mayo [LA LEY 113679/2005], y 168/2005, de 31 de mayo [LA LEY 122763/2005]).

TÍTULO II

FALTAS CONTRA EL PATRIMONIO

Artículo 623. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

- 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros.**
- 2. Los que realicen la conducta descrita en el art. 236, siempre que el valor de la cosa no exceda de 400 euros.**
- 3. Los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.**

Si el hecho se ejecutase empleando fuerza en las cosas, se impondrá la pena en su mitad superior. Si se realizara con violencia o intimidación en las personas, se penará conforme a lo dispuesto en el art. 244.

- 4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.**

La nueva redacción se ha limitado a sustituir: 1) la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente; 2) la cuantía de cincuenta mil pesetas por la de 400 euros, y 3) incluir junto a la sustracción la utilización sin la debida autorización de un vehículo a motor o ciclomotor ajeno.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 234, 236, 242, 244, 248, 250, 252, 253, 254, 255 y 256.

Ninguna diferencia existe entre la estructura jurídico penal del delito y la falta de estafa, a salvo de la cuantía del perjuicio, pues el resto de los elementos son comunes (52/2002, de 21 de enero).

La falta de hurto no exige que la cosa sustraída tenga un valor intrínseco sino que represente algún lucro para el autor (1848/2002, de 28 de marzo de 2003). Sin embargo, también se ha dicho que la tarjeta de crédito por sí misma no reporta ningún beneficio a quien la sustrae, sólo tiene utilidad como medio de proporcionarse bienes o sumas de dinero, por lo que su apoderamiento carece de relevancia jurídico penal (169/2000, de 14 de febrero).

La valoración para la distinción entre delito y falta debe hacerse teniendo en consideración el importe de la cosa apropiada y no el perjuicio causado a tercero (1505/2001, de 23 de julio, y 1449/2001, de 19 de julio).

La cantidad sustraída, que fue exactamente la de cincuenta mil pesetas, no excede de la que se fija como límite para marcar la diferencia entre delito y falta, por lo que hay que entender que los hechos constituyen tan sólo una infracción menor (743/1998, de 26 de mayo).

Si no se precisa la cuantía dineraria, ni siquiera se hace referencia a que el valor económico de la cosa superara el tope de las cincuenta mil pesetas requerido para configurar el delito de hurto, no se trata ya de aplicar la doctrina del *in dubio pro reo*, sino de constatar la ausencia de un elemento esencial configurador de aquella figura delictiva, que solamente podría ser salva-da con una interpretación *in malam partem* y en perjuicio del reo, lo que no es posible (24/1999, de 18 de enero).

La cuestión de si pueden sumarse las cuantías de las diferentes faltas, por muchas que éstas fueran, a los efectos de su conversión en delito, aparece solucionada en el párrafo 2 del art. 74 cuando dice que «si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena correspondiente al perjuicio total causado», y esto incluso aun cuando la pluralidad de acciones venga determinado por la existencia de varios sujetos pasivos, porque precisamente en el mencionado párrafo 1 se considera indiferente para el concepto de continuidad el que la infracción penal ofenda a uno o a varias personas. Esta cuestión fue objeto de una reunión del pleno de esta Sala celebrada el 27 de marzo de 1988 que, si bien se refería a los casos de hurto, es claro que tiene aplicación también para los de estafa, apropiación indebida, defraudación de fluido eléctrico y, en principio, para todas aquellas faltas de naturaleza patrimonial que constituyen precisamente esta infracción menor por no exceder en su cuantía de 50.000 ptas.: las recogidas en el mencionado art. 624 CP. Lo que no cabe en estos casos es aplicar la agravación prevista en el párrafo 1 de este artículo, es decir, imponer de modo preceptivo la sanción correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior, porque, si así lo hiciéramos, estaríamos apreciando, para subir la pena, dos veces el mismo elemento —principio *non bis in idem*—. La suma de las cuantías de todas las faltas para obtener el perjuicio total causado habría servido: 1) para convertir las diversas faltas en delito; y 2) también para imponer esa mitad superior (1735/2003, de 26 de diciembre).

Artículo 624. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

1. El que ejecutare los actos comprendidos en el art. 246 será castigado con multa de 10 a 30 días si la utilidad no excede de 400 euros o no sea estimable, siempre que medie denuncia del perjudicado.

2. Será castigado con multa de 10 días a dos meses el que ejecute los actos contemplados en el art. 247, si la utilidad reportada no excede de 400 euros.

La nueva redacción sustituye en el apartado 1 la cuantía de cincuenta mil pesetas por la de 400 euros, e introduce el apartado 2.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 246 y 247.

Artículo 625. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

1. Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a 12 días o multa de 10 a 20 días los que intencionadamente causaran daños cuyo importe no exceda de 400 euros.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si los daños se causaran en los lugares o bienes a que refiere el art. 323 de este Código.

En la nueva redacción del apartado 1 se sustituye la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente. En la nueva redacción del apartado 2 se sustituye la frase «en bienes de valor histórico, artístico, cultural o monumental» por la de «en los lugares o bienes a que se refiere el art. 323 de este Código».

CONCORDANCIAS

CP: arts. 263, 264, 265, 266 y 323.

Los daños propiamente dichos son la rotura de las cubiertas y de las dos válvulas y su cuantificación se determina por su precio en mercado más el IVA, pero su colocación por un técnico con inclusión por desplazamiento y precio por hora de trabajo no alcanza al concepto de daño en cuanto referido a la cosa en sí, sino al perjuicio patrimonial de su propietario (301/1997, de 11 de marzo).

Artículo 626. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

Los que deslucieren bienes inmuebles de dominio público o privado, sin la debida autorización de la Administración o de sus propietarios, serán castigados con la pena de localización permanente de dos a seis días o tres a nueve días de trabajos en beneficio de la comunidad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 263, 264 y 266.

La nueva redacción se limita a sustituir la pena de arresto de fin de semana por las de localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad.

Artículo 627. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

El que defraudara a la Hacienda de la Comunidad Europea más de 4.000 euros, por cualquiera de los procedimientos descritos en el art. 305, será castigado con multa de uno a dos meses.

La anterior redacción introducida por el CP 1995 era la siguiente: *«El que defraudare a la Hacienda de las Comunidades más de cuatro mil ecus, por cualquiera de los procedimientos descritos en el art. 305, será castigado con la multa de cinco días a dos meses».*

Artículo 628. *[Redacción según Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004.]*

El que defraudare a los presupuestos generales de la Comunidad Europea, u otros administrados por ésta, u obtuviera indebidamente fondos de las mismas, por alguno de los procedimientos descritos en los arts. 306 y 309, en cuantía superior a 4.000 euros, será castigado con la pena de multa de uno a dos meses.

La anterior redacción introducida por el CP 1995 era la siguiente: *«El que defraudare a los presupuestos generales de las Comunidades, u otros administrados por ésta, u obtuviera indebidamente fondos de las mismas, por alguno de los procedimientos descritos en los arts. 306 y 309, en cuantía superior a cuatro mil ecus, será castigado con la pena de multa de cinco días a dos meses».*

TÍTULO III**FALTAS CONTRA LOS INTERESES GENERALES**

Artículo 629.

Serán castigados con la pena de localización permanente de dos a ocho días o multa de 20 a 60 días los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 386 a 389.

Redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior decía así:

«Art. 629.

Serán castigados con la pena de arresto de uno a cuatro fines de semana o multa de quince a sesenta días, los que, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieren en cantidad que no exceda de cincuenta mil pesetas, a sabiendas de su falsedad».

Nos encontramos ante la falta de correspondiente a los delitos tipificados, respectivamente, en los últimos párrafos de los arts. 386 (moneda) y 389 (sellos y efectos timbrados) del Código Penal, de los que sólo les separa la cuantía (1154/2002, de 17 de junio [LA LEY JURIS 7174/2002]).

Se castiga a quien habiendo recibido de buena fe, entre otros efectos, moneda falsa, la expendiere en cantidad que no exceda de 400 euros, a sabiendas de su falsedad. La **conducta** se cumple por lo tanto cuando el culpable expendiere la moneda, sellos, etc., cuya falsedad obviamente debe estar acreditada por pericial (SAP Cáceres, 2.^a, 41/2004, de 6 abril), salvo que sea evidente por tratarse de burdas imitaciones, papel que a la vista o al tacto denote su inautenticidad, etc. (SAP Baleares, 2.^a, 274/2000, de 8 de noviembre). Expendir, conforme al diccionario, es sinónimo de gastar o vender, y con relación a la moneda tiene un concreto significado cual es el de dar salida al por menor de moneda falsa, es decir, introducirla en el circuito del dinero en pequeñas cantidades para disimular su verdadera falta de correspondencia con la realidad de la misma (SAP Gerona, 3.^a, 273/2002, de 22 de mayo [LA LEY JURIS 1203712/2002]). Consiste en poner en circulación un billete falso intentándolo pasar por legal (SAP Teruel 30/2007, de 8 de noviembre [LA LEY 280218/2007]).

Como **elemento subjetivo** se exige que el sujeto activo conozca la falsedad de la moneda, billete, etc. («a sabiendas de su falsedad»), no en el momento de su adquisición o recepción (que debe ser de buena fe), sino en el de su puesta en circulación (88/1999, de 27 de enero [LA LEY JURIS 1824/1999]). Dicho conocimiento puede deducirse del comportamiento del sujeto a la hora de gastar ese dinero —consumiciones menores en varios establecimientos de una localidad distinta de la de su residencia, persistencia pese a ser advertido de la posible falsedad, pagos a una anciana y a un minusválido, etc.— (SAN, 4.^a, núm. 48/2006, de 22 de noviembre [LA LEY 320722/2006], y SAN, 2.^a, núm. 32/2008, de 24 de julio [LA LEY 259192/2008]).

Para su **consumación** no se exige más allá de la expendición o entrega, no siendo necesaria la aceptación y perjuicio económico, que sería punible a través de otro tipo penal complementario como es el de la estafa (SAN, 2.^a, núm. 32/2008, de 24 de julio [LA LEY 259192/2008]).

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente, ha elevado el tope mínimo de la pena de multa alternativa y ha aumentado también la cuantía que diferencia el delito de la falta, que ahora son 400 euros y antes 300,51 euros (el equivalente a 50.000 ptas.).

Artículo 630.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de localización permanente de seis a 10 días o multa de uno a dos meses.

CONCORDANCIAS

LOPSC: arts. 23 y ss.

Modificado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El texto anterior decía así:

«Art. 630.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses».

Se trata de una infracción de propia mano y que, por tanto, sólo se puede cometer por quien, previamente a su abandono, poseía la jeringuilla o el instrumento peligroso (SAP Toledo, 2.^a, 36/2002, de 18 de marzo [LA LEY JURIS 1142683/2002]).

La reforma de noviembre de 2003 ha sustituido la pena de arresto de fin de semana por la de localización permanente, sin modificar la pena de multa.

Artículo 631.

1. Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal serán castigados con la pena de multa de 20 a 30 días.

2. Quienes abandonen a un animal doméstico en condiciones en que pueda peligrar su vida o su integridad serán castigados con la pena de multa de 10 a 30 días.

CONCORDANCIAS

Disposición Derogatoria 1.e) CP.

CC: arts. 1905 y 1906.

Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos (desarrollada por Real Decreto 287/2002, de 22 de marzo).

Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza: art. 33.

Decreto 506/1971, de 25 de marzo, que aprueba el Reglamento de la Ley de Caza: art. 35.

Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Decreto 42/2008, de 12 de febrero, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Ley 11/2003, de 19 de marzo, de protección animal en la Comunidad de Aragón.

Ley del Principado de Asturias 13/2002, de 23 de diciembre, de tenencia, protección y derechos de los animales.

Ley 1/1992, de 8 de abril, de protección de los animales que viven en el entorno humano, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.

Decreto 36/2005, de 8 de marzo, por el que se crea el Registro Central Informatizado de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos de Canarias y se regulan los requisitos y el procedimiento para la obtención del certificado de capacitación de adiestrador para guarda y defensa en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La Ley 5/1997, de 24 de abril, de Protección de los animales de compañía en Castilla y León (desarrollada por Decreto 134/1999, de 24 de junio).

Ley 10/1999, de 30 de julio, de Cataluña sobre la tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos.

Decreto 170/2002, de 11 de junio, de Cataluña sobre medidas en materia de perros considerados potencialmente peligrosos.

Ley 5/2002, de 23 de mayo, de Protección de los Animales en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Ley 1/1993, de 13 de abril, de Galicia sobre protección de animales domésticos y salvajes en cautividad.

Decreto 153/1998, de 2 de abril, de Galicia por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de los animales domésticos y salvajes en cautividad.

Decreto 90/2002, de 28 de febrero, por el que se regula la tenencia de animales potencialmente peligrosos en la Comunidad Autónoma de Galicia y se crean los registros gallegos de identificación de animales de compañía y potencialmente peligrosos y de adiestradores caninos.

Decreto 30/2003, de 13 de marzo, por el que se aplica en la Comunidad de Madrid el RD 287/2002, de 22 de marzo, y se crean los registros de perros potencialmente peligrosos.

Decreto 19/1999, de 4 de febrero, de Madrid por el que se regula la identificación y tenencia de perros de razas de guarda y defensa.

Decreto 101/2004, de 1 de junio, sobre tenencia de animales de la especie canina en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Ley 4/1994, de 8 de julio, de la Generalitat Valenciana, sobre protección de los animales de compañía.

Decreto 145/2000, de 26 de septiembre, del Gobierno Valenciano, por el que se regula, en la Comunidad Valenciana, la tenencia de animales potencialmente peligrosos.

Redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El tenor literal anterior era el siguiente:

«Art. 631.

Los dueños o encargados de la custodia de animales feroces o dañinos que los dejaren sueltos o en condiciones de causar mal, serán castigados con la pena de multa de quince a treinta días».

La reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003 ha elevado el tope mínimo de la pena de multa prevista para el tipo descrito en el apartado 1 y, respondiendo a la actual sensibilidad so-

cial en relación a conductas peligrosas para los animales domésticos, ha introducido ex novo el apartado 2.

Regula el apartado 1 la negligencia en la custodia de animales feroces o dañinos, cuyos principales elementos vienen recogidos en las SAP Madrid, 17.^a, 50/2003, de 19 de febrero [LA LEY JURIS 1424353/2003], SAP Tarragona, 2.^a, 39/2008, de 28 de enero [LA LEY 8559/2008], SAP 1.^a Alicante 710/2008, de 13 de noviembre [LA LEY 286909/2008], y SAP Madrid, 29.^a, 74/2009, de 16 de abril [LA LEY 72372/2009]: Es una infracción de **mero peligro abstracto**, de un adelanto en la protección penal encaminado a evitar ulteriores resultados dañinos o lesivos (SAP Madrid, 23.^a, 318/1999, de 15 octubre). Es indiferente que el **autor** sea el propietario o un poseedor temporal del animal, siendo eso sí necesario que tenga la custodia, legalmente o de hecho, del mismo, así como el dominio del hecho en el momento de cometerse los hechos, aun de manera eventual, que le permita evitar la acción del animal. La Sentencia de 22 de febrero de 1947 ya definía al «**animal dañino**» como «aquel doméstico que tiene malos instintos o resabios con los que pueden producir un mal». Los «animales dañinos» son aquellos que por sus características de agresividad, tamaño o fuerza pueden causar daño a las personas o a las cosas; entre ellos pueden estar tanto «animales feroces» (es decir, animales fieros o salvajes, que son aquellos que por regla general —ya que cabe su domesticación o amansamiento— no están sujetos a la voluntad humana, ni siquiera parcialmente: el arquetipo son las grandes fieras como el león o el tigre), como domesticados o amansados y aun los domésticos (SAP Lérida, 1.^a, 364/2003, de 3 de junio [LA LEY JURIS 2821/2003], y SAP Madrid, 17.^a, 445/2007, de 18 de diciembre [LA LEY 291645/2007]: el animal feroz siempre es dañino y el dañino puede o no ser feroz). Así pues, el carácter de feroz o dañino no viene impuesto necesariamente por tratarse o no de un animal doméstico, sino que deviene de la real potencialidad del animal para causar daño a las personas o a los bienes (SAP Pontevedra, 4.^a, 85/2009, de 9 de junio [LA LEY 97054/2009]). La **conducta típica** consiste en «dejar suelto» al animal o «en condiciones de causar mal», expresión ésta algo imprecisa, aunque parece claro que es posible tener sujeto a un animal que, pese a todo, puede dañar a las personas o a las cosas de su entorno (por ejemplo un perro sujeto a una correa —especialmente si es de considerable longitud— pero sin bozal). El «mal», desde luego, tiene que referirse a las personas o las cosas, por lo que los términos «suelto» o «en disposición de causar mal» han de interpretarse en el sentido de dejarlos sin custodia, sin que sus dueños se preocupen de él, abandonarlos en medio de personas que pueden ser mordidas o atacadas, en sitios donde juegan niños que podrían no tener defensa alguna, etc. La **dañosidad** de un animal entraña un juicio de valor que depende, en mayor o menor medida, de la subjetividad del intérprete, aunque para determinar dicho concepto se puede acudir a las normas legales y reglamentarias dictadas a propósito de la tenencia de animales potencialmente peligrosos, expresión semánticamente coincidente con la calificación de «dañinos» utilizada por la norma penal.

No obstante, todos estos elementos han de ser interpretados restrictivamente, so pena de conculcar el principio de intervención mínima del Derecho penal y vaciar de contenido el art. 1905 del Código Civil, que impone una responsabilidad civil cuasi objetiva al poseedor de un animal, o al que se sirva de él, por los daños o perjuicios que causare aunque se le escape o extravíe (SAP Madrid, 2.^a, 50/2008, de 19 de diciembre [LA LEY 249681/2008]).

Ha de rechazarse, como consecuencia, la acepción gramatical, según la cual animales «dañinos» serían todos los que pueden causar daño, y que llevaría a calificar de tales a prácticamente todos los animales domésticos, otorgando una desmesurada extensión al tipo penal, que pugnaría con el principio antes indicado de mínima intervención del Derecho penal. Ha de tratarse de

animales que posean unas condiciones de acometividad y fiereza que los conviertan en animales potencialmente peligrosos, tal y como aparecen definidos en el art. 2 de la Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de la Tenencia de Animales Potencialmente Peligrosos, que en su apartado 1 menciona a «Todos los que perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizados como animales domésticos, o de compañía, con independencia de su agresividad, pertenecen a especies o razas que tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas»; matizando en el apartado 2 que también tendrán la calificación de potencialmente peligrosos «(...) los animales domésticos o de compañía que reglamentariamente se determinen, en particular, los pertenecientes a la especie canina, incluidos dentro de una tipología racial, que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas (...)» (SAP Madrid, 2.ª, 50/2008, de 19 de diciembre [LA LEY 249681/2008]).

Esta falta está pensando fundamentalmente en los perros. Aunque no se puede afirmar que todo perro por el mero hecho de serlo es un animal siempre potencialmente peligroso, no es menos cierto que existen una serie de razas de perros que presentan ciertas condiciones naturales de predisposición a tener reacciones violentas, por ser especialmente dedicadas (o incluso «creadas» selectivamente mediante oportunos cruces genéticos) para ataque, defensa o presa, exacerbando su fiero instinto natural, como pueden ser las conocidas razas de los dóberman, pitbull, bulldog, rottweiler, dogo argentino, dogo de Burdeos, boxer, bullmastiff, fila brasileño, mastín napolitano, de presa canario, terrier staffordshire americano, fosa japonés, etc., que de vez en cuando aparecen en los medios de comunicación por agresiones a personas. Aunque tampoco hay que olvidar aquellos que aun siendo perros de raza no especialmente agresiva, sin embargo, por las circunstancias específicas del animal, singularmente por una mala educación impartida por el propio dueño, tanto en sus pautas de comportamiento, como en la inadecuada forma de conducirlo por la vía pública, suelto y sin bozal, someten arbitrariamente a los ciudadanos que se cruzan con ellos a un cierto temor, obligándoles a cederles el paso o incluso a cambiar de acera, llegando a ocasionar daños a las personas, bien por mordedura, bien incluso por abalanzarse contra las mismas a las que hacen caer al suelo y sufren lesiones como consecuencia de la caída: «Lo que permite incluir al perro en el tipo penal previsto en el art. 631 del Código es justamente su condición de animal “dañino” en tanto en cuanto ha causado un daño o es potencialmente causante de daño —por sus características, agresividad, fiereza, entrenamiento o tamaño, y obsérvese que se utiliza una conjunción disyuntiva—. Por reducción al absurdo, ilógico sería pensar que el Legislador sólo limitara la aplicación de ese tipo a supuestos en que los animales en cuestión fueran de los considerados “no domésticos”; no es, desde luego, ni habitual ni cotidiano el que la gente tenga como animales de compañía a leones, tigres, cocodrilos, serpientes de cascabel u otros tenidos en el concepto público por feroces o dañinos, por más que haya gente para todo» (SAP Vizcaya, 6.ª, 282/2002, de 21 de mayo [LA LEY JURIS 1260892/2002]).

Razona el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 50/1999, que «se considera que la peligrosidad canina depende tanto de factores ambientales como de factores genéticos, de la selección que se haga de ciertos individuos, independientemente de la raza o del mestizaje, y también de que sean específicamente seleccionados y adiestrados para el ataque, la pelea y para inferir daños a terceros. Así, perros de razas que de forma subjetiva se podrían catalogar como peligrosos son perfectamente aptos para la pacífica convivencia entre las personas y los demás animales, incluidos sus congéneres, siempre que se les hayan inculcado adecuadas pautas de comportamiento y que la selección practicada en su crianza haya tenido por objeto la minimi-

zación de su comportamiento agresivo», añadiendo a renglón seguido que «Partiendo de esta premisa, el concepto de perro potencialmente peligroso expresado en la presente Ley no se refiere a los que pertenecen a una raza determinada, sino a los ejemplares caninos incluidos en una tipología racial concreta y que por sus características morfológicas, su agresividad y su acometida, son empleados para el ataque o la pelea, así como los animales nacidos de cruces interraciales entre cualquiera de éstos y con cualquiera de otros perros» (SAP Madrid, 2.^a, 50/2008, de 19 de diciembre [LA LEY 249681/2008]).

Y el Real Decreto 287/200, de 22 de marzo, que desarrolla reglamentariamente la Ley 50/1999, contiene normas que contribuyen a fijar el alcance del art. 631(SAP Madrid, 17.^a, 131/2004, de 25 marzo [LA LEY 73829/2004], y SAP Madrid, 29.^a, 74/2009, de 16 de abril [LA LEY 72372/2009]). En su art. 2 (animales de la especie canina peligrosa), tras disponer en el apartado 1 los animales que tienen la consideración de perros potencialmente peligrosos, bien por pertenecer a las razas que se relacionan en el Anexo I de ese Real Decreto, bien por tener unas características que se correspondan con todas o la mayoría de las que figuran en el Anexo II; en el apartado 2 segundo se dice «En todo caso, aunque no se encuentren incluidos en el apartado anterior, serán considerados perros potencialmente peligrosos aquellos animales de la especie canina que manifiesten un carácter marcadamente agresivo o que hayan protagonizado agresiones a personas o a otros animales». Y añade el número 3 que «En los supuestos contemplados en el apartado anterior, la potencial peligrosidad habrá de ser apreciada por la autoridad competente atendiendo a criterios objetivos, bien de oficio o bien tras haber sido objeto de una notificación o una denuncia, previo informe de un veterinario, oficial o colegiado, designado o habilitado por la autoridad competente autonómica o municipal».

En definitiva, según manifiesta nuestra jurisprudencia menor, tienen la consideración de «feroces o dañinos», lo que les convierte en potencialmente peligrosos, los siguientes: a) perros que, sin ser hostigados, han tenido episodios de agresiones a personas o a otros perros; b) perros que han sido adiestrados para el ataque y la defensa; y c) perros que pertenezcan a una de las razas que legal o reglamentariamente las autoridades administrativas señalan (SAP Burgos, 1.^a, 184/2005, de 1 julio, y SAP Zamora 72/2007, de 20 de septiembre [LA LEY 265519/2007]). Será el propio dueño o la persona que se encargue de su custodia, temporal o permanente, el que deberá cuidar y vigilar la actuación del perro de acuerdo con sus características, utilizando más o menos diligencia según la raza, tamaño, número y genio particular. De esta forma, lo que se castiga es la falta de cuidado y control del animal, sea doméstico o no, feroz o dañino, atemperado a la raza, tamaño, número y cualidades (SAP Pontevedra, 4.^a, 85/2009, de 9 de junio [LA LEY 97054/2009]).

La acción ha de ser dolosa, bien de manera directa, bien eventual. Al tratarse de una falta de peligro abstracto o de consumación anticipada o de mera actividad basta, para afirmar la presencia de dolo, que el sujeto conozca la concurrencia de los elementos que integran el tipo, es decir, que conozca, por un lado, que los animales por él poseídos o custodiados son feroces o potencialmente dañinos y, por otro, que conozca que los deja sueltos —es decir, libres de ataduras— o atados pero en circunstancias o condiciones tales que pueden causar mal —entendiendo por tal, tanto lesiones a personas como daños a otros animales o a cosas—, sin que sea necesario que se consuma el ataque concreto, el daño al bien jurídico protegido (SAP 2.^a Asturias 128/2003, de 14 de abril [LA LEY JURIS 1412273/2003], SAP Barcelona, 8.^a, 702/2003, de 12 de septiembre [LA LEY JURIS 11/2004], y SAP Cantabria, 1.^a, 1003/2009, de 20 de enero [LA LEY 48307/2009]). El dolo, por tanto, no abarca la finalidad de causar mal a alguna persona, aunque si el dueño tuviera dicha intención de dañar, lesionar o asustar azuzando al animal, estaríamos hablando no de

esta falta del art. 631.1, sino de una falta de daños, de lesiones o de amenazas (SAP Barcelona, 9.^a, 206/2005, de 16 marzo). Se castiga, por tanto, el riesgo que supone el que esos animales capaces de causar un mal se dejen sueltos o no se adopten las precauciones necesarias que eviten ese riesgo; por ello si el mal se causa y por tanto el riesgo se concreta, la conducta del dueño o encargado deberá ser castigada no con arreglo a este precepto, sino conforme al correspondiente tipo penal que contempla los daños a las personas debidos a un negligente comportamiento, es decir, las lesiones causadas por imprudencia (normalmente la leve del art. 621.3 del Código Penal, aunque también la grave de los arts. 621.1 o 152 —SAP Barcelona, 2.^a, 189/2005, de 23 de febrero—, cuando no el art. 1905 del Código Civil: «el poseedor de un animal o el que se sirve de él es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe»), ya que tales daños le serían imputables al dueño por tener la cualidad de garante y custodio del animal y no haber tomado las precauciones necesarias que hubieran evitado el riesgo y las lesiones (SAP Palencia 125/2002, de 16 de septiembre [LA LEY JURIS 1286240/2002], SAP Cádiz, 4.^a, 31/2003, de 7 de junio, SAP Alicante, 2.^a, 580/2005, de 3 octubre, y SAP Madrid, 29.^a, 74/2009, de 16 de abril [LA LEY 72372/2009]).

Al ser una infracción de peligro que no requiere de un resultado lesivo concretado en lesiones para su apreciación, el **bien jurídico** que pretende garantizar el art. 631.1 parece ser el supraindividual del **sentimiento general o colectivo de seguridad frente a estas conductas**, trascendiendo la integridad física de una persona concreta y determinada, aun cuando en última instancia se pretende evitar lesiones o resultados más graves que, si se producen, podrían dar lugar a un concurso ideal entre esta figura y el delito o falta que prevé la responsabilidad del dueño o encargado por ese resultado en comisión por omisión, dolosa o imprudente en su caso (SAP Barcelona, 7.^a, 410/2002, de 14 de mayo [LA LEY JURIS 1215149/2002], y SAP Barcelona, 9.^a, 93/2009, de 19 de febrero [LA LEY 17087/2009]). Por consiguiente, el que se produzcan o no las lesiones o daños, o su gravedad, es un hecho añadido al propio evento, ya que lo que en verdad se penaliza es el estado latente de peligro que genera la posesión y la falta de control de un animal feroz y dañino aunque se trate de uno domesticado (SAP Pontevedra, 4.^a, 85/2009, de 9 de junio [LA LEY 97054/2009]).

No constituye esta falta la suelta de un animal que produce resultados lesivos debido a una provocación del damnificado, que previamente había azuzado, golpeado, hostigado o incomodado al animal (SAP Asturias, 7.^a, 170/2000, de 29 de junio).

Finalmente, es conveniente hacer una mención a los acuerdos para unificar criterios en materia penal, adoptados por las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Madrid en la reunión de sus Magistrados el día 19 de mayo de 2004 (SAP Madrid, 7.^a, 120/2009, de 26 de mayo [LA LEY 94982/2009]). El punto 9.º se refiere a la falta del art. 631 CP (animales peligrosos):

*«Para la aplicación del art. 631 CP tiene que dejarse suelto a un animal que, ex ante, por sus condiciones de fiereza o dañosidad, resulta probable que acabe ocasionando un resultado lesivo de cierta entidad. Se está pues ante un delito de peligro hipotético o potencial, también llamado de **peligro abstracto-concreto o de aptitud**, en los que el comportamiento se presenta como realmente idóneo para generar un peligro concreto aunque no lo acabe causando. Debe tenerse en cuenta que no siempre que el animal dañino queda suelto por un descuido de su dueño o encargado, que no fue consciente de la situación que se estaba produciendo, lo correcto es aplicar la falta de lesiones por imprudencia, y si no se ha desencadenado un resultado lesivo la conducta quedaría impune.*

Si se produce un resultado subsumible en una falta de imprudencia, al concurrir un concurso de normas (dos ilícitos punibles de los cuales sólo cabe castigar uno de ellos) la **responsabilidad civil debe también declararse en vía penal. Cuando se produce un resultado que no alcanza la entidad necesaria para constituir una falta de imprudencia, igualmente debe hacerse pronunciamiento sobre la responsabilidad civil**».

Una buena parte de la jurisprudencia menor es contraria a la posibilidad de derivar **responsabilidad civil** de las infracciones de peligro (SAP Madrid, 1.^a, 91/1999, de 15 de marzo, y SAP Gerona, 1.^a, 211/2002, de 29 de abril). Sin embargo, la postura contraria —favorable a condenar como responsables civiles a los criminalmente responsables de delitos o faltas de riesgo— parece encontrar mayor eco en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (recogidas todas en la SAP Barcelona, 5.^a, 708/2008, de 3 de noviembre), puesto que el art. 109 CP («la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados») no limita ni acota el tipo de delitos o faltas de los que se deriva el deber de reparar.

En base al principio de creación del riesgo, el propietario de un animal es responsable civil subsidiario de los daños que éste hubiera causado, aunque no fuera autor de esta falta porque hubiera encomendado su cuidado a otra persona que es la que actuó negligentemente y que por ello es la responsable penal y civil principal (SAP Barcelona, 2.^a, 189/2005, de 23 de febrero).

Artículo 632.

1. El que corte, tale, queme, arranque, recolecte alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, sin grave perjuicio para el medio ambiente, será castigado con la pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días.

2. Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin incurrir en los supuestos previstos en el art. 337 serán castigados con la pena de multa de 20 a 60 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 20 a 30 días.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 332 y 337.

Redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El tenor literal anterior era el siguiente:

«Art. 632.

Los que maltrataren cruelmente a los animales domésticos o a cualesquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días».

El apartado 1 ha sido introducido ex novo por la Ley Orgánica 15/2003 y corresponde al delito del art. 332 (también modificado por dicha norma), del que se diferencia por la gravedad (aquí

inexistente) del perjuicio para el medio ambiente y porque la falta no contempla ni el tráfico ilegal ni la destrucción o alteración no grave del hábitat de la especie o subespecie de flora.

El que ahora pasa a ser apartado 2 se ha visto también modificado por la Ley Orgánica 15/2003. Se configura como una falta residual del delito previsto en el art. 337, de nueva creación por idéntica reforma del Código Penal, para aquellas conductas de maltrato cruel a animales sin causarles la muerte ni provocarles lesiones de grave menoscabo físico. El tope mínimo de la pena de multa aumenta y se introduce, como pena alternativa, la de trabajos en beneficio de la comunidad.

El maltrato tiene la connotación de «cruel», término procedente del latín *crudelis*, que implica deleite en hacer el mal o complacencia en los padecimientos ajenos; insufrible, excesivo, sangriento, duro, violento (SAP Valencia, 3.^a, 656/2000, de 9 de diciembre [LA LEY JURIS 534537/2000], y SAP Valencia, 1.^a, 101/2008, de 22 de abril [LA LEY 67897/2008]). Si bien dicha expresión ha de entenderse únicamente en su sentido figurado de inferir un padecimiento «insufrible o excesivo», pues de lo contrario supondría la introducción de un elemento subjetivo del injusto que, aparte de la dificultad de probarlo, implicaría, hasta casi privarla de contenido, una restricción excesiva de la falta (SAP Valladolid, 2.^a, 54/2000, de 25 de enero [LA LEY JURIS 56506/2000]).

La SAP Barcelona, 2.^a, 168/2007, de 23 de febrero [LA LEY 23419/2007], especifica que «podrá cuestionarse el uso de violencia material para educar o corregir a un perro, así como el juicio social que deba merecer quien así se comporta, pero lo que es evidente es que golpear una sola vez a uno de aquellos animales, sin constar la dirección e intensidad del golpe, no puede considerarse maltrato cruel, sin perjuicio de que constituya obviamente un maltrato, pero sin que quepa predicar del mismo el precitado calificativo, lo que conduce a la atipicidad de la conducta desplegada por el apelante».

La deficiente redacción del art. 632.2 ha propiciado la existencia de una doble interpretación del tipo. Según la **primera interpretación** se recogerían dos supuestos diferenciados: el maltrato cruel a los animales domésticos en todo caso y el maltrato cruel a cualquier otro animal sólo en espectáculos no autorizados legalmente. A juicio de los defensores de esta interpretación, carecería de sentido que el legislador hubiera diferenciado entre animales domésticos y no, pues la misma obedece al establecimiento de un doble nivel de protección dependiendo de la relación del animal con el ser humano: un primer nivel de protección, más generoso, abarcaría todos los animales que pueden calificarse de domésticos, donde el tipo sólo exigiría —además de dicho carácter— la concurrencia del maltrato cruel; y un segundo nivel de protección, más restrictivo, que recaería sobre el resto de animales, cuya protección es de menor intensidad y sólo en aquellos casos en que el maltrato se lleve a cabo en espectáculos no autorizados legalmente. En la **segunda interpretación** se castigaría el maltrato cruel tanto a los animales domésticos como a cualesquiera otros animales siempre que fuera con publicidad, es decir, en espectáculos no autorizados legalmente, por lo que este maltrato sólo se perseguiría si se produce en ese tipo de espectáculos, resultando en principio impune la conducta llevada a cabo aisladamente por una persona sin publicidad (salvaguardado que el menoscabo en la propiedad de los animales pueda encontrar protección a través de los tipos de daños). Apoya esta segunda tesis una interpretación restrictiva del Derecho penal que trae como consecuencia la no distinción de supuestos *contra reo*, habiendo tenido acogida en algunas resoluciones de Audiencias Provinciales, si bien nuestra jurisprudencia menor viene considerando que la primera interpretación, en la que se recoge la dualidad de supuestos, resulta la más adecuada a la interpretación gramatical del artículo, ya que

aparece en el texto una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos supuestos. También es importante la referencia expresa al delito del art. 337 (maltrato cruel e injustificado a animales domésticos con resultado de muerte o de lesiones con grave menoscabo físico), del que esta falta es residual sólo en animales domésticos, avalando la existencia de dos niveles de protección y, por tanto, que la diferenciación apreciada en la redacción del tipo no es gratuita ni superficial (SAP Valladolid, 2.ª, 54/2000, de 25 de enero [LA LEY JURIS 56506/2000], SAP Valencia, 3.ª, 656/2000, de 9 de diciembre [LA LEY JURIS 534537/2000], SAP Valencia, 1.ª, 101/2008, de 22 de abril [LA LEY 67897/2008], y SAP Zamora 73/2008, de 12 de diciembre [LA LEY 274459/2008]).

Por **animal doméstico** debe entenderse aquellos que se hallen bajo el control efectivo de sus dueños o responsables, es decir, el animal de compañía que cohabita con su dueño o propietario, resultando además que éste es el concepto social de animal doméstico (SAP Madrid, 16.ª, 335/2008, de 21 de mayo [LA LEY 84580/2008]).

La jurisprudencia menor viene señalando de manera pacífica y reiterada que, de conformidad con la exégesis de la norma hecha por el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, el maltrato grave debe ser considerado delito del art. 337, permaneciendo los supuestos leves en esta falta del art. 632 CP (SAP Zamora 73/2008, de 12 de diciembre [LA LEY 274459/2008]).

TÍTULO IV

FALTAS CONTRA EL ORDEN PÚBLICO

Artículo 633.

Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas, serán castigados con las penas de localización permanente de dos a 12 días y multa de 10 a 30 días.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 497.2 y 558.
LECrím.: arts. 14.1.º, 258 y 684.
LOPJ: arts. 190 a 195.
LOPSC: art. 26.i).

Redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía así:

«Art. 633.

Los que perturbaren levemente el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado, en los actos públicos, en espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas, serán castigados con las penas de arresto de uno a seis fines de semana y multa de diez a treinta días».

Esta falta de desórdenes públicos es de análogos caracteres al delito de desórdenes públicos previsto en el art. 558, siendo la diferencia entre el delito y la falta de carácter meramente cuantitativo, por ser la perturbación del orden grave en el delito y la leve en la falta (31 de enero de 1989 [LA LEY JURIS 113975-JF/0000] y 6 de octubre de 1989 [LA LEY JURIS 12388-R/1990]).

En este art. 633 no se contemplan expresamente los desórdenes en colegios electorales o en centros docentes y en oficinas o establecimientos públicos, y sí, en cambio, las alteraciones leves del orden en actos públicos, sin exigencia de ser propios de una autoridad o corporación, y en solemnidades o reuniones numerosas. En los actos públicos y en las solemnidades existirá actividad alteradora del orden cuando se incumplen las reglas, normas o directrices fijadoras de su desarrollo, o cuando se impida tal desarrollo del acto o de la solemnidad; en tales actos y en las reuniones también podrá alterarse el orden, perturbando a los asistentes, de forma que puedan originarse fricciones o choques físicos (núm. 1321/1999, de 27 de septiembre [LA LEY JURIS 1855/2000]).

Aunque la jurisprudencia no ha exigido para esta falta el elemento subjetivo del injusto de intención de alterar la paz pública, sí será necesario el dolo genérico de alterar el orden (núm. 1321/1999, de 27 de septiembre [LA LEY JURIS 1855/2000]).

Conforme al **principio de mínima intervención o de la última «ratio»**, sólo cabrá conceptuar como infracciones penales (delitos o faltas) las alteraciones del orden que tengan cierta entidad y trascendencia y deberán ponderarse además con mayor indulgencia las que suceden en período electoral, en el que la competición entre los candidatos da origen al empleo de descalificaciones verbales, que pueden lindar con el insulto (núm. 1321/1999, de 27 de septiembre [LA LEY JURIS 1855/2000]).

SAP Ávila, 1.^a, 27/2005, de 23 febrero, absolvió de esta falta a quienes desde la zona asignada al público asistente interrumpieron momentáneamente el transcurso de una sesión del Pleno del Ayuntamiento. La alteración del orden público es una alteración del ritmo de la vida ciudadana perturbando la convivencia o el desenvolvimiento «normal» de las actividades de la vida individual y comunitaria. Entra dentro de la normalidad que en ese tipo de sesiones se produzcan tensiones y discusiones que tiendan a resolver los problemas cotidianos de los ciudadanos, pues son el sitio adecuado para discutir y dirimir las cuestiones candentes que afectan a la vida local. «En un Estado democrático de derecho, el orden público no ha de contener un contenido imperativista y supresor de libertades y derechos, sino todo lo contrario, es decir, debe ser garante de éstos».

La reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003 ha sustituido la anterior pena de arresto de uno a seis fines de semana por la de localización permanente de dos a doce días. La pena de multa no ha sufrido cambios. Se trata de la única falta de todo el Código Penal en que la sanción no es alternativa sino acumulativa.

Artículo 634.

Los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días.

CONCORDANCIAS

CP: art. 556, 618.2 y 622.
LOPSC: art. 26.h).

En los comportamientos contra el principio de autoridad, escalonados de mayor a menor gravedad, la falta del art. 634 ocupa el tercero y último lugar, tras los delitos de atentado (art. 550) y resistencia/desobediencia grave (art. 556). La línea divisoria entre ellos es, con frecuencia, tenue y sutil sobre todo entre el segundo delito y la falta (núm. 1978/2001, de 26 de octubre [LA LEY JURIS 1830/2002]). Pero es evidente que para la falta se reservan las formas más leves de ataque a la autoridad o a sus agentes, mientras supongan un menosprecio al principio de autoridad (SAP Huelva, 3.ª, 244/2004, de 30 de septiembre).

Esta falta contempla dos conductas: la falta de respeto y consideración debida, por un lado, y la desobediencia leve, por otro, a diferencia de los arts. 550 y 556 que recogen entre las conductas comisivas la resistencia, por lo que ésta no puede ser inculpada en ningún caso en la modalidad de falta de respeto y consideración debida. La resistencia más grave se subsume en el art. 550 y la que puede ser calificada como menos grave se inculpa en el ámbito del art. 556, pero nunca en la falta de este art. 634 CP (SAP Burgos, 1.ª, 155/2009, de 11 de junio [LA LEY 92965/2009]), en donde sólo tienen cabida las ofensas verbales omisivas de carácter leve de escasa entidad, pues la resistencia nunca puede considerarse como falta (665/1996 de 3 octubre).

Falta de respeto y consideración debida.

Esta infracción exige, como **requisitos objetivos**, el carácter de autoridad o de agente de la autoridad del sujeto pasivo, la condición de particular del autor y el hecho de que este último vierta expresiones o realice actuaciones atentatorias contra el respeto y consideración debida del primero. El **elemento subjetivo** o tendencial se manifiesta en el dolo específico de atentar contra el principio de autoridad que representan la persona o la institución de referencia, dolo que ha de deducirse del conjunto de las circunstancias fácticas de carácter objetivo y, como tales, susceptibles de prueba directa (SAP Castellón, 1.ª, 322/2005, de 12 julio). El **bien jurídico** protegido no es la persona que ejerce la autoridad, en sí misma, sino principalmente la función pública que dicha autoridad ejerce (2490/1993, de 10 de noviembre, y 763/1996, de 25 de octubre): «otra interpretación supone una concepción antidemocrática de la autoridad, ajena a la única legitimación de ésta, la función o servicio público que presta a la sociedad misma, que no puede verse menoscabada gratuitamente para evitar grave daño a la misma causa pública» (SAP Castellón, 1.ª, 160/2005, de 20 de abril).

Se refiere a expresiones incorrectas, excesos verbales o conductas irrespetuosas con la autoridad (14 de febrero de 1992 [LA LEY JURIS 1421/1992]). Constituye esta falta forcejear levemente con los agentes de la autoridad, sin agresión ni ataque (364/2002, de 28 de febrero [LA LEY JURIS 1060044/2002]). La Sentencia 1088/1992, de 16 de mayo [LA LEY JURIS 2532/1992], estima que la frase «su madre era una santa pero él era un hijo del diablo», dirigida a un agente de la autoridad que, además, se hallaba en acto de servicio, no reviste especial gravedad, pero sí supone una evidente falta de respeto y un agravio palmario hacia el que la recibe.

Se castigan aquellas conductas que perjudiquen de forma efectiva la concreta función pública desarrollada por las autoridades y sus agentes, sin incluirse, para evitar una indebida aplicación del destipificado desacato, conductas de falta de respeto que, sin trascendencia en la función

pública, serían objeto de protección penal mediante las figuras de la calumnia o injuria (SAP Castellón, 1.ª, 160/2005, de 20 de abril).

Desobediencia leve

Son elementos de esta falta: a) la existencia de una orden emanada de la autoridad o de sus agentes, en el ejercicio de las funciones de su cargo, que contenga un mandato legítimo que derive de sus facultades regladas o atribuciones competenciales, sin extralimitaciones o excesos; b) que la orden sea expresa, terminante y clara, imponiendo una conducta indeclinable o de estricto cumplimiento y que se ha de acatar sin disculpas; c) que se haga conocer mediante un requerimiento formal, personal y directo; d) que el requerido no acate la orden colocándose en actitud rebeldía o de abierta oposición que, por su ánimo de desobedecer, lesione sensible e indudablemente el principio de autoridad al que desprestigia y veja (SAP 1.ª Alicante 609/2004, de 29 de noviembre, y SAP Castellón, 1.ª, 309/2005, de 30 de junio).

La diferencia entre la desobediencia leve de esta falta y el delito del art. 556 se centra en la gravedad de la oposición, que en el delito será terca y tenaz, contumaz y recalcitrante, reiterada y persistente, de modo que obstaculice la acción de los agentes, mientras que en la falta prácticamente se exigen actitudes de mera pasividad o negativa a obedecer y a atender el requerimiento del agente. En la falta no debe existir forcejeo, uso de la fuerza o cualquier manifestación de violencia, incluso pasiva (23 de enero de 1989 [LA LEY JURIS 11520-R/1989]; 19 de junio de 1991 [LA LEY JURIS 10686/1991]; 1513/1992, de 29 de junio [LA LEY JURIS 2486/1992], 340/1993, de 17 de febrero [LA LEY JURIS 2856-5/1993], 838/2008, de 12 de diciembre [LA LEY 207474/2008], y 553/2009, de 22 de mayo [LA LEY 99183/2009]), si bien en alguna ocasión se ha aplicado a conductas consistentes en un simple forcejeo sin ninguna virulencia (364/2002, de 28 de febrero [LA LEY 46537/2002], 703/2006, de 3 de julio [LA LEY 77140/2006], y 388/2009, de 3 de abril [LA LEY 40419/2009]).

La gravedad de la desobediencia también depende de la jerarquía del bien jurídico que, en cada caso concreto, la orden de los agentes de la autoridad procura guardar. Cuando este bien jurídico tenga una importancia que sea socialmente significativa será de apreciar la gravedad exigida por el delito; en los demás casos de desobediencia será aplicable la falta. Así, por ejemplo, la Sentencia de 20 de enero de 1990 [LA LEY JURIS 1132-2/1990] considera falta la desobediencia a la orden de la Guardia Civil de mostrar «la documentación de un vehículo que tenía mal aparcado en el exterior» (pues se trata de una orden orientada simplemente a que el conductor diera cumplimiento a lo dispuesto en materia de aparcamiento, sin que la perturbación del tráfico ocasionada afectara de una manera grave a un bien jurídico de significación social considerable), o bien a la posterior orden de concurrir al Cuartel (no se daban los supuestos para la detención de los arts. 490 y 492 LECrim., por lo que no puede ser grave la desobediencia de una orden que no se está obligado a cumplir).

En definitiva, la línea divisoria entre la falta y el delito de desobediencia, marcada, como se ha dicho, por el carácter grave o leve de la conducta desobediente, vendrá determinada por el conjunto de circunstancias que rodean al hecho, y entre ellas: el origen del mandato; los motivos de la conducta; la trascendencia de la orden; la importancia y las consecuencias de la infracción; la intencionalidad del agente; la persistencia de la oposición; la jerarquía de la autoridad; el desprestigio de ésta; o, como criterio material básico de valoración, la importancia y significación

social del bien jurídico que la autoridad pretendía proteger cuando emitió la orden (Sala de lo Civil y Penal del TSJPV, Auto de 2 de febrero de 2007 [LA LEY 9003/2007]).

Este precepto se refiere a comportamientos contrarios al ejercicio personal de la autoridad por un agente, pero no al incumplimiento de normas dictadas por la autoridad, que ya tiene prevista su sanción en vía administrativa, pues de lo contrario tendríamos que llegar a la conclusión que todo incumplimiento de una norma implicaría una desobediencia punible, lo cual es contradictorio con el carácter fragmentario del Derecho penal y con el principio de intervención mínima y naturaleza subsidiaria de las normas penales (SAP Badajoz, 1.ª, 12/2005, de 19 de enero, y SAP Castellón, 1.ª, 309/2005, de 30 de junio).

Desde el 1 de octubre de 2004 (entrada en vigor de la LO 15/2003, de 25 de noviembre) no se aplica con carácter general esta falta a los incumplimientos leves del régimen de visitas en los supuestos de crisis matrimonial, sino la nueva falta del art. 618.2 del Código Penal que tipifica específicamente estas conductas (SAP Alicante, 1.ª, 609/2004, de 29 de noviembre) y cualquier otro incumplimiento, no constitutivo de delito, de obligaciones familiares derivadas de un convenio judicialmente aprobado o de una resolución judicial en los supuestos de separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de los hijos; excepto las infracciones, también leves, del régimen de custodia de los hijos menores en la modalidad relativa a la sustracción de menores —por el padre no custodio—, castigadas específicamente en la falta del art. 622. No obstante, si previamente al incumplimiento del régimen de visitas ha existido un requerimiento de la autoridad judicial con los apercibimientos correspondientes, se aplicará la falta del art. 634 (SAP Tarragona, 4.ª, 412/2007, de 22 de octubre [LA LEY 254550/2007] —que contiene un estudio muy completo de este tema—, y SAP Valencia, 5.ª, 80/2009, de 9 de febrero [LA LEY 22966/2009]).

Artículo 635.

Será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público.

CONCORDANCIAS

CE: art. 18.2.

CP: arts. 203, 204 y 534.1.1.º.

Redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto señalaba:

«Art. 635.

Serán castigados con las penas de arresto de uno a cinco fines de semana y multa de uno a dos meses el que se mantuviere contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o establecimiento mercantil o local abierto al público».

Se trata de la conocida como falta de allanamiento de domicilio de persona jurídico-pública, inédita hasta la entrada en vigor del Código Penal de 1995, al igual que el delito del art. 203, del que puede decirse es una infracción reducida en cuanto a la gravedad del reproche antijurídico.

El **bien jurídico** protegido es la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, oficina, local, etc. La conducta típica presupone la previa entrada consentida en el domicilio («el que se mantuviere»), ya que de lo contrario encajaría en el tipo previsto en el art. 203.1 CP, y consiste en la permanencia en dichos lugares, fuera de las horas de apertura, contra la voluntad de su titular, pero sin ejercicio de violencia o intimidación, pues de darse dichas circunstancias el comportamiento encuadraría en el art. 203.2 CP (SAP Zamora 117/1998, de 24 de julio, SAP Guadalajara 19/2000, de 22 de febrero [LA LEY JURIS 119363/2000], y SAP Castellón, 2.^a, 179/2001, de 26 de junio [LA LEY JURIS 861308/2001]), y sin exigencia de que se produzca alteración del funcionamiento de la persona jurídica (SAP Valladolid, 2.^a, 1143/1998, de 3 noviembre).

El Tribunal Constitucional (STC 88/2003, de 19 de mayo [LA LEY JURIS 2097/2003]) considera conforme con el significado literal de este precepto entender que el bien jurídico protegido es la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, oficina, local, etc., y que basta con que su titular exprese la voluntad contraria a la permanencia del sujeto activo para que concurren todos los elementos de la infracción penal.

Esta falta requiere una lesión del derecho de la intimidad. El domicilio de una persona jurídica, un despacho profesional u oficina, un establecimiento mercantil o un local abierto al público son espacios cerrados que constituyen un contexto en el que se proyecta la intimidad de las personas físicas, bien que en grado menor al domicilio particular, puesto que aunque el sujeto no habita en ellos sí desarrolla buena parte de su vida y guarda innumerables documentos u otros objetos que integran su privacidad. Por ello, el legislador ha ampliado la protección penal a tales domicilios, despachos, establecimientos y locales, matizando nuestra jurisprudencia que la aplicación de esta falta (y su correlativo delito del art. 203) debe quedar reducida a los casos en que la permanencia in consentida en aquellos lugares fuera de las horas de apertura suponga un riesgo para la intimidad personal o familiar de alguien, lo que naturalmente deberá constar en la declaración de hechos probados y estar abarcado por el dolo del autor (505/1999, de 3 de abril, y 1737/1999, de 30 de noviembre).

El establecimiento debe hallarse abierto al público, en funcionamiento (no cerrado en espera de reparación, por ejemplo) y dedicado a la actividad que les es propia (SAP Palencia 232/2000, de 10 de octubre).

El tipo penal exige como **elemento subjetivo** la voluntad de allanamiento de la empresa, es decir, de mantenerse en el local contra la voluntad de su titular (SAP Castellón, 1.^a, 222/2008, de 15 de abril [LA LEY 62963/2008]).

La reforma introducida por la Ley Orgánica 15/2003 ha supuesto la sustitución de la anterior pena de arresto de uno a cinco fines de semana por la de localización permanente de dos a diez días. La pena de multa no ha sufrido cambios, pero ahora es una alternativa a la pena de localización permanente, mientras que antes se imponía conjuntamente con la pena de arresto de fin de semana.

Artículo 636.

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

No se considerará comprendida entre las actividades a las que se refiere el párrafo anterior la conducción de vehículos a motor y ciclomotores.

CONCORDANCIAS

CP: art. 117.

RDL 6/2004, de 29 de octubre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza: art. 52.

RD 63/1994, de 21 de enero, que aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil del cazador, de suscripción obligatoria.

Ley 22/1994, de 6 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte: art. 59.2.

RD 849/1993, de 4 junio, que determina las prestaciones mínimas del Seguro Obligatorio Deportivo.

Nueva redacción introducida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía así:

«Art. 636.

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil que se exigieran legalmente para el ejercicio de aquéllas, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses».

La introducción *ex novo* del segundo párrafo en la reforma del Código Penal de noviembre de 2003 supone la despenalización de la conducción de vehículo a motor o ciclomotor sin la suscripción de la oportuna póliza de seguro, conducta que ahora se sanciona exclusivamente en el ámbito administrativo de tráfico (art. 3 del Decreto 632/1968, de 21 de marzo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, y art. 29 del RD 7/2001, de 12 de enero, del Reglamento sobre la Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor). Se accede así a la petición procedente de la Dirección General de Tráfico, ya que, debido al importe que en la práctica forense se imponía como multa, conducir sin seguro en España resultaba más barato que tener seguro (SAP Zaragoza, 3.ª, 212/2005, de 13 de mayo, SAP Barcelona, 10.ª, 532/2005, de 26 de mayo y ATC —Pleno— 119/2005, de 15 marzo).

La falta contra el orden público regulada en este precepto, novedad introducida en el Código Penal de 1995, es una infracción de mera actividad y de peligro abstracto cuyo **bien jurídico protegido**, más que el orden público en general, es el orden socioeconómico, en la medida en que persigue tutelar las relevantes funciones sociales y económicas que cumple el seguro obligatorio de responsabilidad civil, pudiendo decirse que quien realiza una actividad sin el amparo del seguro exigido preceptivamente para su desarrollo pone en riesgo el cobro de las indemnizaciones inherentes a dicha responsabilidad y causa un potencial perjuicio a la comunidad, ante la eventual asunción del correspondiente pago por

el resto de los asegurados y por la sociedad en general. Para que tenga lugar la **conducta típica** no basta con el mero incumplimiento de la obligación civil consistente en la suscripción obligatoria de determinado seguro, lo cual puede constituir, en su caso, un ilícito administrativo, sino que es preciso el efectivo ejercicio de la concreta actividad sometida a la exigencia legal del aseguramiento de su responsabilidad civil, susceptible de poner en riesgo el bien jurídicamente protegido. La actividad peligrosa puede ser cualquiera, siempre que el deber de aseguramiento se encuentre establecido «legalmente» y no sólo en virtud de normas reglamentarias. Estamos ante una norma penal en blanco en la que la descripción de la actividad prohibida, como parte esencial de la conducta típica, se remite a otra norma con rango de ley, con lo que queda claramente salvada la reserva de ley inherente al principio de legalidad penal. **Sujeto activo** de la falta es, en primer lugar, quien, teniendo la obligación legal de suscribir el seguro de responsabilidad civil, realiza la actividad que ha de estar amparada por dicho aseguramiento, aunque lo cierto es que de esta infracción puede ser responsable, tanto la persona que tiene el expresado deber legal y que, incumpléndolo, lleva a cabo directa y materialmente la actividad susceptible de generar la responsabilidad que ha de ser preceptivamente asegurada, como el que desarrolla esta actividad sabiendo que carece de tal cobertura, aunque no sea el personalmente obligado a suscribirla. El **tipo subjetivo**, necesariamente doloso al no estar prevista de manera expresa la comisión imprudente (art. 12 CP), consiste en la conciencia y la voluntad de realizar la actividad en cuestión careciendo del preceptivo aseguramiento, debiendo ser abarcados por el dolo del sujeto tanto la ausencia de cobertura como su obligatoriedad (SAP Pontevedra, 1.ª, 45/2003, de 13 de marzo [LA LEY JURIS 1424392/2003], SAP Toledo, 1.ª, 102/2003, de 1 de julio [LA LEY JURIS 13085/2003]).

La tenencia de perros o animales potencialmente peligrosos sin seguro no es una conducta subsumible en esta falta, pues la tenencia de animales domésticos no constituye una actividad sino un hecho para el que se exige, no exactamente un seguro, sino una licencia administrativa, uno de cuyos requisitos es acreditar haber formalizado un seguro de responsabilidad civil por daños a terceros (SAP Huelva, 1.ª, 163/2008, de 11 de julio [LA LEY 228254/2008]).

Artículo 637.

El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de localización permanente de dos a 10 días o multa de 10 a 30 días.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 22.2.ª, 402 y 403.

CPM: art. 164.

CP 1973: art. 324.

Redacción introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. El anterior texto decía así:

«Art. 637.

El que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, o se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea, será castigado con la pena de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de diez a treinta días».

Este precepto convierte en falta lo que fuera el art. 324 del Código Penal de 1973 y es subsidiaria de los delitos de usurpación de funciones (art. 402 CP) e intrusismo profesional (art. 403 CP). Tipifica, en primer lugar, una falsedad personal o de acto que sanciona al que usa pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales, peculiares de estado, cargo o clase reglamentados y que sólo las personas que lo ostentan pueden utilizar, limitándose con ello la facultad de toda persona de poder vestir o usar como quiera dichos distintivos reservados legalmente para quienes gocen de carácter oficial. Se castiga aquí una especie de intrusismo *vanitatis causa*, ostentosa, de carácter formal, constitutivo de una falsedad ideológica que tiende finalísticamente a usurpar el carácter y a generar el engaño, propio de toda mutación de verdad, sabiendo que se carece de derecho para usarlos (SAP Alicante, 7.^a, 89/2000, de 17 de mayo [LA LEY JURIS 158699/2000], y SAP Orense, 1.^a, 5/2005, de 26 de enero [LA LEY 19890/2005]). Es atípica la exhibición de una placa de policía de elaboración burda y claramente falta de autenticidad, de tal manera que no haría incurrir en error a persona alguna (SAP Madrid, 23.^a, 127/2008, de 23 de febrero [LA LEY 37107/2008]).

La segunda conducta falsaria tipificada es la mera atribución pública de la cualidad de profesional amparada por un título académico que no se posea. Si se desarrollaran, además, actos propios de dicha profesión, entraría en juego el art. 403 del Código Penal (SAP Madrid, 3.^a, 355/2000, de 7 de noviembre [LA LEY JURIS 403860/2000]).

La modificación operada por la Ley Orgánica 15/2003 ha sustituido la anterior pena de arresto de uno a cinco fines de semana por la de localización permanente de dos a diez días. La pena de multa no ha sufrido cambios.

TÍTULO V

DISPOSICIONES COMUNES A LAS FALTAS

Artículo 638.

En la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 de este Código.

Artículo 639.

En las faltas perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquélla fuere menor de edad, incapaz o una persona desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.

En estas faltas, el perdón del ofendido o su representante legal extinguirá la acción penal o la pena impuesta, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del número 4.º del art. 130.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 130.5.º (4.º antes de la reforma de la LO 15/2003), 215.3, 620, 621.6.º y 624.
LECrin.: arts. 13 y 104.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Cuando una persona sea declarada exente de responsabilidad criminal por concurrir alguna de las causas previstas en los números 1.º y 3.º del art. 20 de este Código, el Ministerio Fiscal instará, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la Jurisdicción Civil, salvo que la misma hubiera sido ya anteriormente acordada y, en su caso, el internamiento conforme a las normas de la legislación civil.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 6.2.º.1.^a y 3.^a, 25, 101 y 103.

CC: arts. 199 y ss.

Segunda. Cuando la autoridad gubernativa tenga conocimiento de la existencia de un menor de edad o de un incapaz que se halla en estado de prostitución, sea o no por su voluntad, pero con anuencia de las personas que sobre él ejerzan autoridad familiar o ético-social o de hecho, o que carece de ellas, o éstas lo tienen en abandono y no se encargan de su custodia, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de menores y al Ministerio Fiscal, para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.

Asimismo, en los supuestos en que el Juez o Tribunal acuerde la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, el acogimiento, la guarda, tutela o curatela, lo comunicará de inmediato a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de los menores y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias.

CONCORDANCIAS

CP: arts. 187, 189, 192, 220, 221, 226 y 133.

Tercera. Cuando, mediante denuncia o reclamación del perjudicado, se incoe un procedimiento penal por hechos constitutivos de infracciones previstas y penadas en los arts. 267 y 621 del presente Código, podrán comparecer en las diligencias penales que se incoen y mostrarse parte todos aquellos implicados en los mismos hechos que se consideren perjudicados, cualquiera que sea la cuantía de los daños que reclamen.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas.

CONCORDANCIAS

Circular FGE 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio de aplicación del CP de 1995.

Segunda. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código. Las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo sólo serán de aplicación a todos los condenados conforme al Código derogado y no podrán gozar de ellas aquellos a quienes se les apliquen las disposiciones del nuevo Código.

En todo caso será oído el reo.

CONCORDANCIAS

RP: Disp. Trans. 1.^a RD 190/1996, de 9 de febrero, aprobando el nuevo Reglamento.

Tercera. Los Directores de los establecimientos penitenciarios remitirán a la mayor urgencia, a partir de la publicación del nuevo Código Penal, a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria, relación de los penados internos en el Centro que dirijan, y liquidación provisional de la pena en ejecución, señalando los días que el reo haya redimido por el trabajo y los que pueda redimir, en su caso, en el futuro conforme al art. 100 del Código Penal que se deroga y disposiciones complementarias.

Cuarta. Los Jueces o Tribunales mencionados en la disposición anterior procederán, una vez recibida la anterior liquidación de condena, a dar traslado al Ministerio Fiscal, para que informe sobre si procede revisar la sentencia y, en tal caso, los términos de la revisión. Una vez haya informado el Fiscal, procederán también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo.

Quinta. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el art. 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrá asignar a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o Secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales, la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de este Código.

Dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso se deberá revisar la sentencia.

No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo al Código derogado y al nuevo, corresponda, exclusivamente, la pena de multa.

Sexta. No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el Juez o Tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a este Código.

En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto al nuevo Código.

Séptima. A efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia, se entenderán comprendidos en el mismo Título de este Código, aquellos delitos previstos en el Cuerpo legal que se deroga y que tengan análoga denominación y ataquen del mismo modo a idéntico bien jurídico.

Octava. En los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de este Código fuera la de arresto de fin de semana, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que la duración de la privación de libertad equivale a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer. Si la pena fuera la de multa, se considerará que cada día de arresto sustitutorio que se haya impuesto o pudiese imponer el Juez o Tribunal conforme al Código que se deroga, equivale a dos cuotas diarias de la multa del presente Cuerpo legal.

La LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, suprimió la pena de arresto de fin de semana, modificando el art. 33 CP.

Novena. En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de *vacatio*, las siguientes reglas:

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo Código.

c) Si, interpuesto el recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos del nuevo Código, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

Décima. Las medidas de seguridad que se hallen en ejecución o pendientes de ella, acordadas conforme a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, o en aplicación de los números 1.º y 3.º del art. 8 o del número 1.º del art. 9 del Código Penal que se deroga, serán revisadas conforme a los preceptos del Título IV del Libro I de este Código y a las reglas anteriores.

En aquellos casos en que la duración máxima de la medida prevista en este Código sea inferior al tiempo que efectivamente hayan cumplido los sometidos a la misma, el Juez o Tribunal dará por extinguido dicho cumplimiento y, en el caso de tratarse de una medida de internamiento, ordenará su inmediata puesta en libertad.

Undécima. 1. Cuando se hayan de aplicar Leyes penales especiales o procesales por la jurisdicción ordinaria, se entenderán sustituidas:

a) La pena de reclusión mayor, por la de prisión de quince a veinte años, con la cláusula de elevación de la misma a la pena de prisión de veinte a veinticinco años cuando concurren en el hecho dos o más circunstancias agravantes.

b) La pena de reclusión menor, por la de prisión de ocho a quince años.

c) La pena de prisión mayor, por la de prisión de tres a ocho años.

d) La pena de prisión menor, por la de prisión de seis meses a tres años.

e) La pena de arresto mayor, por la de arresto de siete a quince fines de semana.

f) La pena de multa impuesta en cuantía superior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de tres a diez meses.

g) La pena de multa impuesta por cuantía inferior a cien mil pesetas señalada para hechos castigados como delito, por la de multa de dos a tres meses.

h) La pena de multa impuesta para hechos delictivos en cuantía proporcional al lucro obtenido o al perjuicio causado seguirá aplicándose proporcionalmente.

i) La pena de arresto menor, por la de arresto de uno a seis fines de semana.

j) La pena de multa establecida para hechos definidos como falta, por la multa de uno a sesenta días.

k) Las penas privativas de derechos se impondrán en los términos y por los plazos fijados en este Código.

l) Cualquier otra pena de las suprimidas en este Código, por la pena o medida de seguridad que el Juez o Tribunal estima más análoga y de igual o menor gravedad. De no existir o de ser todas más graves, dejará de imponerse.

2. En caso de duda, será oído el reo.

La pena de arresto de fin de semana fue suprimida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, modificando el art. 33 CP.

Duodécima. Derogada por la Disposición Final Quinta de la LO 5/2000, de 12 de enero, 2 LRPM.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

1. Quedan derogados:

a) El Texto Refundido del Código Penal publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, con sus modificaciones posteriores, excepto los arts. 8.2, 9.3, la regla 1.^a del art. 20 en lo que se refiere al número 2.^o del

art. 8, el segundo párrafo del art. 22, 65, 417 bis y las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

b) La Ley de 17 de marzo de 1908 de condena condicional, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias.

c) La Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social, con sus modificaciones posteriores y disposiciones complementarias.

d) La Ley de 26 de julio de 1878, de prohibición de ejercicios peligrosos ejecutados por menores.

e) Los preceptos penales sustantivos de las siguientes leyes especiales:

Ley de 19 de septiembre de 1896, para la protección de pájaros insectívoros.

Ley de 16 de mayo de 1902, sobre propiedad industrial.

Ley de 23 de julio de 1903, sobre mendicidad de menores.

Ley de 20 de febrero de 1942, de pesca fluvial.

Ley de 31 de diciembre de 1946, sobre pesca con explosivos.

Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Los delitos y faltas previstos en dicha Ley, no contenidos en este Código, tendrán la consideración de infracciones administrativas muy graves, sancionándose con multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas y retirada de la licencia de caza, o de la facultad para obtenerla, por un plazo de dos a cinco años.

f) Los siguientes preceptos:

El art. 256 del Reglamento penitenciario, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

Los arts. 65 a 73 del Reglamento de los servicios de prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956.

Los arts. 84 a 90 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, de Energía Nuclear.

El art. 54 de la Ley 33/1971, de 21 de julio, de Emigración.

El segundo párrafo del art. 24 de la Ley Orgánica 2/1981 (sic), de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

La referencia debe entenderse hecha a la Ley Orgánica 3/1981.

El art. 2 de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, sobre régimen de recurso en caso de objeción de conciencia y su régimen penal.

El art. 4.º de la Ley Orgánica 5/1984, de 24 de mayo, de Comparecencia ante las Comisiones de Investigación del Congreso y del Senado o de ambas Cámaras.

Los arts. 29 y 49 de la Ley 209/1964, de 24 de diciembre, Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

Los términos «activo y» del art. 137 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

El art. 6 de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre Percibo de Cantidades Anticipadas en la Construcción y Venta de Viviendas.

2. Quedan también derogadas cuantas normas sean incompatibles con lo dispuesto en este Código.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Su contenido está derogado por posteriores modificaciones de los arts. 14 «tercero» y 779 LECrim., mediante la L 36/1998, de 10 de noviembre.

Segunda. El apartado 2 del art. 1 de la Ley Orgánica 5/1995, sobre el Tribunal del Jurado, queda redactado en los siguientes términos:

«2. Dentro del ámbito de enjuiciamiento previsto en el apartado anterior, el Tribunal del Jurado será competente para el conocimiento y fallo de las causas por los delitos tipificados en los siguientes preceptos del Código Penal:

- a) Del homicidio (arts. 138 a 140).
- b) De las amenazas (art. 169.1.º).
- c) De la omisión del deber de socorro (arts. 195 y 196).
- d) Del allanamiento de morada (arts. 202 y 204).
- e) De los incendios forestales (arts. 352 a 354).
- f) De la infidelidad en la custodia de documentos (arts. 413 a 415).
- g) Del cohecho (arts. 419 a 426).
- h) Del tráfico de influencias (arts. 428 a 430).
- i) De la malversación de caudales públicos (arts. 432 a 434).
- j) De los fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 a 438).
- k) De las negociaciones prohibidas a funcionarios (arts. 439 y 440).
- l) De la infidelidad en la custodia de presos (art. 471)».

Tercera. 1. El capítulo VI de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, quedará modificado en los siguientes términos:

- 1.º Quedan suprimidas las letras a), k), l) y v) del apartado 2.B) del art. 20.

2.º El texto de la letra r) de dicho apartado 2.B) se sustituirá por el siguiente:

«La transferencia de gametos o preembriones humanos en el útero de otra especie animal o la operación inversa, así como las fecundaciones entre gametos humanos y animales que no estén autorizadas».

2. El art. 21 del Capítulo VII de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, pasará a ser art. 24.

Cuarta. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, quedará modificada en los siguientes términos:

«Art. 1.

2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el art. 9.º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada del delito».

«Art. 7.

7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación».

Quinta. La Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 6/1995, de 29 de junio, quedará modificada en los siguientes términos:

«La exención de responsabilidad penal contemplada en los párrafos segundos de los arts. 305, apartado 4; 307, apartado 3, y 308, apartado 4, resultará igualmente aplicable aunque las deudas objeto de regularización sean inferiores a las cuantías establecidas en los citados artículos».

Sexta. El Título V del Libro I de este Código, los arts. 193, 212, 233.3 y 272, así como las Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, la Disposición Transitoria Duodécima y las Disposiciones Finales Primera y Tercera tienen carácter de Ley ordinaria.

Séptima. El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia.

No obstante lo anterior, queda exceptuada la entrada en vigor de su art. 19 hasta tanto adquiera vigencia la ley que regule la responsabilidad penal del menor a que se refiere dicho precepto.

LEYES PENALES ESPECIALES

Delitos relativos al control de cambios

§ 2. Ley 40/1979, de 10 de diciembre, sobre régimen jurídico de control de cambios

Delitos de contrabando

§ 3. Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando

Delitos electorales

§ 4. Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General

Delitos relativos a la navegación aérea

§ 5. Ley 209/1964, de 24 de diciembre, por la que establece la Ley penal y procesal, en materia de navegación aérea

Delitos de los jurados

§ 6. Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado

§ 2. LEY 40/1979, DE 10 DE DICIEMBRE, SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE CONTROL DE CAMBIOS

(BOE de 13 de diciembre de 1979)

CAPÍTULO PRIMERO RÉGIMEN GENERAL DE CONTROL DE CAMBIOS

Artículo 1. ...

Artículo 2. ...

Artículo 3. ...

Artículo 4. ...

Artículo 5. ...

Ley 40/1979, 20 diciembre, derogada, con excepción de su capítulo II por la disposición derogatoria única de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 5 julio).

Vigencia: 6 julio 2003

CAPÍTULO II DELITOS MONETARIOS

Capítulo II redactado por LO 10/1983, 16 agosto, modificadora de la Ley 40/1979, 10 diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (BOE 18 agosto).

Ley 40/1979, 20 diciembre, derogada, con excepción de su capítulo II por la disposición derogatoria única de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 5 julio).

Artículo 6. Cometen delito monetario los que contravinieren el sistema legal de control de cambios mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de 2.000.000 de pesetas:

A) Los que sin haber obtenido la preceptiva autorización previa o habiéndola obtenido mediante la comisión de un delito:

1.º Exportaren moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros, o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera.

2.ª Importaren moneda metálica española o billetes del Banco de España, o cualquier otro medio de pago o instrumento de giro o crédito cifrados en pesetas.

3.º Los residentes que a título oneroso adquirieran bienes muebles o inmuebles sitos en el extranjero o títulos mobiliarios emitidos en el exterior y los residentes que aceptaran préstamos o créditos de no residentes o se los otorgaren, o garantizaran obligaciones de no residentes.

4.ª Los que en territorio español aceptasen cualquier pago, entrega o cesión de pesetas de un no residente, o por su cuenta, o los realizaren en su favor o por su cuenta.

Véase artículo 4.1.º RD 1816/1991, 20 diciembre, sobre Transacciones Económicas con el Exterior (BOE 27 diciembre).

B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado, y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean.

Véase artículo 7.1.º RD 1816/1991, 20 diciembre, sobre Transacciones con el Exterior (BOE 27 diciembre).

C) El que obtuviere divisas mediante alegación de causa falsa o por cualquier otra forma ilícita.

Téngase en cuenta que el RD 1816/1991, 20 diciembre, confiere libertad plena para la adquisición de divisas por los residentes de la misma forma que para los no residentes, con lo que se despenaliza esta conducta.

D) El que destinare divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado.

Téngase en cuenta asimismo, que dicho RD 1816/1991, 20 diciembre, también despenaliza esta conducta al reconocer libertad de destino de divisas.

Artículo 7. *Uno. Los autores del delito monetario serán castigados:*

1.º *Con la pena de prisión mayor y multa del tanto al décuplo de la cuantía del delito, cuando exceda de 50.000.000 de pesetas.*

2.º *Con la pena de prisión mayor y multa del tanto al décuplo de la cuantía del delito, cuando exceda de 50.000.000 de pesetas.*

3.º *Con la pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo, cuando exceda de 5.000.000 de pesetas y no pase de 10.000.000 de pesetas.*

4.º *Con la pena de multa del tanto al duplo, cuando exceda de 2.000.000 de pesetas y no pase de 5.000.000 de pesetas.*

Número 1 del artículo 7 declarado inconstitucional, en cuanto impone penas de privación de libertad, por Sentencia del Tribunal Constitucional 313/1986, 16 diciembre (BOE 31 diciembre).

Dos. Los Tribunales impondrán las penas en su grado máximo cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de Entidades u Organizaciones en las que de su propia naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión de delito.

Tres. Cuando los actos previstos en el artículo 6 se cometan en el seno de una Sociedad o Empresa u Organización serán también responsables de los delitos las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad y aquellas por cuenta de quien obren, siempre que tuvieran conocimiento de los hechos.

Cuatro. Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales, las especiales circunstancias que en él concurren y específicamente la reparación o disminución de los efectos del delito y la repatriación del capital, podrán imponer las penas inferiores en grado a las señaladas en el apartado 1 de este artículo.

Cinco. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario, se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código Penal.

Seis. El Código Penal se aplicará con carácter supletorio.

Véase artículo 9 CP.

Artículo 8. Los administradores, directivos o empleados de las Entidades autorizadas referidas en el artículo 5 que, por negligencia en el ejercicio de sus funciones, apreciada por los Tribunales, hayan facilitado la comisión de alguna de las conductas descritas en el artículo 6 serán castigados con multa de hasta 2.000.000 pesetas.

Artículo 9. Uno. Los Tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de los delitos establecidos en el artículo 6 de la presente Ley, cualquiera que fuera el lugar donde hubieran sido ejecutados los hechos.

Véanse artículos 149.1.11.º CE y 23.3 i) LOPJ

Dos. La competencia y procedimientos para conocer de los delitos monetarios se regulará por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto-Ley 1/1977, de 4 de enero.

Téngase en cuenta que el citado RD-Ley 1/1977, 4 enero, por el que se crea la Audiencia Nacional, ha sido derogado por LOPJ. Véase a estos efectos el artículo 65.1 b) LOPJ.

Tres. Conforme a lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la sentencia, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que dicho precepto establece, determinará, en su caso, la responsabilidad civil que regula el artículo 104 del Código Penal.

La referencia al artículo 104 del anterior Código Penal contenida en el párrafo 1.º del artículo 9.3, debe entenderse hecha al artículo 113 del CP 1995.

En los supuestos contemplados en el apartado 3 del artículo 7 serán responsables civiles subsidiarios la Sociedad, Empresa o las personas integrantes de la organización en cuyo seno se cometió el delito.

Véase artículo 116 CP 1995.

Cuatro. a) En todo caso los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal competente para conocer de los delitos de esta Ley podrán requerir el conocimiento de cualquier expediente que se esté instruyendo por la Administración por hechos sancionados en esta Ley, de oficio o por denuncia, y la Administración tendrá la obligación de remitir las actuaciones, sin que quepa el planteamiento de conflicto jurisdiccional. Igual obligación de remisión tendrá la Administración cuando, con motivo del conocimiento de un expediente administrativo en materia de control de cambios, apreciase indicios de que el hecho puede ser constitutivo de delito tipificado en el artículo 6 de esta Ley.

b) Mientras estuviera conociendo de un hecho la autorización judicial, la Administración se abstendrá de toda acción sancionadora en relación con las conductas origen del mismo. La actividad sancionadora de la Administración, en virtud de las infracciones administrativas previstas en esta Ley, sólo podrá iniciarse o continuarse cuando el proceso penal termine por sentencia absolutoria u otra resolución que la ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal, siempre que estén basadas en motivo que no sea la inexistencia del hecho, la declaración expresa de no haber participado en él el acusado o la exención de responsabilidad penal del mismo. Sin embargo, en estos dos últimos supuestos, la Administración podrá sancionar las infracciones administrativas relacionadas con el hecho y cometidas por tercero no sujeto al procedimiento penal.

Véase artículo 2 RD 1392/1993, 4 agosto, por el que se regula el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas en materia de control de cambios (BOE, 11 agosto).

CAPÍTULO III INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Artículo 10. ...

Artículo 11. ...

Artículo 12. ...

Artículo 14. ...

Artículo 15. ...

Ley 40/1979, 20 diciembre, derogada, con excepción de su capítulo II por la disposición derogatoria única de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 5 julio).

Vigencia: 6 julio 2003

CAPÍTULO IV INSPECCIÓN E INVESTIGACIÓN

Artículo 16. ...

Artículo 17. ...

Artículo 18. ...

Artículo 19. ...

Ley 40/1979, 20 diciembre, derogada, con excepción de su capítulo II por la disposición derogatoria única de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales (BOE 5 julio).

Vigencia: 6 julio 2003

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Todas las normas procesales de índole penal contenidas en esta Ley serán sólo aplicables a los procedimientos que se inicien a partir de su entrada en vigor. Los preceptos penales materiales y los sancionadores administrativos tendrán carácter retroactivo, en cuanto resulten mas favorables a los responsables de delitos o infracciones monetarias.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Segunda. Se autoriza al Gobierno para que, mediante Decreto, adapte la legislación de inversiones extranjeras en España a lo dispuesto en esta Ley en lo que se refiere al sujeto en el régimen de control de cambios y distribuya las competencias establecidas en la misma, con el fin de desconcentrarlas entre los órganos previstos en dicha legislación. En todo caso, de las inversiones superiores a quinientos millones de pesetas conocerá el Consejo de Ministros.

Véase RD 664/1999, 23 abril, sobre inversiones exteriores (BOE 4 mayo).

Tercera. El Gobierno desarrollará, mediante Decreto, la composición y funciones de la Comisión de Vigilancia de las infracciones de Control de Cambios, prevista en el artículo diecisiete.

Cuarta. Los preceptos contenidos en los Capítulos I, III y IV de la presente Ley podrán ser modificados o derogados por Ley ordinaria de las Cortes Generales.

Disposición Final 4.ª introducida por LO 10/1983, 16 agosto, modificadora de la Ley 40/1979, 10 diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios (BOE 18 agosto).

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Primera. Queda derogada la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de veinticuatro de noviembre de mil novecientos treinta y ocho y todas las demás disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Segunda. El Gobierno, en el plazo de tres meses, publicará la correspondiente tabla de disposiciones derogadas o modificadas por esta Ley.

§ 3. LEY ORGÁNICA 12/1995, DE 12 DE DICIEMBRE, DE REPRESIÓN DEL CONTRABANDO

(BOE de 13 de diciembre de 1995)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Necesidad de la norma

En los últimos años la aduana española ha pasado por un período de cambio sin precedentes. La configuración de la Unión Europea como un mercado interior establecida en el Acta Única Europea ha traído consigo la libertad de circulación de mercancías sin que queden sometidas éstas a controles como consecuencia del cruce de las fronteras interiores. Esta nueva situación hace necesaria una modificación de la normativa referente a la circulación intracomunitaria de mercancías, que respondía a un modelo basado, precisamente, en la imposición y el control fronterizos, lo que aconseja, a su vez, a proceder a una adecuación de la legislación conducente a reprimir la introducción ilícita de mercancías en el territorio aduanero.

Con la consagración del mercado único, la aduana española ha dejado de actuar como frontera fiscal para el tráfico con otros Estados miembros de la Unión Europea. El desafío fundamental del mercado único en este campo consiste en compatibilizar las facilidades dadas al libre movimiento de mercancías con la necesidad de mantener la efectividad del esfuerzo en la represión del contrabando.

Al mismo tiempo parece oportuno proceder a una revisión de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia, tras trece años de vigencia para, entre otras finalidades, actualizar el valor límite que en la misma se fijó de 1.000.000 de pesetas para la distinción entre delito e infracción administrativa de contrabando, incluir las operaciones ilícitas con algunas mercancías no recogidas anteriormente, como las especies de flora y fauna amenazadas de extinción y los precursores de drogas, y, por fin, colmar algunas lagunas que la experiencia ha puesto de manifiesto, así como tomar en consideración la nueva situación producida tras la incorporación de la Comunidad Autónoma Canaria al territorio aduanero comunitario, no obstante no formar parte del sistema común del impuesto sobre el Valor Añadido.

2. Ámbito de la reforma

Como novedad respecto a la Ley precedente se incluyen en la nueva ciertas definiciones con el fin de delimitar su ámbito de aplicación habida cuenta la puesta en marcha del mercado único comunitario.

Se incrementa la cuantía del valor de las mercancías para la tipificación del delito hasta 3.000.000 de pesetas, no sólo para actualizar la equivalencia real del valor de la peseta, sino también para aliviar la carga que pesa sobre el orden jurisdiccional penal.

El impacto social, económico y recaudatorio del comercio ilegítimo de labores del tabaco obliga a intensificar la reacción jurídica frente a este ilícito. A tal fin, se considerarán géneros estancados, a efectos de la nueva Ley, las labores del tabaco, aunque se trate de mercancías comunitarias.

Como se ha indicado ya, la entrada en vigor del mercado interior comunitario el 1 de enero de 1993 supuso la supresión de los controles fronterizos entre los Estados miembros, lo que ha dado lugar a un abuso de las facilidades ofrecidas al comercio regular al amparo de los regímenes de tránsito y ocasionado desviaciones ilícitas de mercancías. Ello ha aconsejado que se penalicen los ilícitos que suponen el incumplimiento de la normativa reguladora del tránsito aduanero, recogida en el Reglamento (CEE) número 2913/1992, del Consejo, de fecha 12 de octubre, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario, y en sus normas de aplicación, así como en el Convenio TIR.

La nueva Ley consagra la existencia de contrabando en los casos de salida del territorio nacional de bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, incluso si su destino es otro Estado miembro de la Unión. Esta inclusión se hace posible en virtud de lo prevenido en la Directiva 93/7/CEE, relativa a la restitución de bienes culturales, que deja libertad a cada Estado miembro para ejercer las acciones civiles y penales oportunas. Por otra parte la nueva Ley tipifica como contrabando las operaciones realizadas con especímenes de la fauna y flora silvestres al tratarse de un comercio prohibido en ciertos casos, y en aplicación del Convenio de Washington de 3 de marzo de 1973 y del correspondiente Reglamento comunitario.

Entre los supuestos constitutivos de delito de contrabando se ha incluido la exportación de material de defensa o material de doble uso, en el sentido que desarrolla el artículo 1. Ambos conceptos estaban ya considerados como contrabando en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril.

En cuanto a las penas, la nueva Ley mantiene la pena de prisión menor para el delito de contrabando y eleva la cuantía de la multa para el mismo, dada la alarma social que entraña la comisión repetida de estos ilícitos.

Como productos económicos generados por el contrabando susceptibles de comiso se incluyen las ganancias obtenidas del delito, lo que se corresponde con el artículo 344 bis, e) del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre.

El Título II de la Ley define y regula las infracciones administrativas de contrabando. Al propio tiempo eleva las cuantías hasta las que se consideren como infracciones administrativas y a partir de las cuales las conductas tipificadas constituyen delito de contrabando.

Como novedad respecto al texto de la Ley (sic) 7/1982, de 13 de julio, se incrementa el importe de las multas por infracciones administrativas de contrabando y se precisa el momento en que comienza el plazo de prescripción tanto para las propias infracciones como para las sanciones que de ellas se deriven.

Debe entenderse Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio.

La nueva Ley faculta a los órganos de la Administración aduanera para autorizar la salida de mercancías de los recintos aduaneros, como entrega vigilada, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando, y autoriza a los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando para establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos.

Por último, dado su contenido, parte de la Ley tiene el carácter de Ley ordinaria.

TÍTULO PRELIMINAR

Disposiciones generales

Artículo 1. Definiciones. A los efectos de la presente Ley se entenderá por:

1. «Importación»: la entrada de mercancías no comunitarias en el territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, así como la entrada de mercancías, cualquiera que

sea su procedencia, en el ámbito territorial de Ceuta y Melilla. Se asimila a la importación la entrada de mercancías desde las áreas exentas.

2. «Exportación»: la salida de mercancías del territorio español. No se considerará exportación la salida de mercancías comunitarias del territorio español comprendido en el territorio aduanero de la Unión Europea, con destino al resto de dicho territorio aduanero.

3. «Áreas exentas»: las zonas y depósitos francos y los depósitos aduaneros definidos en los artículos 166 y 98, apartado 2, del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

4. «Mercancías comunitarias»: las mercancías definidas como tales en el apartado 7 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

5. «Mercancías no comunitarias»: las mercancías definidas como tales en el apartado 8 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

6. «Géneros o efectos estancados»: los artículos productos o sustancias cuya producción, adquisición, distribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos sea atribuida por ley al Estado con carácter de monopolio, así como las labores del tabaco y todos aquellos a los que por ley se otorgue dicha condición.

7. «Géneros prohibidos»: todos aquellos cuya importación, exportación, circulación, tenencia, comercio o producción esté prohibida expresamente por disposición con rango de ley o por reglamento de la Unión Europea. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

8. «Material de defensa»: el armamento y todos los productos y tecnologías concebidos específicamente o modificados para uso militar como instrumento de fuerza, información o protección en conflictos armados, así como los destinados a la producción, ensayo o utilización de aquéllos y que se encuentren incluidos en el Real Decreto 824/1993, de 28 de mayo, o disposiciones que lo sustituyan.

Véase RD 1782/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso (BOE 31 agosto).

9. «Material de doble uso»: los productos y tecnologías de habitual utilización civil que puedan ser aplicados a algunos de los usos enumerados en el apartado anterior y que se encuentren incluidos en el Real Decreto 824/1993, de 28 de mayo, o disposiciones que los sustituyan.

10. «Precusores»: las sustancias y productos susceptibles de ser utilizados en el cultivo, la producción o la fabricación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o en otros futuros Convenios ratificados por España.

11. «Deuda aduanera»: la obligación definida como tal en el apartado 9 del artículo 4 del Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código Aduanero Comunitario.

TÍTULO I

Delito de contrabando

Artículo 2. Tipificación del delito. 1. Cometén delito de contrabando, siempre que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas, los que:

La cuantía expresada en pesetas equivale a 18.030,36 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

a) Importen o exporten mercancías de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las oficinas de aduanas o en los lugares habilitados por la Administración aduanera.

La ocultación o sustracción dolosa de cualquier clase de mercancías a la acción de la Administración aduanera dentro de los recintos o lugares habilitados equivaldrá a la no presentación.

b) Realicen operaciones de comercio, tenencia o circulación de mercancías no comunitarias de lícito comercio, sin cumplir los requisitos legalmente establecidos para acreditar su lícita importación.

c) Destinen al consumo las mercancías en tránsito con incumplimiento de la normativa reguladora de este régimen aduanero, establecida en los artículos 91 a 97 y 163 a 165 de Reglamento (CEE) número 2913/92, del Consejo, de 12 de octubre, y sus disposiciones de aplicación y en el Convenio TIR de 14 de noviembre de 1975.

d) Realicen operaciones de importación, exportación, producción, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes.

e) Saquen del territorio español bienes que integren el Patrimonio Histórico Español, sin la autorización de la Administración del Estado cuando ésta sea necesaria.

Véase número 4 del artículo 282 bis de la LECrim.

f) Realicen, sin cumplir con los requisitos legalmente establecidos, operaciones de importación, exportación, comercio, tenencia o circulación de especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos, de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento (CEE) número 3626/82, del Consejo, de 3 de diciembre de 1982.

g) Obtengan, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho aduanero de géneros estancados o prohibidos o mercancías de lícito comercio o la autorización para los actos a que se refieren los apartados anteriores.

h) Conduzcan en buque de porte menor que el permitido por los reglamentos, salvo autorización para ello, mercancías no comunitarias o géneros estancados o prohibidos, en cualquier puerto o lugar de las costas no habilitado a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas interiores o del mar territorial español.

i) Alijen o transborden de un buque clandestinamente cualquier clase de mercancías, géneros o efectos dentro de las aguas interiores o del mar territorial español o en las circunstancias previstas por el artículo 23 de la Convención de Ginebra sobre alta mar de 29 de abril de 1958.

j) Exporten material de defensa o material de doble uso sin autorización o habiéndola obtenido mediante declaración falsa o incompleta en relación con la naturaleza o el destino último de los mismos o de cualquier otro modo ilícito.

2. También comete delito de contrabando el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones constitutivas, aisladamente consideradas, de infracciones administrativas de contrabando, siempre que el valor acumulado de los bienes, mercancías, géneros o efectos en cuestión sea igual o superior a 3.000.000 de pesetas.

La cuantía expresada en pesetas equivale a 18.030,36 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

3. Cometen asimismo delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes

cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realice a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas.

La cuantía expresada en pesetas equivale a 18.030,36 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

b) Cuando se trate de labores del tabaco cuyo valor sea igual o superior a 1.000.000 de pesetas.

La cuantía expresada en pesetas equivale a 6.010,12 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

Artículo 3. Penalidad. 1. Los que cometieren el delito de contrabando serán castigados con las penas de prisión menor y multa del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos.

En los casos previstos en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2, las penas se impondrán en su grado mínimo y en los restantes en grado medio o máximo.

2. Los Jueces o Tribunales impondrán la pena correspondiente en su grado máximo cuando el delito se cometa por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión del mismo.

Artículo 4. Responsabilidad civil. La responsabilidad civil que proceda declarar a favor del Estado derivada de los delitos de contrabando se extenderá en su caso al importe de la deuda aduanera y tributaria defraudada.

Artículo 5. Comiso. 1. Toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los siguientes bienes, efectos e instrumentos:

- a) Las mercancías que constituyan el objeto del delito.
- b) Los materiales, instrumentos o maquinaria empleados en la fabricación, elaboración, transformación o comercio de los géneros estancados o prohibidos.
- c) Los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, salvo que pertenezcan a un tercero que no haya tenido participación en éste, y el Juez o el Tribunal competente estimen que dicha pena accesoria resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y al importe de las mercancías objeto del contrabando.
- d) Las ganancias obtenidas del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.
- e) Cuantos bienes y efectos, de la naturaleza que fueren, hayan servido de instrumento para la comisión del delito.

2. No se procederá al comiso de los bienes, efectos e instrumentos del contrabando cuando éstos sean de lícito comercio y hayan sido adquiridos por un tercero de buena fe.

3. Los bienes efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado.

Véase la Ley 17/2003, de 29 de mayo, por la que se regula el Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados (BOE 30 mayo).

Artículo 6. Intervención de bienes no monopolizados. 1. El Juez o Tribunal acordarán la intervención de los bienes, efectos e instrumentos a que se refiere el artículo anterior, a resultas de lo que se decida en la resolución que ponga término al proceso.

2. La autoridad judicial, en atención a las circunstancias del hecho y a las de sus presuntos responsables, podrá designar a éstos como depositarios de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos, con prestación, en su caso, de la garantía que se establezca.

3. La autoridad judicial podrá acordar, asimismo, que, mientras se sustancia el proceso, los bienes, efectos e instrumentos intervenidos se utilicen provisionalmente por las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando.

Artículo 7. *Enajenación anticipada.* 1. Los bienes, efectos e instrumentos intervenidos podrán ser enajenados si éste fuere su destino final procedente, sin esperar al pronunciamiento o firmeza del fallo en los siguientes casos:

a) Cuando su propietario haga expreso abandono de ellos.

b) Cuando la autoridad judicial estime que su conservación pueda resultar peligrosa para la salud o seguridad pública o dar lugar a disminución importante de su valor. Se entenderán comprendidos en este apartado las mercancías, géneros o efectos que sin sufrir deterioro material se deprecian por el transcurso del tiempo.

2. La enajenación a la que se refiere este artículo será ordenada por la autoridad judicial. A tal efecto se procederá a la valoración de las mercancías, géneros o efectos, cuando ésta no estuviere practicada, en la forma prevista en esta Ley.

3. El importe de la enajenación, deducidos los gastos ocasionados, quedará en depósito a resultas del correspondiente proceso penal.

Artículo 8. *Adscripción de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos.* El uso de los bienes, efectos e instrumentos intervenidos que no sean enajenables quedarán adscritos a las fuerzas o servicios encargados de la persecución del contrabando de acuerdo con lo que prevea la legislación específica aplicable a esta materia.

Artículo 9. *Mercancías de monopolio.* 1. Cuando las mercancías aprehendidas sean de las comprendidas en los monopolios públicos, la autoridad judicial a cuya disposición se hayan colocado procederá en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios.

2. La autoridad judicial podrá autorizar la realización de actos de disposición por parte de las compañías gestoras de los monopolios respecto a las mercancías o géneros que hayan sido aprehendidos a reserva de la pertinente indemnización, si hubiese lugar a ella, según el contenido de la sentencia firme.

Artículo 10. *Valoración de los bienes.* La fijación del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de contrabando se hará conforme a las siguientes reglas:

1. Si se trata de géneros estancados, por el precio máximo de venta al público. De no estar señalado dicho precio se adoptará la valoración establecida para la clase más similar. Si no fuera posible la asimilación, el juez fijará la valoración, previa tasación pericial.

2. Si se trata de mercancías no comunitarias, por aplicación de las normas que regulan la valoración en aduana. El valor resultante se incrementará con el importe de los tributos exigibles a su importación.

3. Respecto a las mercancías comunitarias, se estará a los precios oficiales, si los hubiere, o, en su defecto, a los precios medios del mercado señalados en ambos casos para mayoristas.

4. Para la valoración de los bienes, géneros y efectos comprendidos en las letras e) y f) del apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley, así como para la de los de ilícito comercio, el juez recabará de los servicios competentes los asesoramientos e informes que estime necesarios.

TÍTULO II

Infracciones administrativas de contrabando

Véase el RD 1649/1998, 24 julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando. (BOE 7 septiembre).

Artículo 11. Tipificación de las infracciones. 1. Incurrirán en infracción administrativa de contrabando las personas físicas o jurídicas, y las entidades mencionadas en el artículo 33 de la Ley General Tributaria, de 28 de diciembre de 1963, que lleven a cabo las conductas tipificadas en el apartado 1 del artículo 2 de la presente Ley cuando el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a 3.000.000 de pesetas y no concurren las circunstancias previstas en el apartado 3 de dicho artículo.

La cuantía expresada en pesetas equivale a 18.030,36 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

2. Las infracciones administrativas de contrabando se clasifican en leves, graves y muy graves según que el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas sea:

Muy graves:

superior a 2.250.000 pesetas o, si se trata de labores de tabaco, superior a 750.000 pesetas.

Las cuantías expresadas en pesetas equivalen, respectivamente, a 13.522,77 y 4.507,59 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

Graves:

igual o superior a 750.000 pesetas e igual o inferior a 2.250.000 pesetas o, si se trata de labores de tabaco, igual o superior a 250.000 pesetas e igual o inferior a 750.000 pesetas.

Las cuantías expresadas en pesetas equivalen, respectivamente, a 4.507,59, 13.522,77 y 1.502,53 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

Leves:

inferior a 750.000 pesetas o, si se trata de labores de tabaco, inferior a 250.000 pesetas.

Las cuantías expresadas en pesetas equivalen, respectivamente, a 4.507,59 y 1.502,53 euros, de conformidad con el artículo 2 de la LO 10/1998, 17 diciembre complementaria de la Ley sobre introducción del Euro (BOE 18 diciembre).

Artículo 11 redactado por Ley 66/1997, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con efectos desde el 1 de enero de 1998 (BOE 31 diciembre).

Artículo 12. Sanciones. 1. Los responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionadas con multa pecuniaria proporcional al valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto de las mismas, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2.

Las proporciones aplicables a cada clase de infracción estarán comprendidas entre los límites que se indican a continuación:

Muy graves:

el 250 y el 300 por 100, ambos incluidos.

Graves:

el 150 y el 250 por 100.

Leves:

el 100 y el 150 por 100, ambos incluidos.

2. Los responsables de las infracciones administrativas de contrabando relativas a las labores de tabaco serán sancionados:

a) Con multa pecuniaria proporcional al valor de las labores de tabaco objeto de las mismas.

Las proporciones aplicables a cada clase de infracción estarán comprendidas entre los límites que se indican a continuación:

Muy graves:

el 275 y el 300 por 100, ambos incluidos.

Graves:

el 225 y el 275 por 100.

Leves:

el 200 y el 225 por 100, ambos incluidos.

b) Con el cierre de los establecimientos de los que los infractores sean titulares. El cierre podrá ser temporal o, en el caso de infracciones reiteradas, definitivo.

Para cada clase de infracción el cierre temporal tendrá una duración comprendida entre los siguientes límites inferior y superior, respectivamente:

Muy grave:

nueve meses y un día y doce meses.

Graves:

tres meses y un día y nueve meses.

Leves:

cuatro días y tres meses.

Artículo 12 redactado por Ley 66/1997, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con efectos desde el 1 de enero de 1998 (BOE 31 diciembre).

Artículo 12 bis. *Graduación de las sanciones.* 1. Las sanciones por infracciones administrativas de contrabando se graduarán atendiendo en cada caso concreto a los siguientes criterios:

a) La reiteración. Se apreciará reiteración cuando el sujeto infractor haya sido sancionado por cualquier infracción administrativa de contrabando en resolución administrativa firme dentro de los cinco años anteriores a la fecha de la comisión de la infracción.

b) La resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora de los órganos competentes para el descubrimiento y persecución de las infracciones administrativas de contrabando, o de los órganos competentes para la iniciación del procedimiento sancionador por estas infracciones.

c) La utilización de medios fraudulentos en la comisión de la infracción o la comisión de ésta por medio de persona interpuesta. Se considerarán principalmente medios fraudulentos a estos efectos los siguientes: 1. la existencia de anomalías sustanciales en la contabilidad; 2. el empleo de facturas, justificantes, y otros documentos falsos o falseados y 3. la utilización de medios, modos o formas que indiquen una planificación del contrabando.

d) La comisión de la infracción por medio o en beneficio de personas, entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una facilidad especial para la comisión de la infracción.

e) La utilización para la comisión de la infracción de los mecanismos establecidos en la normativa aduanera para la simplificación de formalidades y procedimientos de despacho aduanero.

f) La naturaleza de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando.

2. Los criterios de graduación son aplicables simultáneamente.

El criterio establecido en la letra f) operará como circunstancia atenuante en la graduación de la sanción, aplicable cuando los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando sean de lícito comercio y no se trate de géneros prohibidos, material de defensa o doble uso, bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español, especímenes de fauna y flora silvestres y sus partes y productos de especies recogidas en el Convenio de Washington, de 3 de marzo de 1973, y en el Reglamento Comunitario correspondiente, o de labores de tabaco.

3. Reglamentariamente se determinará la aplicación de cada uno de los criterios de graduación.

Artículo 12 bis introducido por Ley 66/1997, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, con efectos desde el 1 de enero de 1998 (BOE 31 diciembre).

Artículo 13. Competencia, procedimiento y recursos. 1. Serán competentes para conocer de las infracciones de contrabando los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en la forma en que se disponga reglamentariamente.

2. Las resoluciones de los órganos administrativos aludidos en el punto anterior que resuelvan o pongan fin al expediente administrativo de contrabando podrán ser objeto de impugnación ante la vía económico-administrativa y, posteriormente, ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Artículo 14. Medidas complementarias. 1. Se aplicará a las infracciones administrativas de contrabando lo dispuesto en el artículo 5, artículo 6, números 1 y 2, y en los artículos 7, 8, 9 y 10 de la presente Ley.

2. Antes de iniciado el procedimiento sancionador por infracción administrativa de contrabando, las autoridades, los funcionarios y fuerzas que, en el ejercicio de sus competencias, tengan conocimiento de conductas o hechos que puedan constituir infracción administrativa de contrabando, procederán a la aprehensión cautelar de los bienes, efectos e instrumentos que, de acuerdo con el artículo 5 de esta Ley, puedan resultar decomisados.

Artículo 14 redactado por Ley 50/1998, 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 diciembre).

Artículo 15. Prescripción. 1. Las infracciones administrativas de contrabando prescriben a los cuatro años a contar desde el día de su comisión.

2. Las sanciones impuestas por infracciones administrativas de contrabando prescriben a los cuatro años a contar desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Artículo 15 redactado por Ley 1/1998, 26 febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, con efectos a partir del 1 de enero de 1999 (BOE 27 febrero).

Artículo 16. Competencias en materia de reconocimiento y registro de los servicios de aduanas. En los recintos aduaneros, los servicios de aduanas podrán efectuar el reconocimiento y registro de cualquier vehículo, caravana, paquete o bulto.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. Organización funcional. 1. Las autoridades, los funcionarios y fuerzas a quienes está encomendada la persecución y el descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos, con los derechos y facultades que, para la investigación, persecución y represión de estas conductas, han venido ostentando desde su creación.

El Servicio de Vigilancia Aduanera, en la investigación, persecución y represión de los delitos de contrabando, actuará en coordinación con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y tendrá, a todos los efectos legales, carácter colaborador de los mismos.

2. Los órganos de la Administración aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, a requerimiento de los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando, podrán autorizar, sin interferencias obstativas, la salida de mercancías de los recintos o lugares habilitados por la Administración aduanera, a fin de facilitar las investigaciones encaminadas al descubrimiento del contrabando.

3. Con idéntico fin los organismos y servicios encargados de la persecución del contrabando podrán establecer contactos e intercambiar información con otros servicios homólogos nacionales o internacionales.

Segunda. *Presupuestos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.* 1. La Agencia Estatal de Administración Tributaria podrá consignar en sus presupuestos partidas específicamente destinadas a operaciones confidenciales relacionadas con la persecución del contrabando.

2. La fiscalización y control de estas partidas se llevará a cabo mediante el procedimiento que establezca la Intervención General de la Administración del Estado, en el que se regulará en todo caso la confidencialidad antes indicada.

Del resultado de la fiscalización y control referidos se dará traslado al Tribunal de Cuentas.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

Retroactividad. 1. Los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos, en cuanto favorezcan a los responsables de los actos constitutivos de contrabando a que la misma se refiere, en los términos establecidos en el Código Penal.

2. Igual eficacia retroactiva tendrán las disposiciones sancionadoras previstas en esta Ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

1. Quedan derogados la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modifica la legislación vigente en materia de contrabando y regula los delitos e infracciones administrativas en la materia; el artículo primero de la Ley Orgánica 3/1992, de 30 de abril, que establece supuestos de contrabando en materia de exportación de material de defensa o de doble uso, y cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. En tanto que por el Gobierno no se aprueben las disposiciones reglamentarias de desarrollo de la presente Ley el Real Decreto 971/1983, de 16 de febrero, que desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, continuará en vigor en todo aquello que no se oponga a la presente Ley.

Téngase en cuenta que el citado RD 971/1983, ha sido derogado por RD 1649/1998, 24 julio, por el que se desarrolla el Título II de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, relativo a las infracciones administrativas de contrabando (BOE 7 septiembre).

DISPOSICIONES FINALES

Primera. *Normativa supletoria.* 1. En lo no previsto en el Título I de la presente Ley se aplicará supletoriamente el Código Penal.

2. En lo no previsto en el Título II de la presente Ley se aplicarán supletoriamente las disposiciones reguladoras del régimen tributario general y, en concreto, la Ley General Tributaria, así como subsidiariamente la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segunda. *Carácter de la Ley.* El artículo 4 del Título I, los preceptos contenidos en el Título II, así como los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera, el apartado 2 de la disposición transitoria única y el apartado 2 de la disposición final primera de la presente Ley tienen el carácter de Ley ordinaria.

Tercera. *Entrada en vigor.* La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

§ 4. LEY ORGÁNICA 5/1985, DE 19 DE JUNIO, DEL RÉGIMEN ELECTORAL GENERAL

(BOE de 20 de junio de 1985)

Ley Orgánica 5/1985, 19 junio rectificada por Corrección de errores (BOE 20 enero 1986).

(...)

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones Comunes para las Elecciones por Sufragio Universal Directo

(...)

CAPÍTULO VIII

DELITOS E INFRACCIONES ELECTORALES

SECCIÓN 1

Disposiciones generales

Artículo 135. 1. A los efectos de este Capítulo son funcionarios públicos los que tengan esta consideración según el Código Penal, quienes desempeñen alguna función pública relacionada con las elecciones, y en particular los Presidentes y Vocales de las Juntas Electorales, los Presidentes, Vocales e Interventores de las Mesas Electorales y los correspondientes suplentes.

2. A los mismos efectos tienen la consideración de documentos oficiales, el censo y sus copias autorizadas, las Actas, listas, certificaciones, talones o credenciales de nombramiento de quienes hayan de intervenir en el proceso electoral y cuantos emanen de personas a quienes la presente Ley encargue su expedición.

Artículo 136. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a esta Ley y al Código Penal lo serán siempre por aquel precepto que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos.

Artículo 137. Por todos los delitos a que se refiere este Capítulo se impondrá, además de la pena señalada en los artículos siguientes, la de inhabilitación especial para el derecho del sufragio pasivo.

La expresión «activo y» contenida en el artículo 137 ha sido derogada por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995, 23 noviembre, Código Penal (BOE 24 noviembre).

Artículo 138. En lo que no se encuentre expresamente regulado en este Capítulo se aplicará el Código Penal.

También serán de aplicación, en todo caso, las disposiciones del Capítulo I, Título I, del Código Penal a los delitos penados en esta Ley.

SECCIÓN 2
Delitos electorales

Artículo 139. Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios públicos que dolosamente:

1. Incumplan las normas legalmente establecidas para la formación, conservación y exhibición al público del censo electoral.
2. Incumplan las normas legalmente establecidas para la constitución de las Juntas y Mesas Electorales, así como para las votaciones, acuerdos y escrutinios que éstas deban realizar.
3. No extiendan las actas, certificaciones, notificaciones y demás documentos electorales en la forma y momentos previstos por la Ley.
4. Susciten, sin motivo racional, dudas sobre la identidad de una persona o la entidad de sus derechos.
5. Suspendan, sin causa justificada, cualquier acto electoral.
6. Nieguen, dificulten o retrasen indebidamente la administración, curso o resolución de las protestas o reclamaciones de las personas que legalmente estén legitimadas para hacerlas, o no dejen de ellas la debida constancia documental.
7. Causen, en el ejercicio de sus competencias, manifiesto perjuicio a un candidato.
8. Incumplan los trámites establecidos para el voto por correspondencia.

Artículo 140. 1. Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas los funcionarios que abusando de su oficio o cargo dolosamente realicen alguna de las siguientes falsedades:

- a) Alterar sin autorización las fechas, horas o lugares en que deba celebrarse cualquier acto electoral incluso de carácter preparatorio, o anunciar su celebración de forma que pueda inducir a error a los electores.
- b) Omitir o anotar de manera que induzca a error sobre su autenticidad los nombres de los votantes en cualquier acto electoral.
- c) Cambiar, ocultar o alterar, de cualquier manera, el sobre o papeleta electoral que el elector entregue al ejercitar su derecho.
- d) Realizar con inexactitud el recuento de electores en actos referentes a la formación o rectificación del Censo, o en las operaciones de votación y escrutinio.
- e) Efectuar proclamación indebida de personas.
- f) Faltar a la verdad en manifestaciones verbales que hayan de realizarse en algún acto electoral, por mandato de esta Ley.
- g) Consentir, pudiendo evitarlo, que alguien vote dos o más veces o lo haga sin capacidad legal, o no formular la correspondiente protesta.
- h) Imprimir, confeccionar o utilizar papeletas o sobres electorales con infracción de las normas establecidas.
- i) Incumplir las obligaciones relativas a certificaciones en materia de subvenciones por gastos electorales previstas en esta ley.

Letra i) del número 1 del artículo 140 introducida en su actual redacción por el artículo quinto de la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales (BOE 11 marzo).

Vigencia: 12 marzo 2003

j) Cometer cualquier otra falsedad en materia electoral, análoga a las anteriores, por alguno de los modos señalados en el artículo 302 del Código Penal.

Letra j) del número 1 del artículo 140 renombrada por el artículo quinto de la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales (BOE 11 marzo). Su contenido literal se corresponde con el de la anterior letra i).

Vigencia: 12 marzo 2003

2. Si las alteraciones de la verdad a la que se refiere este artículo fueran producidas por imprudencia temeraria, serán sancionadas con la pena de prisión menor.

3. En la apreciación de los supuestos a que se refiere el presente artículo los Tribunales se atenderán a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

Artículo 141. 1. El particular que dolosamente vulnere los trámites establecidos para el voto por correo será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Número 1 del artículo 141 redactado por LO 6/1992, 2 noviembre por la que se modifican determinados artículos de la Ley Orgánica 5/1985, 19 junio, del Régimen Electoral General (BOE 3 noviembre).

2. El particular que participe dolosamente en alguna de las falsedades señaladas en el artículo anterior será castigado con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas. En estos supuestos los Tribunales se atenderán igualmente a lo dispuesto en el artículo 318 del Código Penal.

Número 2 del artículo 141 reenumerado por LO 6/1992, 2 noviembre por la que se modifican determinados artículos de la Ley Orgánica 5/1985, 19 junio, del Régimen Electoral General (BOE 3 noviembre). Su contenido literal se corresponde con el anterior apartado único del mismo artículo.

Artículo 142. Serán castigados con las penas de prisión menor en grado mínimo, inhabilitación especial y multa de 30.000 a 300.000 pesetas quienes voten dos o más veces en la misma elección o quienes voten dolosamente sin capacidad para hacerlo.

Artículo 143. El Presidente y los Vocales de las Mesas Electorales así como sus respectivos suplentes que dejen de concurrir o desempeñar sus funciones, las abandonen sin causa legítima o incumplan sin causa justificada las obligaciones de excusa o aviso previo que les impone esta Ley, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Artículo 144. 1. Serán castigados con la pena de arresto mayor o multa de 30.000 a 300.000 pesetas quienes lleven a cabo alguno de los actos siguientes:

a) Realizar actos de propaganda una vez finalizado el plazo de la campaña electoral.

b) Infringir las normas legales en materia de carteles electorales y espacios reservados de los mismos, así como las normas relativas a las reuniones y otros actos públicos de propaganda electoral.

2. Serán castigados con las penas de prisión menor en grado mínimo y multa de 100.000 a 500.000 pesetas los miembros en activo de las Fuerzas Armadas y Seguridad del Estado, de las Policías de las Comunidades Autónomas y Locales, los Jueces, Magistrados y Fiscales y los miembros de las Juntas Electorales que difundan propaganda electoral o lleven a cabo otras actividades de campaña electoral.

Artículo 145. Serán castigados con la pena de arresto mayor, multa de 500.001 a 5.000.000 de pesetas y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión quienes dolosamente infrinjan la normativa vigente en materia de encuestas electorales.

Artículo 146. 1. Serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas:

a) Quien por medio de recompensas, dádivas, remuneraciones o promesas de las mismas, soliciten directa o indirectamente el voto de algún elector, o le induzcan a la abstención.

b) Quienes con violencia o intimidación presionen sobre los electores para que no usen de su derecho, lo ejerciten contra su voluntad o descubran el secreto de voto.

Véanse artículos 172 y 197 a 199 de la LO 10/1995, 23 noviembre, Código Penal (BOE 24 noviembre).

c) Quienes impidan o dificulten injustificadamente la entrada, salida o permanencia de los electores, candidatos, apoderados, interventores y notarios en los lugares en los que se realicen actos del procedimiento electoral.

2. Incurrirán en la pena señalada en el número anterior, y además, en la inhabilitación especial para cargo público, los funcionarios públicos que usen de sus competencias para algunos de los fines señalados en este artículo.

Artículo 147. Los que perturben gravemente el orden en cualquier acto electoral o penetren en los locales donde éstos se celebren portando armas u otros instrumentos susceptibles de ser usados como tales, serán castigados con la pena de arresto mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Artículo 148. Cuando los delitos de calumnia e injuria se cometan en período de campaña electoral y con motivo u ocasión de ella, las penas privativas de libertad previstas al efecto en el Código Penal se impondrán en su grado máximo.

Véanse artículos 205 a 210 de la LO 10/1995, 23 noviembre Código Penal (BOE 24 noviembre).

Artículo 149. 1. Los administradores generales y de las candidaturas de los partidos, federaciones, coaliciones y agrupaciones de electores que falseen las cuentas, reflejando u omitiendo indebidamente en las mismas aportaciones o gastos o usando de cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

2. Los Tribunales atendiendo a la gravedad del hecho y sus circunstancias podrán imponer la pena en un grado inferior a la señalada en el párrafo anterior.

Artículo 150. 1. Los administradores generales y de las candidaturas, así como las personas autorizadas a disponer de las cuentas electorales, que se apropien o distraigan fondos para fines distintos de los contemplados en esta Ley serán sancionados con las penas de prisión menor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Véase artículo 252 de la LO 10/1995, 23 noviembre, Código Penal (BOE 24 noviembre).

2. Si concurre ánimo de lucro personal, la pena será de prisión mayor y multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

3. Los Tribunales teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la señalada.

SECCIÓN 3

Procedimiento judicial

Artículo 151. 1. El procedimiento para la sanción de estos delitos se tramitará con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Las actuaciones que se produzcan por aplicación de estas normas tendrán carácter preferente y se tramitarán con la máxima urgencia posible.

2. La acción penal que nace en estos delitos es pública y podrá ejercitarse sin necesidad de depósito o fianza alguna.

Artículo 152. El Tribunal o Juez a quien corresponda la ejecución de las Sentencias firmes dictadas en causas por delitos a los que se refiere este Título dispondrá la publicación de aquéllas en el «Boletín Oficial» de la Provincia y remitirá testimonio de las mismas a la Junta Electoral Central.

SECCIÓN 4
Infracciones electorales

Artículo 153. 1. Toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 20.000 a 200.000 pesetas si se trata de autoridades o funcionarios y de 5.000 a 100.000 si se realiza por particulares.

2. Las infracciones de lo dispuesto en esta Ley sobre régimen de encuestas electorales serán sancionadas con multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

3. A las infracciones electorales en materia de subvenciones por gastos electorales les será de aplicación lo previsto en el *texto refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1998, de 23 de septiembre.*

Número 3 del artículo 153 introducido por el artículo quinto de la LO 1/2003, de 10 de marzo, para la garantía de la democracia en los Ayuntamientos y la seguridad de los Concejales (BOE 11 marzo). Vigencia: 12 marzo 2003

(...)

**§ 5. LEY 209/1964, DE 24 DE DICIEMBRE, POR LA QUE ESTABLECE
LA LEY PENAL Y PROCESAL, EN MATERIA DE NAVEGACIÓN AÉREA**

(BOE de 28 de diciembre de 1964)

LIBRO PRIMERO

Disposiciones penales

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1. Se consideran delitos y faltas aeronáuticos los comprendidos en esta Ley.

Artículo 2. Las causas de exención de responsabilidad criminal serán las comprendidas en el Código Penal.

Las circunstancias modificativas de dicha responsabilidad serán las comprendidas en el mismo Código y se apreciarán por los Tribunales según su prudente arbitrio, en consideración a la personalidad del delincuente y a la gravedad o trascendencia del hecho.

Artículo 3. Cuando los hechos perseguidos sean susceptibles de calificación con arreglo a dos o más preceptos de esta Ley o de otras, el Tribunal podrá aplicar aquel que asigne mayor pena al delito o falta cometidos.

Artículo 4. Las penas que se pueden imponer con arreglo a esta Ley son las siguientes:

Penas graves:

Reclusión mayor.

Reclusión menor.

Prisión mayor.

Prisión menor.

Arresto mayor.

Pérdida del título profesional o aeronáutico.

Suspensión del título profesional o aeronáutico de seis meses y un día a seis años.

Multa de 30.000 a 300.000 pesetas.

Penas leves:

Arresto menor.

Suspensión del título profesional o aeronáutico hasta seis meses.

Multa inferior a 30.000 pesetas.

Amonestación.

Artículo 4 redactado por LO 1/1986, 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas (BOE 14 enero).

Artículo 5. Las penas de reclusión, prisión, arresto o multa, tendrán la misma extensión, efectos y accesorias que los señalados para las de igual denominación en el Código Penal.

La pérdida del título profesional o aeronáutico, producirá la inhabilitación permanente para su ejercicio y la incapacidad para adquirirlo en lo sucesivo. La suspensión del título profesional o aeronáutico, privará mientras dure de todas las funciones inherentes al mismo.

Artículo 6. Las penas se impondrán con libertad de criterio por el Tribunal dentro de la extensión fijada por la Ley.

Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes o una muy cualificada podrá imponerse la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito.

Podrá imponerse la pena inmediatamente superior:

1.º Si del hecho se derivase grave entorpecimiento en el tráfico aéreo o servicio público, o peligro para la vida o integridad de las personas.

2.º Si el culpable fuere el Comandante de la aeronave.

Párrafo 3º del artículo 6 redactado por LO 1/1986, 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas (BOE 14 enero).

Artículo 7. Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a esta Ley son las siguientes:

1.º La suspensión del título profesional o aeronáutico.

2.º La pérdida del título profesional o aeronáutico.

3.º La suspensión de entidades, sociedades o empresas.

4.º La incautación, demolición o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materias y elementos que se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea.

Estas medidas se aplicarán con libertad de criterio por el Tribunal.

Artículo 8. El Tribunal en sus sentencias, además de las penas principales y accesorias correspondientes al delito, podrá imponer, a su prudente arbitrio, como complemento de pena, las medidas del artículo anterior, con arreglo a las siguientes normas:

1.ª La suspensión del título profesional o aeronáutico, cuando se cometa un delito con infracción de los deberes del cargo que desempeñe el culpable o haciendo uso de la ocasión o medios que le proporcione el mismo. La duración se determinará según las circunstancias del hecho, sin que pueda exceder de seis años, cualquiera que sea la pena privativa de libertad impuesta.

2.ª La pérdida del título profesional o aeronáutico, cuando la gravedad o trascendencia del hecho así lo aconsejen en las circunstancias del apartado anterior.

3.ª La suspensión por tiempo máximo de un año de personas jurídicas o empresas, cuando los individuos que las representen cometan, prevaleciéndose de los medios que las mismas les proporcionan, varios delitos de cualquier clase definidos en la presente Ley, o uno que produzca alarma pública o perjuicio a la navegación aérea.

La suspensión se pondrá en conocimiento del Ministerio del Aire para que, a la vista de los antecedentes, pueda acordar la revocación de los derechos de tráfico aéreo concedidos.

4.ª La incautación, destrucción o reforma de instalaciones, aparatos, locales y, en general, de materiales y elementos, cuando se hayan empleado en la delincuencia, sean efectos de ella o signifiquen un grave peligro para la navegación aérea.

Artículo 9. El Tribunal, ante una actuación que, sin ser constitutiva de delito, signifique peligro para la navegación, podrá interesar a la Autoridad judicial aérea la aplicación de las medidas de seguridad reguladas en esta Ley.

Artículo 10. Las disposiciones de esta Ley, relativas a los Comandantes de aeronave, se aplicarán a quienes, con cualquier denominación, manden la aeronave.

Artículo 11. Para la aplicación de lo establecido en esta Ley, se observarán las reglas siguientes:

1.^a Bajo la denominación genérica del Tribunal o Tribunales, se comprende a la Autoridad u Organismo que, según el Libro II de esta Ley, debe conocer del hecho.

2.^a Constituyen la tripulación todas aquellas personas que, mediante contrato de trabajo u otra adscripción legal o reglamentaria, presten servicio a bordo de la aeronave, con inclusión del Comandante.

3.^a Son actos del servicio aquellos que el personal afecto a la navegación aérea está obligado a realizar, con arreglo a las disposiciones legales o reglamentarias o a sus respectivos contratos.

4.^a Se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento en que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo y termina cuando, realizado el aterrizaje, queda aquélla inmovilizada y son parados sus motores.

5.^a Las penas y las medidas de seguridad que se impongan con arreglo a esta Ley a quienes pertenezcan a la inscripción aeronáutica y la aplicación de los beneficios de remisión condicional, se pondrán en conocimiento del Ministerio del Aire, para que se anote en el registro especial que, al efecto, se lleve.

Artículo 12. En todo lo no previsto especialmente en este Título se aplicarán como normas supletorias de sus disposiciones los preceptos del Libro I del Código Penal.

TÍTULO II De los delitos

CAPÍTULO PRIMERO DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DE LA AERONAVE

Artículo 13. El que maliciosamente causare la destrucción total o parcial de una aeronave durante la navegación, será castigado con la pena de reclusión menor a reclusión mayor.

Cuando la destrucción no tuviere lugar durante la navegación, podrá imponerse la pena inmediatamente inferior.

Si a consecuencia del delito se ocasionare la muerte o lesiones graves de alguna persona, se impondrá la pena de reclusión mayor.

Párrafo 3º del artículo 13 redactado por LO 1/1986, 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas (BOE 14 enero).

Véase: art. 11.4.º de esta Ley. LO 13/1985, 9 diciembre, del Código Penal Militar (BOE 11 diciembre): arts. 165 y ss.

Artículo 14. El encargado del Servicio de Protección de Vuelo que no diese las ayudas o informes que le demande una aeronave, los diera equivocados o incompletos o no comunicase los datos necesarios para que aquélla mantenga su vuelo en zona de seguridad o interfiriese los de otras estaciones, incurrirá en la pena de arresto mayor.

En igual pena incurrirá el Comandante de aeronave o miembro de la tripulación, en su caso, que estando sometido a un control de circulación aérea no le diera datos que éste le reclamase o los diera equivocados o incompletos, con peligro para la seguridad de la navegación.

La pena podrá aumentarse hasta prisión mayor, si, como consecuencia de la acción u omisión, se hubiese producido el siniestro de la aeronave, a no ser que el hecho constituyera delito más grave.

Artículo 15. El Comandante de aeronave que maliciosamente, con riesgo para la navegación, emprenda el vuelo sin la presentación y aprobación del plan correspondiente, o lo quebrante después de modo manifiesto y sin justificación, y el que no lo modifique cuando le sea expresamente ordenado, incurrirá en la pena de arresto mayor o suspensión del título aeronáutico.

Véase LO 13/1985, 9 diciembre (BOE, 11 diciembre), del Código Penal Militar: art. 170.

Artículo 16. Serán castigados con arresto mayor o multa hasta 100.000 pesetas, o con las dos penas conjuntamente, según las circunstancias, los que no cumplieren las órdenes que hubiesen recibido de la autoridad competente, de paralizar o hacer desaparecer construcciones, plantaciones, u otras obras que contraviniesen las normas reguladoras de las servidumbres aeronáuticas a que se halle sometido el lugar de emplazamiento de aquéllas. Todo ello sin perjuicio de las facultades de la propia Autoridad para la ejecutoriedad de sus órdenes.

Véase Ley 48/1960, de 21 de junio, sobre Navegación Aérea: art. 51.

Artículo 17. El Comandante de aeronave que realice vuelos arriesgados o acrobáticos en espacio aéreo prohibido o que sobrevuele aglomeraciones urbanas a una altura inferior a la de seguridad o a la que esté especialmente autorizada, será castigado con la pena de pérdida del título aeronáutico, suspensión del mismo o multa de 5.000 a 25.000 pesetas.

Artículo 18. El Comandante de aeronave que, a sabiendas, emprenda vuelo con exceso de peso, o con mala distribución de la carga que pueda poner en grave riesgo la seguridad de la aeronave, será castigado con la pena de suspensión del título aeronáutico o prisión menor.

Artículo 19. Los atentados contra las personas cometidos en la aeronave y que afecten o puedan afectar a la seguridad de la navegación, serán castigados con las penas señaladas en el Código Penal, para los respectivos casos, o con la inmediatamente superior.

CAPÍTULO II DELITOS CONTRA EL TRÁFICO AÉREO

SECCIÓN PRIMERA

Sedición

Artículo 20. Serán castigados con la pena de prisión menor, como reos de sedición, los tripulantes, pasajeros, empleados o personas concertadas con ellos, que en aeropuertos o aeronaves se alzaren colectivamente para cualquiera de los fines relacionados con la navegación aérea, que a continuación se expresan:

1.º Oponerse al cumplimiento de órdenes que dicten el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, en uso de sus atribuciones.

2.º Impedirles el libre ejercicio de sus funciones o ejecutar con otro fin coacción sobre ellos.

3.º Realizar algún acto de odio o venganza en sus personas o bienes.

Con la misma pena serán castigados los miembros de la tripulación de aeronaves o empleados de aeropuertos que, en número suficiente para perturbar el servicio, abandonen colectivamente sus funciones en la aeronave o el aeropuerto, en actitud de protesta, desobediencia coactiva o represalia contra el Comandante o Jefe respectivo.

Artículo 21. Se impondrá la pena de prisión menor a prisión mayor:

1.º Si el hecho se comete con la intención de interrumpir la navegación o de variar la ruta.

2.º Si los tripulantes llegan a apoderarse de la aeronave o ejercer mando sobre la misma.

3.º Si se produce la sedición en el extranjero y determina por su trascendencia la intervención de la fuerza pública del país.

4.º Si los sediciosos están armados.

5.º Al jefe de la sedición, en todo caso.

Artículo 22. A los meros ejecutores que no pertenezcan a la tripulación o aeropuerto, se impondrá la pena señalada en los dos artículos precedentes en su grado mínimo.

Artículo 23. Será considerado jefe de la sedición, si no fuese posible identificar al que lo sea de hecho, el oficial de la aeronave o empleado del aeropuerto de mayor categoría o antigüedad que intervenga en la comisión del delito.

Artículo 24. Los tripulantes de aeronave o empleados de aeropuerto que no cooperasen con sus superiores para reprimir la sedición serán castigados con arresto mayor o suspensión.

Artículo 25. La negligencia en la represión de la sedición por el Comandante de aeronave o Jefe de aeropuerto, se castigará con la pena de suspensión o la de multa.

Artículo 26. Quedarán exentos de responsabilidad:

1.º Los meros ejecutores que se sometan a la primera intimación que se les haga y antes de realizar acto de violencia.

2.º Los que hallándose comprometidos a perpetrar el delito, lo denuncien a sus superiores, en tiempo hábil para evitarlo.

Artículo 27. Si durante la sedición o con ocasión de ella se cometen otros delitos, serán éstos castigados también con arreglo a la Ley en que estén comprendidos.

Véase LO 13/1985, 9 diciembre, del Código Penal Militar (BOE 11 diciembre): arts. 144 a 148.

SECCIÓN SEGUNDA

Abandono de la aeronave y del servicio

Artículo 28. El Comandante que, sin causa justificada, haga dejación del mando de la aeronave o la abandone, será castigado con la pena de suspensión o pérdida del título profesional o aeronáutico, o multa hasta 10.000 pesetas.

Si del hecho se deriva riesgo o trastorno para la navegación, podrá imponerse, además, la pena de arresto mayor a prisión menor.

Artículo 29.

Artículo 29 derogado por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre).

Artículo 30. El abandono a que se refiere el artículo anterior podrá castigarse con la pena de prisión menor, cuando el hecho se hubiere cometido:

1.º Con empleo de armas o de cualquier otra clase de violencia o amenaza, sin perjuicio de las responsabilidades derivadas de este hecho.

2.º Por persona designada para el pilotaje o navegación de la aeronave.

Artículo 31. El Comandante que al emprender el vuelo o durante la navegación se encontrase bajo la influencia de bebidas alcohólicas, narcóticos o estupefacientes, que puedan afectar a la capacidad para el ejercicio de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión menor o pérdida del título profesional o aeronáutico, pudiendo imponerse ambas conjuntamente.

Artículo 32. El individuo de la tripulación o el controlador de tráfico que durante la prestación del servicio que tenga encomendado, o en el momento en que deba asumirlo, se encontrase bajo

la influencia de bebidas alcohólicas, narcóticos o estupefacientes, que disminuyan su capacidad para el ejercicio de sus funciones, será castigado con la pena de arresto mayor o con la suspensión del título profesional o aeronáutico, pudiendo imponerse ambas conjuntamente.

La reincidencia en este delito será castigada con la pena de arresto mayor a prisión menor y la pérdida del título profesional o aeronáutico.

Artículo 33. El Comandante que en caso de abandono de la aeronave en peligro no lo haga en último lugar o no adopte, pudiendo hacerlo, las disposiciones necesarias para el salvamento de pasajeros y tripulantes, incurrirá en las penas de pérdida del título profesional o aeronáutico y de arresto mayor a prisión menor.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando el Comandante justifique que el no haber abandonado la aeronave el último fue por incumplimiento de la orden de abandono que diera a los tripulantes y pasajeros con la debida antelación o por causa de fuerza mayor, quedará exento de pena.

Artículo 34. El individuo de la tripulación que, sin orden del Comandante, se lance con paracaídas o de otro modo abandone la aeronave en peligro, será castigado con la pena de arresto mayor y pérdida del título profesional o aeronáutico.

SECCIÓN TERCERA

De otros delitos contra el tráfico aéreo

Artículo 35. Serán castigados con la pena de prisión menor, el Comandante o explotador que, sin la oportuna autorización, embarque en una aeronave municiones, explosivos, armas, gases tóxicos, sustancias inflamables o cualesquiera otras nocivas o peligrosas para las personas, el cargamento o la aeronave.

En igual pena incurrirá el tripulante o empleado que embarque clandestinamente cualesquiera de los efectos o sustancias mencionadas en el párrafo anterior.

Cuando ese delito fuere cometido por otras personas, se sancionará con arresto mayor a prisión menor.

Las penas señaladas en los párrafos anteriores se impondrán sin perjuicio de las responsabilidades que puedan ser exigibles con arreglo a ésta u otra ley penal.

Artículo 36. El que con infracción de las disposiciones vigentes usare a bordo aparatos de fotografía o de transmisión radioeléctrica, será castigado con la pena de multa hasta 25.000 pesetas, a no ser que el hecho fuera constitutivo de delito más grave.

Artículo 37. El que asuma o retenga indebidamente el mando de una aeronave, será castigado con la pena de arresto mayor a prisión menor.

Artículo 38. Los que ejerzan funciones de tripulantes de una aeronave que exijan título aeronáutico, sin estar legalmente habilitados para ello, serán castigados con la pena de prisión menor.

Véase: Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea: arts. 58 y 65. Véase: LO 13/1985, 9 diciembre, del Código Penal Militar (BOE 11 diciembre): art. 74.2.º.

CAPÍTULO III

DELITOS CONTRA EL DERECHO DE GENTES

Artículo 39. El que se apodere con violencia o intimidación de una aeronave, de personas o cosas que se hallen a bordo, en circunstancias de lugar y tiempo que imposibiliten la protección de un Estado, será castigado con la pena de reclusión mayor.

La pena de reclusión mayor podrá imponerse en su grado máximo:

1.º Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave la pone en peligro de siniestro.

2.º Si se hubiere dejado a alguna persona sin medios de salvarse.

Párrafo 2º del artículo 39 redactado por LO 1/1986, 8 enero por LO 1/1986, 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas (BOE 14 enero).

Artículo 40. Serán castigados con las mismas penas señaladas en el artículo anterior, según los casos:

1.º Los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento.

2.º Los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amaraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo.

Artículo 41. El que despojare de sus vestidos u otros objetos a las víctimas de un accidente de aviación, en el lugar del siniestro, sufrirá la pena de arresto mayor.

La pena podrá aumentarse hasta la reclusión menor, si al despojar al herido, se le causaren otras lesiones o se agravase notablemente su estado.

Las penas señaladas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que pudieran ser aplicables con arreglo al Código Penal.

Véase LO 13/1985, 9 diciembre, del Código Penal Militar (BOE 11 diciembre): art. 77.2.º.

Artículo 42. El Comandante de aeronave o Capitán de buque que durante la navegación y en la medida que esté a su alcance no preste auxilio a una aeronave que en cualquier forma se lo pida, pudiendo hacerlo sin riesgo para la seguridad de la aeronave o el buque de su mando, será castigado con la pena de prisión menor a prisión mayor y la suspensión o pérdida del título.

En igual penalidad incurrirá el Comandante de aeronave que, en las mismas circunstancias, no preste el referido auxilio a un buque.

Artículo 43. Los tripulantes de aeronave o buque que conedores de alguna de las situaciones de peligro a que se refiere el artículo anterior no dieren cuenta de ella a sus superiores, serán castigados con la pena de arresto mayor a prisión menor.

Artículo 44. Los que no presten el auxilio que esté a su alcance a los tripulantes o pasajeros de una aeronave siniestrada, heridos o aislados, de las rutas ordinarias de comunicación, serán castigados con la pena de arresto mayor a prisión menor o multa hasta 50.000 pesetas.

CAPÍTULO IV DELITOS CONTRA LA AUTORIDAD

SECCIÓN PRIMERA

Insulto al mando

Artículo 45. El tripulante de aeronave que en acto de servicio o en relación con éste maltrate de obra a un superior será castigado:

1.º Con la pena de reclusión mayor, si se ocasionare la muerte del superior agredido.

Número 1º del artículo 45 redactado por LO 1/1986, 8 enero, de supresión de la Jurisdicción Penal Aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas (BOE 14 enero).

2.º Con la de prisión mayor a reclusión menor, si dicho superior hubiera sufrido lesiones graves de las comprendidas en los números 1 y 2 del artículo 420 del Código Penal.

3.º Con la de prisión menor, en los demás casos.

Con las mismas penas se castigará en los respectivos casos el maltrato de obra en acto de servicio o con su ocasión, al Comandante del aeropuerto, por un empleado del mismo.

Artículo 46. El tripulante o empleado que en acto de servicio o en relación con él intimide, amenace o de otro modo atente contra la libertad del superior, será castigado con arresto mayor a prisión menor.

La pena será de prisión menor, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Si los hechos se verifican con armas.

2.º Si se pone mano en el superior.

3.º Si, por consecuencia de la coacción, se accede a las exigencias del culpable.

4.º Si el hecho se realiza públicamente.

Artículo 47. El que en acto de servicio o con ocasión de él ofenda de palabra a un superior en su presencia, por escrito dirigido a él o en otra forma equivalente, incurrirá en la pena de arresto mayor o prisión menor.

SECCIÓN SEGUNDA

Atentados y desacatos

Artículo 48. Los atentados y desacatos cometidos por los pasajeros contra el Comandante de la aeronave o quien haga sus veces, serán castigados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal.

SECCIÓN TERCERA

Desobediencia

Artículo 49.

Artículo 49 derogado por el apartado 1.f) de la Disposición Derogatoria Única de la LO 10/1995, 23 noviembre, del Código Penal (BOE 24 noviembre).

Artículo 50. El pasajero que durante su permanencia en la aeronave no obedezca una orden relativa a la seguridad de la misma, será castigado con multa hasta 50.000 pesetas.

CAPÍTULO V

ABUSO DE AUTORIDAD Y NEGLIGENCIA EN EL EJERCICIO DEL MANDO

Artículo 51. El superior que, excediéndose arbitrariamente en sus atribuciones, maltrate de obra o irroge de otro modo perjuicio grave a un individuo de la tripulación que le esté subordinado, incurrirá en la pena de arresto mayor o suspensión del título profesional o aeronáutico.

En la misma pena incurrirá el Comandante o individuo de la tripulación que veje, ofenda o someta a un pasajero a medidas no autorizadas por Ley o Reglamento.

Véase LO 13/1985, 9 diciembre, del Código Penal Militar (BOE 11 diciembre): arts. 103, 104 y 106.

Artículo 52. El Comandante que abandone arbitrariamente a cualquier miembro de la tripulación o pasaje, desembarcándole, impidiéndole la vuelta a bordo o anticipando a tal fin la partida de la aeronave, será castigado con la pena de arresto mayor.

Si el hecho se realizase fuera del territorio nacional, podrá elevarse la pena hasta prisión menor.

Artículo 53. Incurrirá en la pena de arresto mayor o pérdida del título profesional el Comandante que no emplee los medios que estén a su alcance para reprimir cualquier acto de indisciplina

si del mismo pudiere derivarse dificultad o perturbación para el servicio público, o peligro para la vida de las personas, la seguridad de la aeronave o del cargamento.

CAPÍTULO VI DELITOS DE FALSEDAD

Artículo 54. El Comandante que tripulare una aeronave desprovista de marcas de matrículas o nacionalidad, o que las lleve irregularmente, será castigado con la pena de arresto mayor a prisión menor.

La pena será de prisión menor y multa hasta 50.000 pesetas si se tratare de una aeronave extranjera que ostente marca de nacionalidad española.

Véase: Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea: arts. 28 y 29.

Artículo 55. Se impondrá la pena de prisión menor al que haga uso de documentos de a bordo de otra aeronave, a la que hubiese usurpado la marca de matrícula.

Véase Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea: arts. 20 a 22 y 27.

Artículo 56. El que para obtener un beneficio, procurárselo a tercero o hacer recaer en otros un daño, se valga de documento de trabajo aeronáutico perteneciente a distinta persona, será castigado con la pena de arresto mayor.

Artículo 57. El que maliciosamente se declare propietario en todo o en parte de una aeronave, con el fin de poderla inscribir en el Registro y atribuirle nacionalidad española, incurrirá en la pena de prisión menor y multa hasta 100.000 pesetas.

Artículo 58. La falsificación de los libros y documentos de a bordo será castigada con las penas señaladas en el Código Penal común para la falsificación de documentos públicos.

Si dicha falsedad es realizada por miembros de la tripulación, serán considerados éstos como funcionarios públicos.

CAPÍTULO VII DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

SECCIÓN PRIMERA

Robo y hurto

Artículo 59. El robo y el hurto cometidos a bordo de aeronave por individuos de la tripulación o en aeropuerto por empleados del mismo, serán castigados con la pena señalada en el Código Penal, impuesta en su grado máximo.

La misma pena o la superior en grado podrá imponerse al robo o hurto de la aeronave o de elementos de la misma, cuando se halle dispuesta para la navegación, o se hallare en vuelo.

Artículo 60. El Comandante de aeronave que la empleare ilegítimamente en provecho propio o de un tercero, será castigado con la pena de arresto mayor a prisión menor. Si tal empleo fuera para cometer un delito o procurar la impunidad de éste o de cualquier otro, podrá imponerse hasta la pena de prisión mayor.

Cualquier otra persona que, sin la debida autorización o sin causa lícita, usare o participare a sabiendas en el uso de una aeronave ajena, será castigado con la pena de arresto mayor. Si la aeronave se empleare para cometer un delito o procurar impunidad de éste, o de cualquier otro, se impondrá la pena de prisión menor.

Artículo 61. La apropiación de todo o parte del cargamento de una aeronave por individuos de la tripulación a quienes hubiese sido entregado para su custodia, será castigado con las penas

señaladas en el Código Penal, en su grado máximo, o con el grado mínimo de la superior inmediata.

SECCIÓN SEGUNDA

Daños

Artículo 62. Las averías causadas maliciosamente en una aeronave o en su cargamento, que pongan en peligro la navegación, serán castigadas con la pena de prisión menor a prisión mayor.

Si como consecuencia de la avería se producen los efectos señalados en el artículo 13, se aplicarán las penas establecidas en éste.

Si no hubiese peligro para la navegación, se castigará como delito de daños según el Código Penal.

Se entiende por avería, a los efectos de este artículo, todo daño o desperfecto que se ocasione en la aeronave, instrumentos, motores o instalaciones de a bordo, o en el cargamento, desde que éste se reciba a bordo hasta que se descargue en el punto de destino.

Artículo 63. El que modifique, destruya o deteriore instalaciones, balizas o señales de ayuda a la navegación aérea con posible perturbación para ésta será castigado con la pena de arresto mayor a prisión menor.

SECCIÓN TERCERA

Polizaje

Artículo 64. El que clandestinamente entre sin billete en una aeronave comercial con el propósito de hacer viaje, o continúe a bordo, también clandestinamente, con el mismo fin, una vez recorrido el trayecto a que diere derecho el billete adquirido, será castigado con la pena de arresto mayor o multa hasta 20.000 pesetas.

Los tripulantes de la aeronave o empleados del aeropuerto que cooperen a la comisión del delito serán sancionados con las penas señaladas a los autores del mismo.

CAPÍTULO VIII

DELITOS DE IMPREVISIÓN, IMPRUDENCIA O IMPERICIA EN EL TRÁFICO AÉREO

Artículo 65. El que en el ejercicio de funciones de la navegación aérea ejecute, por imprevisión, imprudencia o impericia graves, un hecho que si mediare malicia constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor.

Cuando el hecho se ejecutase por simple imprudencia, imprevisión o impericia, con infracción de reglamentos, será castigado con la pena de arresto mayor a prisión menor.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos de este artículo no tendrá lugar cuando la pena señalada al delito sea igual o menor que las contenidas en los mismos, en cuyo caso los Tribunales aplicarán la inmediatamente inferior a la que corresponda al delito doloso, en el grado que estimen conveniente.

Cuando se produjera muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, pudiéndose aumentar dichas penas en uno o dos grados, según los casos, a juicio del Tribunal, si los daños causados fuesen de extrema gravedad, debiendo además aplicarse como complemento de pena la pérdida del título profesional o aeronáutico. En ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente.

TÍTULO III

De las faltas

CAPÍTULO PRIMERO

FALTAS CONTRA LA POLICÍA Y SEGURIDAD DE LA NAVEGACIÓN AÉREA

Artículo 66. Serán castigados con arresto que no exceda de treinta días y multa hasta 2.500 pesetas:

1.º Los que ocupen un espacio de dominio aeronáutico impidiendo su empleo público o lleven a cabo allí instalaciones no autorizadas.

2.º Los que en las zonas de servidumbre de aeropuertos, aeródromos u otras instalaciones aeronáuticas, realicen plantaciones de cualquier género, contraviniendo lo dispuesto en las leyes.

3.º Los que en dichos lugares y en las mismas circunstancias manejen sustancias inflamables o explosivas.

4.º Los que enciendan luces, fuegos, emitan señales radioeléctricas o de cualquier otra clase que puedan inducir a error en la navegación aérea, si de ello no se deriva ningún daño.

5.º Los que contravengan las normas reglamentarias sobre balizaje de obstáculos, o las relativas a señales para ayuda a la navegación aérea.

Artículo 67. Serán castigados con multa inferior a 5.000 pesetas:

1.º Los que sin la autorización correspondiente ejerzan funciones a bordo que no exijan título aeronáutico.

2.º Los que teniendo conocimiento del aterrizaje o partida de una aeronave fuera de aeropuerto o aeródromo no lo comuniquen dentro de sus medios a la autoridad más próxima.

Artículo 68. Será castigado con arresto hasta treinta días o suspensión:

1.º El Comandante de una aeronave que navegue sin tener a bordo los aparatos y los documentos reglamentarios, lleve irregularmente la lista de la tripulación o el plan de vuelo o no ejecute las anotaciones prescritas.

2.º El Comandante que no cumpla la orden de aterrizaje urgente en cualquier aeropuerto próximo a su ruta.

3.º El Comandante de aeronave que sin autorización expresa entre en espacio reglamentariamente reservado.

4.º El Comandante que transporte pasajeros en una aeronave no calificada o autorizada para dicho transporte.

Artículo 69. Serán castigados con multa inferior a 5.000 pesetas o amonestación:

1.º El Comandante que sin incurrir en el delito prevenido en el artículo 17 aterrice en aeropuertos o aeródromos no previstos en el plan de vuelo o no lo modifique en la forma que le ordene la Autoridad competente.

2.º El Comandante de una aeronave que en caso de aterrizaje forzoso fuera de aeropuerto o aeródromo no dé el correspondiente aviso.

CAPÍTULO II

FALTAS CONTRA LA POLICÍA DE AEROPUERTOS

Artículo 70. Serán castigados con multa que no exceda de 2.500 pesetas o arresto hasta treinta días:

1.º Los que se dediquen a la enseñanza de pilotaje aéreo sin la correspondiente autorización o realicen prácticas en espacios prohibidos.

2.º La autoridad de un aeropuerto que teniendo conocimiento de la próxima partida de alguna aeronave sin la documentación reglamentaria, o sin comprobación de ella, no tome las medidas para impedirlo.

Artículo 71. Serán castigados con arresto hasta treinta días o suspensión:

1.º El tripulante de una aeronave o el Oficial o funcionario de servicios de ayuda a la navegación que no anote con la debida exactitud las indicaciones reglamentarias en los libros a su cargo o en otros sistemas de registro reglamentariamente admitidos.

2.º El Comandante de aeronave que lleve pasajeros sin cumplir con las normas reglamentarias de seguridad para los mismos o que los transporte en mayor número que el de asientos debidamente autorizados para cada viaje.

CAPÍTULO III DE OTRAS FALTAS

Artículo 72. Serán sancionados con arresto hasta treinta días, multa inferior a 5.000 pesetas o amonestación, las faltas de asistencia o puntualidad en la incorporación al servicio de individuos de la tripulación de una aeronave o funcionarios de un aeropuerto que, a juicio del Jefe de éste, originen interrupciones o posible perturbación de horarios de vuelo.

Artículo 73. Los que desde una aeronave arrojen objetos no clasificados como lastre reglamentario de la misma serán sancionados, si fuesen tripulantes, con arresto hasta treinta días y multa hasta 2.500 pesetas, y si fuesen pasajeros, con multa inferior a 5.000 pesetas.

Artículo 74. Será castigado con multa inferior a 5.000 pesetas o amonestación el que a bordo de una aeronave o dentro del aeropuerto incumpla las normas reglamentarias de policía.

Artículo 75. Los que por simple imprudencia o negligencia, sin mediar infracción de reglamentos, ejecutasen un hecho en el ejercicio de funciones de la navegación aérea, que si mediare malicia constituiría un delito de los comprendidos en esta Ley, serán castigados con la pena de arresto menor o multa inferior a 5.000 pesetas.

(...)

LIBRO SEGUNDO

DE LA JURISDICCIÓN PENAL EN LA NAVEGACIÓN AÉREA

Libro Segundo derogado por LO 1/1968, 8 enero (BOE 14 enero), de supresión de la jurisdicción penal aeronáutica y adecuación de penas por infracciones aeronáuticas

**§ 6. LEY ORGÁNICA 5/1995, DE 22 DE MAYO, DEL TRIBUNAL
DEL JURADO**

(BOE de 23 de mayo de 1995)

(...)

DISPOSICIONES ADICIONALES

(...)

Segunda. Infracciones penales. 1. Los jurados que abandonen sus funciones sin causa legítima, o incumplan las obligaciones que les imponen los artículos 41.4 y 58.2 de esta Ley incurrirán en la pena de multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

2. Los jurados que incumplan las obligaciones impuestas en el apartado 3 del artículo 55, incurrirán en la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

(...)

LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA

Ley Orgánica General Penitenciaria

§ 7. Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria

Reglamento penitenciario

§ 8. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario

Ley reguladora de la gracia de indulto

§ 9. Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de indulto

Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores

§ 10. Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

§ 11. Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores

Legislación especial protectora de las víctimas

§ 12. Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual

Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género

§ 13. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

§ 7. LEY ORGÁNICA 1/1979, DE 26 DE SEPTIEMBRE, GENERAL PENITENCIARIA

(BOE de 5 de octubre de 1979)

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. Las Instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Véase: Constitución Española: art. 25. Orden 24 noviembre 1993 (BOE, 14 diciembre). Dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 10.3. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 2.

Véase Orden INT/4067/2005, de 22 de diciembre, por la que se aprueban las bases reguladoras de concesión de ayudas asistenciales a internos en prisión, liberados condicionales y familiares de ambos y de ayudas para la realización de salidas programadas y concesión de premios y recompensas para los internos en prisión, en el ámbito de competencias del Ministerio del Interior (BOE 28 diciembre).

Artículo 2. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

Véase: Constitución Española: arts. 9.3, 17.1 y 25.1. Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 1 y 990. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 3.

Artículo 3. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

Véase: Constitución Española: arts. 14 y 25.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE, 10 octubre): art. 14. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948: arts. 2 y 7. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): arts. 2, 24 y 26. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.

En consecuencia:

1. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

Véase: Constitución Española: art. 23.1. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.2.c).

2. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

Véase: Constitución Española: art. 25.2. RD-Leg. 1/1994, 20 junio (BOE 29 junio), texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: arts. 205.3, 212.1.c), 215.1.1 d) y 219.2.

3. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

4. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

Véase Constitución Española: art. 15. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.2.a).

5. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre.

Véase Constitución Española: art. 18.1. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.2.b).

Artículo 4. 1. Los internos deberán:

a) Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 5.2.a).

b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas, y de conformidad con lo establecido en el artículo 44.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 5.2.b).

c) Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 5.2.c).

d) Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 5.2.c).

2. Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado.

Véase: art. 61 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.2.d) y art. 112.

Artículo 5. El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos.

Véase: art. 64.1 de esta Ley. Constitución Española: arts. 17 y 24. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE, 10 octubre): art. 6.2. Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 502 a 528. Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948: art. 11. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 14.2.

Artículo 6. Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

Véase: Constitución Española: art. 15. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 (BOE, 10 octubre): art. 3. Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948: art. 5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 7. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4.2.a).

TÍTULO PRIMERO

De los establecimientos y medios materiales

Artículo 7. Los establecimientos penitenciarios comprenderán:

a) Establecimientos de preventivos.

Véase art. 8 de esta Ley.

b) Establecimientos de cumplimiento de penas.

Véase arts. 9 y 10 de esta Ley.

c) Establecimientos especiales.

Véase: art. 11 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 10 a 14 y 73 a 98.

Artículo 8. 1. Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses.

2. En cada provincia podrá existir más de un establecimiento de esta naturaleza.

3. Cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

Véase: art. 16 de esta Ley. Ley Enjuiciamiento Criminal: art. 520 a 527. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 96 a 98.

Artículo 9. 1. Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto.

2. Los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. A los efectos de esta Ley, se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco.

Véase: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 10.3. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 99 y 173 y ss.

Artículo 10. 1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 89 a 95.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondiente, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 96.2, 97 y 98.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Véase Ley Enjuiciamiento Criminal: art. 525. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 90.

Artículo 11. Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- a) Centros hospitalarios.
- b) Centros psiquiátricos.
- c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.

Véase: arts. 39 y 68.1 de esta Ley. Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 991 a 994. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 163 a 191.

Artículo 12. 1. La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada uno cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 191.

2. Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de 350 internos por unidad.

Artículo 13. Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 11.

Artículo 14. La Administración penitenciaria velará para que los establecimientos sean dotados de los medios materiales y personales necesarios y cumplimiento de sus fines.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 11.

TÍTULO II
Del régimen penitenciario

CAPÍTULO PRIMERO
ORGANIZACIÓN GENERAL

Artículo 15. 1. El ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente, excepto en el supuesto de presentación voluntaria, que será inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolverá lo procedente, y en los supuestos de estados de alarma, excepción o sitio en los que se estará a lo que dispongan las correspondientes Leyes especiales.

2. A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad.

Véase: Constitución Española: arts. 17.1 y 116. Ley Enjuiciamiento Criminal: art. 990. LO 4/1981, de 1 de junio (BOE, 5 junio), reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. LO 6/1984, de 24 de mayo (BOE, 26 mayo), reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus». RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 18, 20 y 21.

Artículo 16. Cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

En consecuencia:

a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.

b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.

c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.

d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.

e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia.

Véase: art. 64.1 de esta Ley. Ley Enjuiciamiento Criminal: art. 521. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 10.2. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 99.

Artículo 17. 1. La libertad de los detenidos, presos o penados sólo podrá ser acordada por la autoridad competente.

Véase: Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 528 y ss. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 22, 23 y 24.

2. Los detenidos serán puestos en libertad por el Director del establecimiento si, transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso, no se hubiere recibido mandamiento u orden de prisión.

Véase: Constitución Española: art. 17.2. Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 496, 497 y 520. LO 6/1984, de 24 de mayo (BOE, 26 mayo), reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus»: art. 8.2. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 23.

3. Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.

Véase: art. 76.2 b) de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 24 a 28.

4. En el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de su cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante su reclusión. Si careciese de medios económicos se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

Artículo 18. Los traslados de los detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 31 a 40.

Artículo 19. 1. Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del Médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 13.

2. Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 14.

3. Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios.

Véase: Constitución Española: art. 18.1. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 5, 2, e), 14, 221 a 225.

Artículo 20. 1. El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 313.

2. En los supuestos de salida al exterior deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si carecieran de las adecuadas, se les procurará las necesarias.

Artículo 21. 1. Todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y de mueble adecuado para guardar sus pertenencias.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 14.

2. La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el Médico, convenientemente preparada y que responda en cantidad y calidad a las normas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas. Los internos dispondrán, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 226.

Artículo 22. 1. Cuando el Reglamento no autorice al interno a conservar en su poder dinero, ropas, objetos de valor u otros que le pertenezcan, serán guardados en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo, o enviados a personas autorizadas por el recluso para recibirlos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 317.

2. El Director, a instancia del Médico, podrá ordenar por razones de higiene la inutilización de las ropas y efectos contaminados propiedad de los internos.

3. El Director, a instancia del interno o del Médico, y de conformidad con éste en todo caso, decidirá sobre el destino de los medicamentos que tuviere en su poder el interno en el momento del ingreso en el establecimiento o reciba del exterior, disponiendo cuáles puede conservar para su personal administración y cuáles deben quedar depositados en la enfermería, atendidas las necesidades del enfermo y las exigencias de la seguridad. Si a los internos les fueran intervenidos estupefacientes, se cumplirá lo previsto en las disposiciones legales.

Artículo 23. Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 65 a 71.

Artículo 24. Se establecerán y estimularán, en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos.

Se permitirá a los internos la adquisición por su propia cuenta de productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados. La venta de dichos productos será gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por Empresas concesionarias. Los precios se controlarán por la autoridad competente, y en ningún caso podrán ser superiores a los que rijan en la localidad en que se halle ubicado el establecimiento. Los internos participarán también en el control de calidad y precios de los productos vendidos en el centro.

Véase: arts. 31.2 y 55.3 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 55 a 61 y 298 y ss.

Artículo 25. 1. En todos los establecimientos penitenciarios regirá un horario, que será puntualmente cumplido.

2. El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 77.

CAPÍTULO II TRABAJO

Artículo 26. El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento.

Véase: art. 29 de esta Ley. Constitución Española: arts. 25.2, 35.1 y 40.2. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 4. 2, f), 5. 2, g), 132 y 133.

Sus condiciones serán:

a) No tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección.

Véase: Constitución Española: art. 25.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, ratificado por España por Instrumento de 26 de septiembre de 1979

(BOE, 10 octubre): art. 4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España por Instrumento de 13 de abril de 1977 (BOE, 30 abril): art. 8.

b) No atentará a la dignidad del interno.

c) Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.

d) Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento.

Véase art. 33.1 de esta Ley.

e) Será facilitado por la Administración.

f) Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.

Véase Constitución Española: arts. 25.2 y 41.

g) No se supeditará al logro de intereses económicos por la Administración.

Artículo 27. 1. El trabajo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades:

a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente.

b) Las dedicadas al estudio y formación académica.

c) Las de producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente.

d) Las ocupacionales que formen parte de un tratamiento.

e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.

f) Las artesanales, intelectuales y artísticas.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 118 a 153.

2. Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente.

Véase RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Véase: art. 33.2 de esta Ley. Constitución Española: art. 25.2.

Artículo 28. El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 146.

Artículo 29. 1. Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales.

Véase: Constitución Española: art. 35.1. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 133.1.

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios:

a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.

b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.

c) Los mayores de 65 años.

d) Los perceptores de prestaciones por jubilación.

e) Las mujeres embarazadas durante dieciseis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas. El período de excepción se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

Letra e) del número 1 del artículo 29 redactada por LO 13/1995, 18 diciembre (BOE 19 diciembre).

f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

2. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquél. Los que voluntariamente realicen cualquiera de los trabajos expresados en el artículo 27 lo harán en las condiciones y con los efectos y beneficios previstos en esta Ley. Todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines.

Véase: art. 27.1 e) de esta Ley. Ley Enjuiciamiento Criminal: art. 522. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 133.3.

Artículo 30. Los bienes, productos o servicios obtenidos por el trabajo de los internos tendrán en igualdad de condiciones, carácter preferente en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones públicas.

Artículo 31. 1. La dirección y el control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos corresponderá a la Administración penitenciaria.

2. La Administración estimulará la participación de los internos en la organización y planificación del trabajo.

Véase: art. 33 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 134 y 138 a 142.

Artículo 32. Los internos podrán formar parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las cooperativas que se constituyan. La Administración adquirirá la cualidad de socio de aquéllas, contribuyendo a la consecución del correspondiente objeto social de conformidad con la legislación vigente.

Véase: art. 34 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 140.

Artículo 33. 1. La Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo en las condiciones siguientes:

a) Proporcionará trabajo suficiente para ocupar en días laborables a los internos, garantizando el descanso semanal.

Véase Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995 (BOE, 29 marzo): art. 37.1.

b) La jornada de trabajo no podrá exceder de la máxima legal y se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento.

Véase: art. 25.2 de esta Ley. Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995 (BOE, 29 marzo): art. 34. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 137 a 142.

c) Velará porque la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada.

d) Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

2. La retribución del trabajo de los internos sólo será embargable en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre.

Véase: Estatuto de los Trabajadores, de 24 de marzo de 1995 (BOE, 29 marzo): art. 27.2. Ley Enjuiciamiento Civil: arts. 1.447 y ss. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 148.2.

Artículo 34. Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercerán ante los Organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine.

Artículo 35. Los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los 15 días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

CAPÍTULO III ASISTENCIA SANITARIA

Artículo 36. 1. En cada centro existirá al menos un Médico general con conocimientos psiquiátricos, encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas. Igualmente habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario y se dispondrá de los servicios de un Médico Odontólogo y del personal auxiliar adecuado.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 207, 208.

2. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en casos de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 209, 210.

3. Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho.

Véase: art. 11 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 212.3.

Artículo 37. Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados:

a) De una enfermería, que contará con un número suficiente de camas, y estará provista del material clínico, instrumental adecuado y productos farmacéuticos básicos para curas de urgencia e intervenciones dentales.

b) De una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos.

c) De una unidad para enfermos contagiosos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 213.

Artículo 38. 1. En los establecimientos o departamentos para mujeres existirá una dependencia dotada del material de obstetricia necesario para el tratamiento de las internas embarazadas y de las que acaben de dar a luz y se encuentren convalecientes, así como para atender aquellos partos cuya urgencia no permita que se realicen en hospitales civiles.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 213. 1.

2. Las internas podrán tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado los tres años de edad, siempre que acrediten debidamente su filiación. En aquellos centros donde se encuentren ingresadas internas con hijos existirá un local habilitado para guardería infantil.

La Administración penitenciaria celebrará los convenios precisos con entidades públicas y privadas con el fin de potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad del niño dentro de la especial circunstancia determinada por el cumplimiento por la madre de la pena privativa de libertad.

Número 2 del artículo 38 redactado por LO 13/1995, 18 diciembre (BOE 19 diciembre.).

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 17.

3. Reglamentariamente se establecerá un régimen específico de visitas para los menores que no superen los diez años y no convivan con la madre en el centro penitenciario. Estas visitas se realizarán sin restricciones de ningún tipo en cuanto a frecuencia e intimidad y su duración y horario se ajustará a la organización regimental de los establecimientos.

Número 3 del artículo 38 introducido por LO 13/1995, 18 diciembre («B.O.E. 19 diciembre).

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 45.6.

4. En los establecimientos de mujeres se facilitará a las internas los artículos necesarios de uso normal para la higiene íntima.

Número 4 del artículo 38 renumerado por LO 13/1995, 18 diciembre (BOE 19 diciembre.), su contenido literal coincide con el anterior número 3.

Artículo 39 CE.

Artículo 39. Los diagnósticos psiquiátricos que afecten a la situación penitenciaria de los internos deberán realizarse por un equipo técnico, integrado por un especialista en psiquiatría, un Médico Forense y el del establecimiento, acompañándose en todo caso informe del Equipo de Observación o de Tratamiento.

Véase Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 991 a 994.

Artículo 40. La asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de los ingresados y los sucesivos que reglamentariamente se determinen.

CAPÍTULO IV RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo 41. 1. El régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada.

2. Ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 231 a 262.

Artículo 42. 1. Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Véase Constitución Española: art. 25.1.

Las infracciones disciplinarias se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 232 y 233.

2. No podrán imponerse otras sanciones que:

- a) Aislamiento en celda, que no podrá exceder de catorce días.
- b) Aislamiento de hasta siete fines de semana.

- c) Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.
- d) Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.
- e) Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.
- f) Amonestación.

3. En los casos de repetición de la infracción, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 235.

4. La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 233.1.a).

5. Al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible, y, no siéndolo, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 236.

6. Las sanciones podrán ser reducidas por decisión del órgano colegiado correspondiente o a propuesta del Equipo Técnico, y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo se procederá a una nueva calificación, o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 256.

Artículo 43. 1. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del Médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 254.

2. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 255.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 254.

4. El aislamiento se cumplirá en el compartimiento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 254.

Artículo 44. 1. Las sanciones disciplinarias serán impuestas por el correspondiente órgano colegiado cuya organización y composición serán determinadas en el reglamento.

Véase art. 4.1 b) de esta Ley. Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 232, 276 y 277.

2. Ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido presentar su defensa verbal o escrita.

Véase Constitución Española: art. 24.2.

3. La interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse. Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 252.

Artículo 45. 1. Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 72.

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.
- b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.
- c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

2. Cuando ante la urgencia de la situación se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

3. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

4. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 72.

CAPÍTULO V RECOMPENSAS

Artículo 46. Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 263 y 264.

CAPÍTULO VI PERMISOS DE SALIDA

Artículo 47. 1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 155.

2. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y

ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 154.

Artículo 48. Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 159. Véase RD 1879/1994, 16 septiembre (BOE, 7 octubre). Aprueba determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior. En concreto, véase su disposición adicional cuarta.

CAPÍTULO VII INFORMACIÓN, QUEJAS Y RECURSOS

Artículo 49. Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A quienes no pueden entender la información por el procedimiento indicado, les será facilitada por otro medio adecuado.

Véase: Constitución Española: art. 17.3. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4. 2, k), 21 y 52.

Artículo 50. 1. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4. 2, j), 53 y 54.

2. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, los presentarán asimismo ante el Director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente.

Véase Constitución Española: art. 29.1.

CAPÍTULO VIII COMUNICACIONES Y VISITAS

Artículo 51. 1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 41 a 45.

2. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

Véase: Constitución Española: art. 55.2. Ley Enjuiciamiento Criminal: arts. 520, 520 bis y 527. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 48.

3. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con

Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 49.

4. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 47.

5. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 43 y 44.

Artículo 52. 1. En los casos de defunción, enfermedad o accidente grave del interno, el Director informará al familiar más próximo o a la persona designada por aquél.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 216.

2. Igualmente se informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél.

3. Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y Abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 41.3.

Artículo 53. Los establecimientos dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no pueden obtener permisos de salida.

Estas visitas se concederán con sujeción a lo dispuesto en el número 1, párrafo 2, del artículo 51, y en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 45.

CAPÍTULO IX ASISTENCIA RELIGIOSA

Artículo 54. La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse.

Véase: Constitución Española: art. 16.1. Orden 24 noviembre 1993 (BOE, 14 diciembre; C.E. en BOE, 31 diciembre). Dispone la publicación del Acuerdo sobre asistencia religiosa católica en los establecimientos penitenciarios. Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 4 y 230.

CAPÍTULO X INSTRUCCIÓN Y EDUCACIÓN

Artículo 55. 1. En cada establecimiento existirá una escuela en la que se desarrollará la instrucción de los internos, y en especial, de los analfabetos y jóvenes.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 123 y 126.

2. Las enseñanzas que se impartan en los establecimientos se ajustarán en lo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional.

3. La Administración penitenciaria fomentará el interés de los internos por el estudio y dará las máximas facilidades para que aquellos que no puedan seguir los cursos en el exterior lo hagan por correspondencia, radio o televisión.

Véase: Constitución Española: arts. 25.2, 27.1 y 44. Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 124.

Artículo 56. 1. La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes.

2. Para que los internos puedan acceder al servicio público de la educación universitaria será necesario que la Administración penitenciaria suscriba, previos los informes de ámbito educativo que se estimen pertinentes, los oportunos convenios con universidades públicas. Dichos convenios garantizarán que la enseñanza se imparte en las condiciones y con el rigor y la calidad inherentes a este tipo de estudios, adaptando, en lo que sea preciso, la metodología pedagógica a las especiales circunstancias que concurren en el ámbito penitenciario. La alteración del régimen y estructura de la enseñanza o de la asistencia educativa a los internos prevista en los convenios aludidos, así como cualesquiera otras modificaciones, prórrogas o extensión de aquéllos a nuevas partes firmantes o sujetos, deberán ser autorizados por la Administración penitenciaria.

En atención a la movilidad de la población reclusa y a la naturaleza no presencial de los estudios a los que se refiere este artículo, los convenios aludidos en el párrafo anterior se suscribirán, preferentemente, con la Universidad Nacional de Educación a Distancia. No obstante, las Administraciones penitenciarias competentes podrán celebrar convenios con universidades de su ámbito en los términos establecidos en el párrafo anterior.

Artículo 56 redactado por el artículo único de la LO 6/2003, de 30 de junio, de modificación de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 1 julio).

Vigencia: 2 julio 2003

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 118 a 121.

Artículo 57. En cada establecimiento existirá una biblioteca provista de libros adecuados a las necesidades culturales y profesionales de los internos, quienes además podrán utilizar los libros facilitados por el servicio de bibliotecas ambulantes establecido por la Administración o entidades particulares con el mismo fin.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 127.

Artículo 58. Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento. Asimismo estarán informadas a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 128.

TÍTULO III Del tratamiento

Artículo 59. 1. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.

2. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la

medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

Véase: art. 1 de esta Ley. Constitución Española: art. 25.2. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 110.

Artículo 60. 1. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior.

2. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 110.

Artículo 61. 1. Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro, ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.

2. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo.

Véase: art. 4.2 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 112.

Artículo 62. El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: arts. 110 a 153.

Artículo 63. Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en

su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 102.

Artículo 64. 1. La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo 16, y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia.

2. Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico, un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.

Véase: art. 5 de esta Ley. Constitución Española: art. 24. Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 102 y ss.

Artículo 65. 1. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

2. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.

4. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.

Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

Véase: art. 70 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 105 a 108.

Artículo 66. 1. Para grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrán organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica.

2. Se concederá especial atención a la organización en los establecimientos de cumplimiento de cuantas sesiones de asesoramiento psicopedagógico y de psicoterapia de grupo se juzguen convenientes dada la programación del tratamiento y los criterios de selección usados en estos métodos así como a la realización de terapia de comportamiento y de procedimientos tendentes a modificar el sistema de actitudes del interno cuando sean desfavorables o negativos, todo ello con absoluto respeto a la personalidad del mismo.

3. En el programa de tratamiento se integrará también la formación y el perfeccionamiento profesional de aquellos sujetos cuya readaptación lo requiera, realizándose con asesoramiento

psicológico continuo durante el proceso formativo y previa la orientación personal correspondiente.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 115.

Artículo 67. Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Artículo 68. 1. En los centros especiales el tratamiento se armonizará con la finalidad específica de cada una de estas Instituciones.

2. En los establecimientos para jóvenes menores de 21 años, al concluir el tratamiento con la emisión del juicio pronóstico final, se procurará la evaluación del resultado del mismo a través de los datos que proporcionen los servicios centrales correspondientes.

Artículo 69. 1. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados.

2. A los fines de obtener la recuperación social de los internos en regímenes ordinario y abierto se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 111.

Artículo 70. 1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación, donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes:

- a) Completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas.
- b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro directivo.
- c) Realizar una labor de investigación criminológica.
- d) Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios.

2. Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo.

Véase: art. 65.4 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 109. Orden 22 septiembre 1967 (BOE, 17 octubre) por la que se crea la Central de Observación, derogada en su punto 2.º por la Orden 9 septiembre 1992 (BOE, 12 octubre).

Artículo 71. 1. El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

2. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La Dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria

comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.

Véase: art. 28 de esta Ley. RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 73. Orden de 22 septiembre 1967 (BOE, 17 octubre), derogada en su punto 2.º por la Orden de 9 septiembre 1992 (BOE, 12 octubre), por la que se crea la Central de Observación.

Artículo 72. 1. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

2. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número 1 del artículo 10 de esta Ley.

3. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

4. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

Véase RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 100 a 109.

5. La clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real, presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y, en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición.

Singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico que hubieran revestido notoria gravedad y hubieran perjudicado a una generalidad de personas.
- b) Delitos contra los derechos de los trabajadores.
- c) Delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.
- d) Delitos contra la Administración pública comprendidos en los capítulos V al IX del título XIX del libro II del Código Penal.

Número 5 del artículo 72 introducido por el artículo tercero de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE 1 julio).

Vigencia: 2 julio 2003

6. Del mismo modo, la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento penitenciario de personas condenadas por delitos de terrorismo de la sección segunda del capítulo V del título XXII del libro II del Código Penal o cometidos en el seno de organizaciones criminales, requerirá, además de los requisitos previstos por el Código Penal y la satisfacción de la responsabilidad civil con sus rentas y patrimonio presentes y futuros en los términos del apartado anterior, que muestren signos inequívocos de haber abandonado los fines y los medios terroristas, y además hayan colaborado activamente con las autoridades, bien para impedir la producción de otros delitos por parte de la banda armada, organización o grupo terrorista, bien para atenuar los efectos de su delito,

bien para la identificación, captura y procesamiento de responsables de delitos terroristas, para obtener pruebas o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o asociaciones a las que haya pertenecido o con las que haya colaborado, lo que podrá acreditarse mediante una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito, así como por los informes técnicos que acrediten que el preso está realmente desvinculado de la organización terrorista y del entorno y actividades de asociaciones y colectivos ilegales que la rodean y su colaboración con las autoridades.

Número 6 del artículo 72 introducido por el artículo tercero de la LO 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE 1 julio).

Vigencia: 2 julio 2003

TÍTULO IV

De la asistencia pospenitenciaria

Artículo 73. 1. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.

2. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

Véase Constitución Española: art. 14.

Artículo 74. El Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura y funciones se determinarán en el Reglamento Orgánico de dicho Departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria.

Véase: RD 190/1996, 9 febrero (BOE 15 febrero), Reglamento General Penitenciario: art. 227 y 228. RD 326/1995, 3 marzo (BOE, 13 marzo), regula el Organismo autónomo «Trabajos y Prestaciones Penitenciarias». En especial, su artículo 4.2º establece: «La Comisión de Asistencia Social, a la que se refiere el artículo 74 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, se integra como órgano de colaboración interadministrativa en el Organismo autónomo «Trabajo y Prestaciones Penitenciarias», con la composición y funciones que se determinan en este Real Decreto.»

Artículo 75. 1. El personal asistencial de la Comisión de Asistencia Social estará constituido por funcionarios que pasarán a prestar sus servicios en el citado órgano, con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales.

2. La Comisión de Asistencia Social colaborará de forma permanente con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los establecimientos penitenciarios.

Véase art. 69.2 de esta Ley.

TÍTULO V

Del Juez de Vigilancia

Artículo 76. 1. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Véase art. 17.3 de esta Ley.

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

Véase arts. 42.4 y 43.1 de esta Ley.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquéllos.

Véase art. 50 de esta Ley.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.

Letra h) del número 2 del artículo 76 redactada por el artículo segundo de la LO 5/2003, de 27 de mayo, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial (BOE 28 mayo).

Vigencia: 29 mayo 2003

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

Véase artículo 10 de esta Ley.

Artículo 77. Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo 78. 1. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes.

2. Los Jueces de Vigilancia tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción.

Véase artículo 94 de la LOPJ.

TÍTULO VI De los funcionarios

Artículo 79. Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria.

Artículo 80. 1. Para el desempeño de las funciones que le están encomendadas la Administración penitenciaria contará con el personal necesario y debidamente cualificado.

2. Los funcionarios penitenciarios tendrán la condición de funcionarios públicos, con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados por la legislación general de funcionarios civiles de la Administración del Estado.

En el ejercicio de sus funciones se atenderá al principio de imparcialidad política, de conformidad con las normas constitucionales.

Véase Constitución Española: art. 103.

3. La selección y, en su caso, el ascenso de los funcionarios penitenciarios se ajustarán a los mismos procedimientos establecidos en el Estatuto de la Función Pública.

4. Antes de iniciar su actividad, los funcionarios penitenciarios deberán recibir la formación específica, tanto teórica como práctica, en el Centro oficial adecuado que reglamentariamente se determine.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Hasta que se dicten las normas referidas en el artículo 78, el Juez de Vigilancia se atenderá a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segunda. En el desarrollo reglamentario de la presente Ley se tendrán en cuenta las previsiones que, con relación a la Administración penitenciaria, puedan incluir los Estatutos de Autonomía que adopten las distintas nacionalidades y regiones.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado.

Véase Constitución Española: art. 55.

1. Desde el momento en que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el Jefe de las mismas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales.

2. Independientemente del supuesto considerado en el número anterior, los Ministerios de Justicia e Interior podrán acordar, por razones de seguridad pública que la custodia y la vigilancia interior de un establecimiento cerrado o de un departamento especial de éste corresponda a los Cuerpos de Seguridad del Estado.

3. En los supuestos comprendidos en los dos párrafos anteriores se dará cuenta inmediata del acuerdo adoptado por los Ministerios de Justicia e Interior a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados a los efectos de que adopte la resolución que reglamentariamente proceda.

Segunda. En el plazo máximo de un año el Gobierno aprobará el Reglamento que desarrolle la presente Ley, continuando entre tanto en vigor el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956 y modificado por Decretos 2705/1964, de 27 julio; 162/1968, de 25 de enero, 1372/1970 de 30 de abril, y Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, en lo que no se oponga a los preceptos de la Ley General Penitenciaria.

Téngase en cuenta que el RD 2273/1977, 29 julio, ha sido derogado por RD 1201/1981, 8 mayo, (BOE 23 junio), por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Véase RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Téngase en cuenta que el artículo 332 del Decreto de 2 de febrero de 1956, modificado por el Decreto 1372/1970, 30 abril, ha sido derogado por el RD 190/1996, 9 febrero, (BOE 15 febrero), por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

Téngase en cuenta que el Decreto 2705/1964, 27 julio, ha sido derogado por RD 326/1995, 3 marzo (BOE, 13 marzo), por el que se regula el Organismo autónomo «Trabajo y Prestaciones Penitenciarias».

**§ 8. REAL DECRETO 190/1996, DE 9 DE FEBRERO,
POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO PENITENCIARIO**

(BOE de 15 de febrero de 1996)

RD 190/1996, 9 febrero, rectificado por Corrección de errores (BOE 8 mayo).

I

El presente Real Decreto aprueba el Reglamento Penitenciario de desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General penitenciaria (LOGP), que opera una reforma completa de la normativa reglamentaria penitenciaria de 1981.

La necesidad de abordar una reforma completa del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, ya se ponía de manifiesto en el preámbulo del Real Decreto 787/1984, de 26 (sic) de marzo, por el que se efectuó la modificación parcial de mayor envergadura del mismo. Desde aquel momento hasta el presente las razones que llevaron a pensar la necesidad de desarrollar un nuevo Reglamento Penitenciario capaz de extraer las potencialidades más innovadoras de la LOGP, no sólo no han desaparecido sino que se han incrementado.

Debe entenderse Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo.

Es en el aspecto de la ejecución del tratamiento -conforme al principio de individualización científica que impregna la LOGP- donde se encuentra el potencial más innovador para que la Administración Penitenciaria pueda mejorar el cumplimiento de la misión de preparación de los reclusos para la vida en libertad que tiene encomendada, cuya consecución exige ampliar la oferta de actividades y de programas específicos para los reclusos, potenciando las prestaciones dirigidas a paliar, en lo posible, las carencias y problemas que presentan los internos y, en definitiva, evitando que la estancia de los internos en los centros penitenciarios constituya un tiempo ocioso y perdido.

Asimismo, la reciente reforma de nuestra legislación penal mediante la promulgación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y la modificación introducida en el artículo 38 de la LOGP mediante la Ley Orgánica 13/1995, de 18 de diciembre, que exige la regulación de las unidades de madres y de las visitas de convivencia familiar, aconsejan no demorar por más tiempo la aprobación de un nuevo Reglamento que proporcione a la Administración el instrumento normativo adecuado para afrontar la política exigida por el actual momento penitenciario y dar respuesta a los nuevos retos planteados.

Lo hasta aquí señalado justificaría sin más el esfuerzo que implica la elaboración de un nuevo Reglamento Penitenciario. Sin embargo, existen otras razones que hacen necesaria la fijación de este nuevo marco reglamentario. La sociedad española ha sufrido una importantísima transformación en los últimos quince años, transformación de la que no ha quedado exenta la realidad penitenciaria.

La situación actual es muy distinta de la existente en 1981, no sólo por el notable incremento de la población reclusa -que ha exigido un importante esfuerzo para dotar a la Administración de nuevas infraestructuras y para adaptar los modelos de gestión de los centros-, sino también por las variaciones sustanciales producidas en su composición (mayor presencia de mujeres y de reclusos extranjeros, envejecimiento de la población reclusa), por la variación del perfil sociológico de los mismos como consecuencia del predominio de la criminalidad urbana y suburbana y de la irrupción del fenómeno de la delincuencia organizada, que generan grupos minoritarios de reclusos con un alto potencial de desestabilización de la seguridad y el buen orden de los establecimientos penitenciarios.

La aparición de nuevas patologías con especial incidencia entre la población reclusa (drogadicción, SIDA, ...), así como la universalización de la prestación sanitaria exigen una completa remodelación de la normativa reglamentaria de una de las prestaciones básicas de la Administración penitenciaria como es la prestación sanitaria. En este ámbito, al igual que ocurre en materia educativa o en el campo de la asistencia social, la normativa reglamentaria, previa a la entrada en vigor de las Leyes básicas reguladoras de cada uno de estos sectores -Ley General de Sanidad de 1986, Ley de Ordenación General del Sistema Educativo de 1990- debe ser adaptada a los principios establecidos en la mismas, así como a la efectiva asunción de competencias por diversas Comunidades Autónomas.

A su vez, las modificaciones de las formas de contratación, del marco estatutario de la función pública, del régimen jurídico de la Administración y del procedimiento administrativo, materias reguladas en Leyes posteriores al Reglamento Penitenciario de 1981, y que resultan, lógicamente, de directa aplicación a la actividad penitenciaria, exigen también una profunda reordenación de las materias afectadas consolidando los avances establecidos en las mismas bajo el criterio de «normalización» de las instituciones penitenciarias, en el sentido de no definir marcos específicos salvo en aquellas cuestiones que por la singularidad de la actividad así lo exijan, rompiendo de esta forma la dinámica de «marginalización» a la que inconscientemente se ven sometidas las instituciones penitenciarias y que tantas veces ha sido denunciada por la doctrina y los tribunales.

Por otro lado, la importante exégesis jurisprudencial de la LOGP, constituye un valiosísimo caudal que se ha pretendido incorporar al nuevo texto dotando de rango normativo la fecunda doctrina establecida, especialmente la determinada por el Tribunal Constitucional.

El desarrollo de las nuevas tecnologías y la progresiva socialización de su uso tampoco ha sido un proceso del que haya quedado exenta la institución penitenciaria. Por ello, resulta precisa la integración de la normativa referente al uso de ficheros informáticos, así como a la utilización de estas tecnologías por los propios internos.

El progresivo cambio de mentalidad, hábitos y costumbres de la sociedad española también ha repercutido de forma evidente en el entramado penitenciario exigiendo la flexibilización de determinadas reglas, en especial en el ámbito de las comunicaciones de los internos.

Por último, el nuevo Reglamento Penitenciario incorpora a su texto los avances que han ido produciéndose en el campo de la intervención y tratamiento de los internos, consolidando una concepción del tratamiento más acorde a los actuales planteamientos de la dogmática jurídica y de las ciencias de la conducta, haciendo hincapié en el componente resocializador más que en el concepto clínico del mismo. Por ello, el Reglamento opta por una concepción amplia del tratamiento que no sólo incluye las actividades terapéutico-asistenciales, sino también las actividades formativas, educativas, laborales socioculturales, recreativas y deportivas, concibiendo la reinserción del interno como un proceso de formación integral de su personalidad, dotándole de instrumentos eficientes para su propia emancipación.

En este campo también se incorporan al Reglamento las experiencias tratamentales generadas por la práctica penitenciaria, así como otras surgidas en el derecho comparado.

II

Las principales novedades del extenso contenido del Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto se dirigen a los siguientes objetivos:

a) Profundizar el principio de individualización científica en la ejecución del tratamiento penitenciario. Para ello se implanta la aplicación de modelos individualizados de intervención para los presos preventivos (que representan en torno al 20 por 100 de la población reclusa), en cuanto sea compatible con el principio constitucional de presunción de inocencia. Con esta medida se evita que la estancia en prisión de una parte importante de la población reclusa sólo tenga fines custodiales, al tiempo que se amplía la oferta de actividades educativas, formativas, socioculturales, deportivas y medios de ayuda que se programen para propiciar que su estancia en prisión sirva para paliar, en lo posible, las carencias detectadas.

En esta misma línea, la regulación de las formas especiales de ejecución (Título VII), de las salidas programadas (artículo 114) y de los programas de actuación especializada (artículos 116 y 117) proporcionan los medios necesarios para adaptar el tratamiento a las necesidades individuales de cada interno, cuyo programa podrá combinar, incluso, elementos de los diferentes grados de clasificación, en las condiciones establecidas en el artículo 100.2, que introduce el principio de flexibilidad.

Dentro de las formas especiales de ejecución se crean los Centros de Inserción Social y se regulan con detalle las unidades dependientes y las unidades extrapenitenciarias, como instrumentos para el tratamiento de colectivos específicos de reclusos que permiten utilizar los recursos extrapenitenciarios existentes en la sociedad a la que se encomienda su gestión por vía de las entidades colaboradoras (artículo 62).

El desarrollo de las unidades de madres y de los departamentos mixtos -estos últimos con carácter excepcional- extiende el principio constitucional de protección a la familia al ámbito penitenciario, para paliar, en lo posible, la desestructuración de los grupos familiares que tengan varios miembros en prisión y para proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión con sus madres, en consonancia con la reciente modificación del artículo 38 de la LOGP.

b) La utilización generalizada de los instrumentos de diseño y ejecución del tratamiento implica una mayor potenciación y diversificación de la oferta de actividades para evitar que dichos instrumentos queden vacíos de contenido, dinamizándose la vida de los centros penitenciarios que, sin perjuicio de sus funciones custodiales, se configuran como un auténtico servicio público dirigido a la resocialización de los reclusos.

c) Apertura de las prisiones a la sociedad -que formula crecientes demandas de participación y se implica, cada vez más, en la actividad penitenciaria- para potenciar la acción de la Administración con los recursos existentes en la sociedad y para fortalecer los vínculos entre los delincuentes y sus familias y la comunidad, en línea con las conclusiones de las Naciones Unidas en su reunión de Tokio de diciembre de 1990.

El Reglamento, no sólo contiene un variado elenco de contactos con el exterior (permisos de salida, comunicaciones especiales, potenciación del régimen abierto, tratamiento extrapenitenciario), sino que favorece decididamente la colaboración de entidades públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos.

d) En materia de régimen penitenciario, el Reglamento efectúa una redefinición del régimen cerrado (capítulo IV del Título III) estableciendo dos modalidades de vida: Departamentos especiales de control directo para los internos extremadamente peligrosos y módulos o centros de régimen cerrado para los reclusos manifiestamente inadaptados a los regímenes comunes, cuyo destino se efectúa mediante resolución motivada fundada en causas objetivas.

En cualquier caso, en ambas modalidades de vida se realizan actividades programadas para atender las necesidades de tratamiento e incentivar su adaptación al régimen ordinario y sus li-

mitaciones regimentales son menos severas que las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda, por entenderse que el régimen cerrado, aunque contribuye al mantenimiento de la seguridad y del buen orden regimental, no tiene naturaleza sancionadora, sino que se fundamenta en razones de clasificación penitenciaria en primer grado.

Por lo que se refiere al Estatuto jurídico de los reclusos, el Reglamento Penitenciario regula con amplitud sus derechos y deberes, así como su acceso a las prestaciones de las Administraciones públicas.

En esta materia, se ha procurado incorporar la mayoría de las recomendaciones del Consejo de Europa relativas a los reclusos extranjeros -que no pueden ser discriminados por razón de su nacionalidad- y a las actividades educativas y prestaciones sanitarias.

Destaca la nueva regulación de materias que afectan al derecho a la intimidad de los reclusos como la protección de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros penitenciarios y la recepción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre comunicaciones con los abogados defensores y sobre la forma de realizar los cacheos personales.

En materia disciplinaria, se han mantenido las faltas tipificadas en los artículos 108, 109 y 110 y las sanciones establecidas en el artículo 111, así como la determinación de los actos de indisciplina grave del primer párrafo del artículo 124, todos ellos del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto 787/1984, de 26 (sic) de marzo, por no haberse modificado la LOGP en estas materias. No obstante, se ha regulado detalladamente un procedimiento sancionador con las debidas garantías, en sintonía con la doctrina constitucional y con las observaciones formuladas por los Jueces de Vigilancia. Por otra parte, se especifican las manifestaciones del principio de oportunidad en materia disciplinaria mediante la regulación de los mecanismos de aplazamiento, suspensión de la efectividad y reducción o revocación de las sanciones impuestas.

En otro orden de cosas, se aborda la regulación pendiente de la relación laboral especial penitenciaria, dentro de la cual se encuadra exclusivamente el trabajo productivo por cuenta ajena de los internos por ser la única modalidad de trabajo penitenciario que posee las notas típicas de la relación laboral.

En cuanto al control de la actividad penitenciaria, destaca la intervención del Ministerio Fiscal en numerosas materias y una mayor comunicación con la Jurisdicción de Vigilancia.

III

En los aspectos estructurales, para mejorar la gestión el Reglamento regula los nuevos modelos del sistema prestacional de la Administración penitenciaria -con especial incidencia en la asistencia sanitaria- y de organización de los centros penitenciarios.

La Administración penitenciaria no puede hacer frente por sí sola a las múltiples prestaciones que una concepción integral de la salud implica, y, correspondiendo a los servicios de salud una responsabilidad global de asistencia sanitaria, es preciso articular cauces de colaboración basados en un principio de corresponsabilidad entre la Administración penitenciaria y las Administraciones sanitarias competentes, conforme al cual pueda hacerse efectivo el principio de universalización de la asistencia, garantizándose unos niveles óptimos de utilización de los recursos y el derecho efectivo a la protección de la salud de los internos, ajustado a una asistencia integrada, a la promoción y prevención, equidad y superación de las desigualdades.

En este sentido, en el capítulo I del Título IX se garantiza el derecho de los internos a una asistencia sanitaria orientada tanto a la prevención como a la curación y rehabilitación y se regula la corresponsabilidad de la Administración penitenciaria y de las Administraciones sanitarias, que se articulará mediante la formalización de los correspondientes convenios de colaboración que contemplen los protocolos, planes, procedimientos y responsabilidades financieras.

Con este mismo objetivo de optimizar la utilización de los recursos extrapenitenciarios, se reordenan la acción social y los servicios sociales penitenciarios, que se coordinan con las redes públicas de asistencia social de las Administraciones públicas.

Finalmente, el Título XI contiene el nuevo modelo organizativo de los centros penitenciarios, que sólo resulta aplicable a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria como derecho supletorio. Su finalidad básica consiste en racionalizar y desconcentrar las funciones que se realizan en los establecimientos penitenciarios (tratamiento, régimen, potestad disciplinaria y gestión económica) entre órganos colegiados especializados para adecuar la gestión a la nueva realidad de los establecimientos polivalentes y, en general, para dinamizar la gestión penitenciaria potenciando la participación de los empleados públicos.

En su virtud, en ejercicio de las competencias atribuidas en los artículos 97 y 149.1.6.^a de la Constitución, a propuesta del Ministro de Justicia e Interior, previo informe favorable del Consejo General del Poder Judicial, con la aprobación del Ministro para las Administraciones Públicas, de acuerdo con el Consejo de Estado y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 9 de febrero de 1996,

DISPONGO:

Artículo único. *Aprobación del Reglamento.* Se aprueba el Reglamento Penitenciario, en desarrollo y ejecución de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, cuyo texto se inserta a continuación.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. *Depósitos municipales de detenidos a disposición judicial.* 1. La Administración penitenciaria competente entregará a los Ayuntamientos de los municipios cabeza de partido judicial en que no exista establecimiento penitenciario, para gastos de alimentación y estancia de los detenidos y mantenimiento de las instalaciones, una cantidad por detenido y día, que se determinará por Orden del Ministro de Justicia e Interior o resolución autonómica equivalente.

2. Los Ayuntamientos rendirán cuentas mensualmente, a través de los centros penitenciarios ubicados en la capital de la provincia, al Ministerio de Justicia e Interior o al órgano correspondiente de la Comunidad Autónoma mediante certificación acreditativa del número por día de detenidos y presos a disposición judicial o penados a arresto de fin de semana, con expresión de sus circunstancias personales, expedida por el secretario de la corporación municipal o por el encargado del depósito, con el visto bueno del Alcalde. Con dicha certificación se acompañará necesariamente copia certificada de las órdenes de detención, prisión, traslado o libertad dictadas por las autoridades judiciales.

Véase la OM de 6 de marzo de 2000, por la que se establece la cantidad que la Administración penitenciaria debe abonar a los municipios que tienen depósito municipal de detenidos, para el mantenimiento del servicio de depósitos de detenidos y presos a disposición judicial o penados a arrestos de fin de semana (BOE 15 marzo).

Segunda. *Viviendas penitenciarias.* 1. Las viviendas, residencias y dependencias anejas de los distintos centros y establecimientos penitenciarios son bienes inmuebles de dominio público afectados al uso público de casa-habitación de los directivos, funcionarios y personal laboral de plantilla de instituciones penitenciarias con destino definitivo en los correspondientes centros penitenciarios, que estarán excluidas de arrendamiento conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

2. En razón de las necesidades de la Administración penitenciaria, estos bienes inmuebles demaniales podrán desafectarse por los procedimientos legalmente establecidos para su integra-

ción en el Patrimonio del Estado o de la Comunidad Autónoma correspondiente y su eventual enajenación, así como destinarse a un uso público distinto.

3. Los recursos derivados de los cánones de uso de las viviendas, residencias y dependencias destinadas a funcionarios y personal laboral de plantilla penitenciarios tendrán la naturaleza de ingresos públicos, que se ingresarán en el Tesoro Público para su posterior incorporación, mediante generaciones de crédito, a aquellos conceptos presupuestarios del Presupuesto de gastos de la Administración penitenciaria correspondiente que contribuyan al mejor cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria establecidos en el artículo 2 del Reglamento Penitenciario.

4. Por Orden del Ministro de Justicia e Interior o resolución autonómica equivalente se regularán los órganos gestores, los sistemas de adjudicación, las obligaciones y derechos de los usuarios y de la Administración penitenciaria, las causas de extinción de la cesión de uso y el procedimiento de desahucio administrativo para la ejecución forzosa de las resoluciones de desalojo.

Tercera. Condecoraciones penitenciarias. 1. Los empleados públicos destinados en el ámbito de la Administración penitenciaria podrán ser premiados, previo expediente instruido al efecto para acreditar los méritos contraídos, con las siguientes recompensas, que se anotarán en sus expedientes personales y se acreditarán mediante diploma expedido a nombre del interesado por la autoridad que las conceda:

a) Mención honorífica, por la realización de actuaciones relevantes en el desempeño de las tareas asignadas, así como por la satisfactoria prestación de servicios en instituciones penitenciarias durante períodos prolongados de tiempo.

La mención honorífica se concederá por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

b) Medalla de Oro al Mérito Penitenciario, por la realización de servicios en el ámbito penitenciario, relacionados o no con los cometidos del puesto de trabajo, que revistan una extraordinaria relevancia y denoten un alto espíritu de servicio.

Esta condecoración se otorgará por Orden del Ministro de Justicia e Interior y confiere a su titular el tratamiento de excelentísimo señor.

c) Medalla de Plata al Mérito Penitenciario, por la prestación de servicios de especial relevancia relacionados con la actividad penitenciaria de forma continuada que denoten superior iniciativa y dedicación.

d) Medalla de Bronce al Mérito Penitenciario, por la prestación de servicios relevantes relacionados con la actividad penitenciaria que denoten una especial iniciativa y dedicación sin que concurren los superiores merecimientos a que se refieren los párrafos a) y b).

Las condecoraciones de los párrafos c) y d) se otorgarán por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

2. Las instituciones, corporaciones, fundaciones, asociaciones y empresas, públicas o privadas, y, en su caso, los particulares, que se hayan distinguido en su colaboración con la Administración penitenciaria, en cualquiera de las manifestaciones de la actividad penitenciaria, podrán ser recompensadas con las siguientes condecoraciones, que se acreditarán mediante diploma expedido a nombre de la entidad o persona premiada por la autoridad que las conceda:

a) Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario, por la realización de servicios de extraordinaria relevancia, creación de entidades colaboradoras en la reinserción y resocialización de los reclusos o por el extraordinario apoyo prestado a la Administración penitenciaria en el desempeño de las funciones que tiene asignadas, así como por su contribución extraordinaria a la mejora de la actividad penitenciaria en cualquiera de sus manifestaciones.

La concesión de la Medalla de Oro al Mérito Social Penitenciario se efectuará por Orden del Ministro de Justicia e Interior.

b) Medalla de Plata al Mérito Social Penitenciario, por la realización de importantes servicios en el ámbito penitenciario, así como por su importante contribución a la mejora de la actividad penitenciaria en cualquiera de sus manifestaciones.

c) Medalla de Bronce al Mérito Social Penitenciario, cuando concurren méritos semejantes a los establecidos en los párrafos a) y b) sin los extraordinarios y especiales merecimientos que en las mismas se indican.

Las condecoraciones de los párrafos b) y c) se otorgarán por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

3. Por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios se convocará anualmente el Premio Nacional «Victoria Kent». En dicha resolución se determinarán las bases del Premio y se designará el jurado encargado de su concesión, que deberá valorar los méritos extraordinarios de las entidades o particulares que concurren al mismo en materia de defensa, en el ámbito penitenciario, de los derechos humanos o de las tareas de reinserción y resocialización de los reclusos de extraordinaria relevancia, así como en el fomento de la investigación multidisciplinar penitenciaria.

Cuarta. Disposiciones orgánicas. 1. En el ámbito de la Administración General del Estado, por centro directivo se entiende el órgano de la Administración penitenciaria con rango igual o superior a Dirección General que tenga atribuidas las competencias correspondientes.

2. El nivel de los órganos unipersonales regulados en el Reglamento Penitenciario será el que se determine en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

3. En la relación de puestos de trabajo de la Administración Penitenciaria General del Estado se creará el puesto de Coordinador Territorial, con el número de dotaciones, características y contenido que se determine en la misma.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera. Redención de penas por el trabajo y normas de derecho transitorio. 1. Continuarán aplicándose después de la fecha de entrada en vigor del Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto los artículos 65 a 73 del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, y las disposiciones complementarias dictadas hasta dicha fecha por la Administración penitenciaria correspondiente en materia de redención de penas por el trabajo, a los únicos efectos siguientes:

a) Para determinar la ley penal más favorable para el reo, conforme a lo establecido en las disposiciones transitorias primera, segunda, tercera y cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

b) Para el cumplimiento de las penas impuestas y que se ejecuten conforme al Código Penal que se deroga por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en aplicación de lo previsto en las citadas disposiciones transitorias de dicha Ley Orgánica.

2. Cuando en aplicación de las citadas disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, los Jueces o Tribunales no hubiesen acordado la revisión de la sentencia por considerar más favorable la liquidación efectuada conforme al Código Penal derogado y, como consecuencia de la pérdida por el interno del beneficio de la redención de penas por el trabajo, resulte que la pena que se está ejecutando pueda ser de duración superior a la que le correspondería por la citada Ley Orgánica 10/1995, el Director del centro penitenciario, de oficio o a solicitud del interno, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal.

3. En ningún caso resultarán aplicables las disposiciones sobre redención de penas por el trabajo a quienes se les apliquen las disposiciones de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

4. Cuando un penado deba cumplir dos o más penas privativas de libertad, unas de las cuales se deban ejecutar conforme a las normas del Código Penal derogado y otras con arreglo a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, comenzará el cumplimiento por las penas cuya ejecución deba regirse por el Código derogado, aplicándose, entre éstas, el criterio de prelación fijado en el artículo 70.1 del mismo.

Cumplidas todas éstas, se iniciará la ejecución de las penas impuestas o revisadas al amparo de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aplicándose entre las mismas el criterio de prelación del artículo 75 de dicho Cuerpo legal. En ningún caso resultará de aplicación a estas penas el beneficio de la redención de penas por el trabajo.

Fijado el orden de cumplimiento conforme a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores, el Director del centro lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia correspondiente a los efectos oportunos.

5. Para computar las tres cuartas partes de la condena u otros plazos con efectos legales, se aplicarán las siguientes reglas:

1.^a Se sumarán todas las penas de prisión, con independencia de que correspondan a uno u otro Código, de tal manera que la suma de las mismas será considerada como una sola pena. De la suma parcial de las penas cuya ejecución se rija por el Código derogado se rebajarán los días de redención concedidos al interno.

2.^a En los casos en que el interno esté condenado a varias penas, de las cuales unas se rijan por el Código derogado y otras por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y resultasen de aplicación las reglas penales de acumulación de condenas previstas en el artículo 70.2 del Código derogado o en el artículo 76.2 de la citada Ley Orgánica 10/1995, para la ejecución de la pena resultante se estará a lo que disponga el Juez o Tribunal, en orden al sometimiento de la ejecución a las normas de uno u otro Código.

Segunda. Adecuación de las normas de régimen interior. 1. En el plazo de tres meses, a partir de la fecha de entrada en vigor del Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto, los Consejos de Dirección de los centros penitenciarios procederán a adecuar las normas de régimen interior del centro correspondiente a los preceptos contenidos en el mismo, continuando en vigor las normas de régimen interior anteriores hasta que se produzca la indicada adecuación.

2. Las nuevas normas de régimen interior, una vez adecuadas por el Consejo de Dirección, se remitirán al centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente para su aprobación.

Tercera. Servicios, unidades y puestos de trabajo de los centros penitenciarios. El contenido de los artículos 277 a 324; 328 a 332 y 334 a 343 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, se mantendrá vigente, con rango de resolución del centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente, en lo que no se oponga a lo establecido en el Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto, hasta que por el centro directivo correspondiente se dicte la resolución que establezca la nueva regulación de la organización de los servicios y unidades de los centros penitenciarios, así como las funciones de cada uno de los puestos de trabajo de los mismos.

Cuarta. Refundición de circulares, instrucciones y órdenes de servicio. 1. Se procederá a la refundición, armonización y adecuación a lo dispuesto en el Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios antes de la entrada en vigor del mismo. Dichas circulares, instrucciones y órdenes de servicio conservarán su vigencia,

en lo que no se opongan a lo dispuesto en el citado Reglamento a partir de su entrada en vigor y hasta que se produzca la mencionada refundición, en cuyo momento se aplicarán íntegramente.

2. Las circulares, instrucciones y órdenes de servicio se publicarán de forma regular en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior o Boletín autonómico equivalente, conforme a lo dispuesto en el artículo 37.10 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Quinta. Régimen transitorio de los procedimientos. 1. Los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor del Reglamento Penitenciario, que se aprueba por este Real Decreto, se regirán por la normativa procedimental anterior, sin que les resulten de aplicación las normas procedimentales contenidas en el mismo.

2. En los supuestos de procedimientos disciplinarios penitenciarios iniciados antes de entrar en vigor el citado Reglamento en los que no se haya dictado la resolución de imposición de la sanción en el momento de su entrada en vigor, el órgano competente para imponerla podrá aplicar las normas contenidas en el capítulo II del Título X del mismo en cuanto resulten más favorables al infractor.

3. Los preceptos procedimentales contenidos en las normas de régimen interior y en las circulares, instrucciones y órdenes de servicio anteriores continuarán aplicándose, en lo que no se oponga a lo establecido en el citado Reglamento, hasta que se produzca la adecuación a que se refiere la disposición transitoria segunda y la refundición, armonización y adecuación indicadas en la disposición transitoria cuarta.

4. Los procedimientos iniciados después de la entrada en vigor del Reglamento Penitenciario aprobado por este Real Decreto, se regirán, en todo caso, por las normas procedimentales contenidas en el mismo y, en lo que no resulte incompatible con dichas normas, por las contenidas en las normas de régimen interior, circulares, instrucciones y órdenes de servicio anteriores, hasta que se produzca la adecuación, refundición y armonización a que se refieren las disposiciones transitorias segunda y cuarta.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Derogación normativa. 1. Quedan derogadas todas las normas de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el presente Real Decreto y en el Reglamento Penitenciario que se aprueba por el mismo.

2. Quedan derogadas expresamente las siguientes disposiciones:

a) Todos los preceptos del Reglamento de los Servicios de Prisiones, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956, declarados vigentes por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, sin perjuicio de lo establecido en la disposición transitoria primera.

b) El Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, así como el Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, que modificó el anterior, salvo los preceptos que se indican en el apartado siguiente.

c) El Real Decreto 2715/1986, de 12 de diciembre, sobre dotación de medios económicos a los municipios para el mantenimiento del Servicio de Depósito de Detenidos a Disposición Judicial,

d) El Real Decreto 319/1988, de 30 de marzo, sobre asistencia hospitalaria extrapenitenciaria a internos.

3. No obstante lo dispuesto en el párrafo b) del apartado anterior, se mantiene la vigencia de los artículos 108, 109, 110 y 111 y del primer párrafo del artículo 124 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en la redacción dada por el Real Decreto

787/1984, de 26 de marzo, relativos a las faltas o infracciones de los internos, a las sanciones disciplinarias y a los actos de indisciplina grave cuya sanción puede ser inmediatamente ejecutada.

DISPOSICIÓN FINAL ÚNICA

Desarrollo y entrada en vigor. 1. Se autoriza al Ministro de Justicia e Interior a dictar cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo del Reglamento Penitenciario que se aprueba por este Real Decreto sean necesarias, sin perjuicio de las habilitaciones específicas de desarrollo conferidas a la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios y al centro directivo correspondiente en otros preceptos del mismo.

Véase OM 13 marzo 1998, por la que se regula el carné de identificación profesional del personal de Instituciones Penitenciarias (BOE 24 marzo).

2. El presente Real Decreto y el Reglamento Penitenciario que aprueba, entrarán en vigor, previa completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado», el día 25 de mayo de 1996.

REGLAMENTO PENITENCIARIO

TÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

CAPÍTULO PRIMERO ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 1. *Ámbito objetivo y subjetivo de aplicación.* 1. El presente Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, regula la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como el régimen de los detenidos a disposición judicial y de los presos preventivos, siendo de aplicación directa en todo el territorio del Estado.

2. No obstante, en aquellas Comunidades Autónomas que ejerzan competencias de ejecución de la legislación penitenciaria estatal en virtud de su potestad de autoorganización, será de aplicación supletoria lo dispuesto en aquellos preceptos de los Títulos XI y XII que regulen cuestiones organizativas o relativas al régimen económico-administrativo de los establecimientos penitenciarios, así como aquellas disposiciones contenidas en otros Títulos que regulen aspectos de la misma naturaleza.

3. El presente Reglamento se aplicará con carácter supletorio a los establecimientos penitenciarios militares.

Artículo 2. *Fines de la actividad penitenciaria.* La actividad penitenciaria tiene como fin primordial la reeducación y reinserción social de los sentenciados a penas y medidas de seguridad privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados y la asistencia social de los internos, liberados y de sus familiares.

Artículo 3. *Principios.* 1. La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley.

2. Los derechos de los internos sólo podrán ser restringidos cuando lo dispongan las leyes.

3. Principio inspirador del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad será la consideración de que el interno es sujeto de derecho y no se halla excluido de la sociedad, sino que continúa formando parte de la misma. En consecuencia, la vida en prisión debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos nocivos del interna-

miento, favoreciendo los vínculos sociales, la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas y el acceso a las prestaciones públicas.

4. En cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas y culturales que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados.

5. Los órganos directivos de la Administración penitenciaria podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante circulares, instrucciones y órdenes de servicio.

CAPÍTULO II DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS INTERNOS

Artículo 4. Derechos. 1. La actividad penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad de los internos y los derechos e intereses legítimos de los mismos no afectados por la condena, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

2. En consecuencia, los internos tendrán los siguientes derechos:

a) Derecho a que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a torturas, a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas.

b) Derecho a que se preserve su dignidad, así como su intimidad, sin perjuicio de las medidas exigidas por la ordenada vida en prisión. En este sentido, tienen derecho a ser designados por su propio nombre y a que su condición sea reservada frente a terceros.

c) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, salvo cuando fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

d) Derecho de los penados al tratamiento penitenciario y a las medidas que se les programen con el fin de asegurar el éxito del mismo.

e) Derecho a las relaciones con el exterior previstas en la legislación.

f) Derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria.

g) Derecho a acceder y disfrutar de las prestaciones públicas que pudieran corresponderles.

h) Derecho a los beneficios penitenciarios previstos en la legislación.

i) Derecho a participar en las actividades del centro.

j) Derecho a formular peticiones y quejas ante las autoridades penitenciarias, judiciales, Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal, así como a dirigirse a las autoridades competentes y a utilizar los medios de defensa de sus derechos e intereses legítimos a que se refiere el capítulo V del Título II de este Reglamento.

k) Derecho a recibir información personal y actualizada de su situación procesal y penitenciaria.

Artículo 5. Deberes. 1. El interno se incorpora a una comunidad que le vincula de forma especialmente estrecha, por lo que se le podrá exigir una colaboración activa y un comportamiento solidario en el cumplimiento de sus obligaciones.

2. En consecuencia, el interno deberá:

a) Permanecer en el establecimiento hasta el momento de su liberación, a disposición de la autoridad judicial o para cumplir las condenas de privación de libertad que se le impongan.

b) Acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciba del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones.

c) Colaborar activamente en la consecución de una convivencia ordenada dentro del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia las autoridades, los funcionarios, trabaja-

dores, colaboradores de instituciones penitenciarias, reclusos y demás personas, tanto dentro como fuera del establecimiento cuando hubiese salido del mismo por causa justificada.

d) Utilizar adecuadamente los medios materiales que se pongan a su disposición y las instalaciones del establecimiento.

e) Observar una adecuada higiene y aseo personal, corrección en el vestir y acatar las medidas higiénicas y sanitarias establecidas a estos efectos.

f) Realizar las prestaciones personales obligatorias impuestas por la Administración penitenciaria para el buen orden y limpieza de los establecimientos.

g) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad.

CAPÍTULO III PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL DE LOS FICHEROS PENITENCIARIOS

Artículo 6. *Limitación del uso de la informática penitenciaria.* 1. Ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno.

2. La recogida, tratamiento automatizado y cesión de los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuará de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y sus normas de desarrollo.

3. Las autoridades penitenciarias responsables de los ficheros informáticos penitenciarios adoptarán las medidas de índole técnica y organizativa necesarias para garantizar la seguridad de los datos de carácter personal en ellos contenidos, así como para evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, y estarán obligadas, junto con quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento automatizado de este tipo de datos, a guardar secreto profesional sobre los mismos, incluso después de que haya finalizado su relación con la Administración penitenciaria.

Artículo 7. *Recogida y cesión de datos de carácter personal de los internos.* 1. Cuando los datos de carácter personal de los reclusos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de la Administración penitenciaria no será preciso el consentimiento del interno afectado, salvo en los relativos a su ideología, religión o creencias.

2. Tampoco será preciso el consentimiento del recluso afectado para ceder a otras Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, los datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten necesarios para que éstas puedan ejercer sus funciones respecto de los internos en materia de reclutamiento para la prestación del servicio militar, servicios sociales, Seguridad Social, custodia de menores u otras análogas.

3. También se podrán ceder datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios sin previo consentimiento del afectado cuando la cesión tenga por destinatarios al Defensor del Pueblo o institución análoga de las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias ejecutivas en materia penitenciaria, al Ministerio Fiscal o a los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas, así como cuando se trate de cesión de datos de carácter personal relativos a la salud de los reclusos por motivos de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos.

4. Las transferencias internacionales de datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios se efectuarán en los supuestos de prestación de auxilio judicial internacional, de acuerdo con lo establecido en los tratados o convenios en los que sea parte España.

Artículo 8. *Datos penitenciarios especialmente protegidos.* 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los datos de carácter personal de los reclusos relativos a opiniones políticas, a convicciones religiosas o filosóficas, al origen racial y étnico, a la salud o a la vida sexual, que hayan sido recabados para formular los modelos individualizados de ejecución o los programas de tratamiento penitenciarios, sólo podrán ser cedidos o difundidos a otras personas con el consentimiento expreso y por escrito del recluso afectado o cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley.

2. Cuando se soliciten de la Administración Penitenciaria este tipo de datos especialmente protegidos por medio de representante del recluso, deberá exigirse, en todo caso, poder especial y bastante otorgado por el mismo en el que conste expresamente su consentimiento para que su representante pueda tener acceso a dichos datos personales del recluso.

Artículo 9. *Rectificación y conservación de los datos.* 1. Los reclusos podrán solicitar de la Administración penitenciaria la rectificación de sus datos de carácter personal contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios que resulten inexactos o incompletos. De la rectificación efectuada se informará al interesado en el plazo máximo de dos meses desde su solicitud, así como al cesionario o cesionarios, en el supuesto de que los datos incorrectos hubiesen sido objeto de cesión previa.

2. Los datos de carácter personal de los reclusos contenidos en los ficheros informáticos penitenciarios no serán cancelados cuando, ponderados los intereses en presencia, concurren razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros, así como cuando posean un valor intrínseco de carácter histórico y estadístico a efectos de investigación.

CAPÍTULO IV ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS

Artículo 10. *Concepto.* 1. A efectos de este Reglamento, por establecimiento o centro se entiende una entidad arquitectónica, administrativa y funcional con organización propia.

2. Los establecimientos estarán formados por unidades, módulos y departamentos que faciliten la distribución y separación de los internos.

Artículo 11. *Dependencias y servicios.* 1. Los establecimientos penitenciarios contarán con el conjunto de dependencias y servicios que se consideren necesarios para permitir una convivencia ordenada y una adecuada separación de los internos, respetando en todo caso lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Igualmente, contarán con locales adecuados para el desarrollo de las distintas actividades encomendadas al personal penitenciario del establecimiento.

Artículo 12. *Establecimientos polivalentes.* 1. Se entiende por establecimiento polivalente aquél que cumple los diversos fines previstos en los artículos 7 a 11 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. En los establecimientos polivalentes se deberá cuidar de que cada uno de los departamentos, módulos o unidades que los integren tengan garantizados, en igualdad de condiciones, los servicios generales y las prestaciones adecuadas a los fines específicos a que vengán destinados y a los generales del sistema penitenciario, y, en especial, el de la separación entre penados y preventivos.

Artículo 13. *El principio celular.* 1. El sistema penitenciario estará orientado por el principio celular, de manera que cada interno disponga de una celda, salvo que sus dimensiones y condiciones de habitabilidad permitan, preservando la intimidad, alojar a más de una persona, en cuyo

caso se podrá autorizar compartir celda a petición del interno, siempre que no existan razones de tratamiento, médicas, de orden o seguridad que lo desaconsejen.

2. Temporalmente, cuando la población penitenciaria supere el número de plazas individuales disponibles, se podrá albergar a más de un interno por celda.

3. En los establecimientos especiales y de régimen abierto podrán existir dormitorios colectivos, previa selección adecuada de los internos que los ocupen.

Artículo 14. Habitabilidad. 1. Las celdas y dormitorios colectivos deben contar con el espacio, luz, ventilación natural y mobiliario suficientes para hacerlos habitables, así como de servicios higiénicos.

2. Todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y uso personal y de un lugar adecuado para guardar sus pertenencias, aunque se encuentre compartiendo celda con otros.

3. La Administración velará para que en la distribución de los espacios y en la ornamentación de los edificios se cumplan los criterios generales de habitabilidad y comodidad.

TÍTULO II

De la organización general

CAPÍTULO PRIMERO

DEL INGRESO EN UN ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO

Artículo 15. Ingreso. 1. El ingreso de una persona en prisión en calidad de detenido, preso o penado se efectuará mediante orden judicial de detención, mandamiento de prisión o sentencia firme de la autoridad judicial competente, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. En el supuesto de que la orden de detención proceda de la Policía Judicial, en la misma deberán constar expresamente los siguientes extremos:

- a) Datos identificativos del detenido.
- b) Delito imputado.
- c) Que se halla a disposición judicial.
- d) Hora y día de vencimiento del plazo máximo de detención.

La Dirección del centro podrá denegar motivadamente el ingreso cuando en la orden de detención que se entregue no consten expresamente los citados extremos.

3. Cuando la detención hubiese sido acordada por el Ministerio Fiscal, en la orden constarán los datos de identificación de las diligencias de investigación y el momento de vencimiento del plazo máximo de detención.

4. En los supuestos a que se refieren los dos apartados anteriores, admitido el ingreso, la Dirección del centro procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 23.

5. Los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión. A tal fin, en el momento del ingreso, incluido el voluntario a que se refiere el artículo siguiente, se les informará de forma comprensible, a ser posible en su propio idioma, de este derecho, recabando por escrito su autorización para proceder, en su caso, a tal comunicación.

6. Una vez admitido un recluso dentro de un establecimiento, se procurará que el procedimiento de ingreso se lleve a cabo con la máxima intimidad posible, a fin de reducir los efectos negativos que pueden originar los primeros momentos en una prisión.

Artículo 16. Presentación voluntaria en un centro penitenciario. 1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ser admitido en un establecimiento penitenciario quien se presente voluntariamente.

2. En todo caso, la presentación voluntaria del interno se hará constar expresamente en su expediente penitenciario personal, debiéndose facilitar a éste certificación acreditativa de tal extremo, si lo solicitara.

3. En los casos de ingresos voluntarios, el Director del centro recabará del Juez o Tribunal, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso, el correspondiente mandamiento, así como, en su caso, el testimonio de sentencia y liquidación de condena. Cuando se trate de internos evadidos que decidiesen voluntariamente reingresar en un establecimiento distinto del originario, se solicitará del establecimiento del que se hubiesen evadido los datos necesarios de su expediente personal, sin perjuicio de lo que se determine en torno a su destino o traslado.

4. Si, transcurrido el plazo de las setenta y dos horas siguientes al ingreso, no se hubiese recibido en el centro la documentación que legalice el mismo, se procederá a la excarcelación del ingresado.

Artículo 17. Internas con hijos menores. 1. La Dirección del establecimiento admitirá a los hijos menores de tres años que acompañen a sus madres en el momento del ingreso. Cuando éstas soliciten mantenerlos en su compañía dentro de la prisión, deberá acreditarse debidamente la filiación y que dicha situación no entraña riesgo para los menores, poniendo en conocimiento del Ministerio Fiscal la decisión adoptada a los efectos oportunos.

2. Las internas que tuviesen en el exterior hijos menores de tres años bajo su patria potestad podrán solicitar del Consejo de Dirección autorización para que éstos permanezcan en su compañía en el interior del centro penitenciario, que se concederá siempre que se acredite debidamente la filiación y que tal situación no entraña riesgo para los menores. A tal fin, se recabará la opinión del Ministerio Fiscal, a quien se le notificará la decisión adoptada.

3. Admitido el ingreso de los niños en prisión, deberán ser reconocidos por el Médico del establecimiento y, si éste no dispusiese otra cosa, pasarán a ocupar con sus madres la habitación que se les asigne dentro de la unidad de madres.

4. En los posibles conflictos que surjan entre los derechos del niño y los de la madre originados por el internamiento en un establecimiento Penitenciario, deben primar los derechos de aquél, que, en todo caso, deben quedar debidamente preservados en el modelo individualizado de intervención penitenciaria que se diseñe para la madre.

5. La Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de unidades de madres, que contarán con local habilitado para guardería infantil y estarán separadas arquitectónicamente del resto de los departamentos, a fin de facilitar las especificidades regiminales, médico-sanitarias y de salidas que la presencia de los menores en el centro hiciesen necesarias.

6. La Administración Penitenciaria fomentará la colaboración y participación de las instituciones públicas y privadas de asistencia al menor en las unidades de madres o en las unidades dependientes creadas al efecto para internas clasificadas en tercer grado que tengan en su compañía hijos menores de tres años. A tal fin, celebrará los convenios precisos para potenciar al máximo el desarrollo de la relación materno-filial y de la formación de la personalidad de los niños.

Artículo 18. Identificación. 1. Admitido en el establecimiento un recluso, se procederá a verificar su identidad personal, efectuando la reseña alfabética, dactilar y fotográfica, así como a la inscripción en el libro de ingresos y la apertura de un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria de la que tendrá derecho a ser informado. Igualmente, se procederá al

cacheo de su persona y al registro de sus efectos, retirándose los enseres y objetos no autorizados.

2. En el momento del ingreso se adoptarán las medidas de higiene personal necesarias, entregándose al recluso las prendas de vestir adecuadas que precise, firmando el mismo su recepción.

Artículo 19. Incomunicación. 1. Si en la orden o mandamiento de ingreso se dispusiera la incomunicación del detenido o preso, una vez cumplimentado lo establecido en el artículo anterior, pasará a ocupar una celda individual en el departamento que el Director disponga y será reconocido por el Médico y atendido exclusivamente por los funcionarios encargados de aquél. Únicamente podrá comunicar con las personas que tengan expresa autorización del Juez.

2. Cuando la orden de incomunicación no especifique nada al respecto, el Director del establecimiento penitenciario recabará la autorización del Juez de Instrucción para que el interno incomunicado pueda disponer de aparatos de radio o televisión, prensa escrita o recibir correspondencia.

3. Mientras permanezca en situación de incomunicación, el Director del establecimiento adoptará las medidas necesarias para dar cumplimiento a las normas contenidas en las Leyes procesales.

4. Una vez levantada judicialmente la incomunicación a que se refieren los apartados anteriores, se llevará a cabo lo establecido en el artículo siguiente.

Artículo 20. Modelos de intervención y programas de tratamiento. 1. Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible. Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiera otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda. Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento, de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención.

2. Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación.

3. La estancia de preventivos o penados en el departamento de ingresos será, como máximo, de cinco días y sólo podrá prolongarse por motivos de orden sanitario o para preservar su seguridad. De la prolongación se dará cuenta al Juez de Vigilancia correspondiente.

Artículo 21. Información. Al ingresar, el interno debe ser informado de sus derechos y de sus obligaciones, así como de los procedimientos para hacerlos efectivos, en los términos establecidos en el capítulo V de este Título.

CAPÍTULO II DE LA LIBERTAD Y EXCARCELACIÓN

SECCIÓN 1

De los detenidos y presos

Artículo 22. Libertad. 1. La libertad de los detenidos y presos sólo podrá ser acordada por mandamiento de la autoridad competente librado al Director del establecimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

2. Recibido en el centro el mandamiento de libertad, el Director o quien reglamentariamente le sustituya dará orden escrita y firmada al Jefe de Servicios para que sea cumplimentada por funcionarios a sus órdenes.

3. Antes de que el Director extienda la orden de libertad a que se refiere el apartado anterior, el funcionario encargado de la Oficina de Régimen procederá a realizar una completa revisión del expediente personal del interno, a fin de comprobar que procede su libertad por no estar sujeto a otras responsabilidades.

4. El funcionario encargado del servicio o, en su defecto, el que designe el Jefe de Servicios procederá a realizar la identificación de quien haya de ser liberado, cotejando las huellas dactilares y comprobando los datos de filiación, y le acompañará, posteriormente, hasta la salida del centro penitenciario.

5. En el expediente personal del detenido o preso se extenderá la oportuna diligencia del mandamiento de libertad, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de la misma a la autoridad judicial de que dependa el interno.

Artículo 23. Excarcelación de detenidos. 1. Cuando no se hubiere recibido orden o mandamiento de libertad o de prisión expedido por la autoridad competente, los detenidos serán excarcelados por el Director del establecimiento o quien reglamentariamente le sustituya, al vencimiento del plazo máximo de detención o transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso.

2. En los supuestos a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 15 de este Reglamento, el Director del establecimiento o quien haga sus veces comunicará el ingreso, por el medio más rápido disponible que deje constancia de la recepción de la comunicación, a la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el detenido, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su ingreso.

3. Remitida la comunicación a que se refiere el apartado anterior, si en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su ingreso o desde su detención no se hubiese recibido orden o mandamiento judicial, se procederá a excarcelar al interno, comunicándolo por el mismo medio a la autoridad que ordenó el ingreso y a la autoridad judicial a cuya disposición hubiese sido puesto.

SECCIÓN 2

De los penados

Artículo 24. Libertad. 1. Para poder proceder a la liberación de los condenados a penas privativas de libertad será necesaria la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o del expediente de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.

2. Con una antelación mínima de dos meses al cumplimiento de la condena, el Director del establecimiento formulará al Tribunal sentenciador una propuesta de libertad definitiva para el día en que el penado deje previsiblemente extinguida su condena, con arreglo a la liquidación practicada en la sentencia.

3. Si quince días antes de la fecha propuesta para la libertad definitiva no se hubiese recibido respuesta, el Director del establecimiento reiterará la propuesta al Tribunal sentenciador, significándole que, de no recibirse orden expresa en contrario, se procederá a liberar al recluso en la fecha propuesta.

4. Las propuestas de libertad definitiva de los liberados condicionales se formularán por el Director del centro a que estén adscritos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los apartados anteriores.

5. En el expediente personal del penado se extenderá la oportuna diligencia de libertad definitiva, tanto si la liberación tiene lugar en el centro como si la última parte de la condena se ha cumplido en situación de libertad condicional, expidiéndose y remitiéndose certificaciones de libertad definitiva al Tribunal sentenciador y al Juez de Vigilancia.

Artículo 25. *Libertad por aplicación de medidas de gracia.* Cuando la liberación definitiva de los penados se produzca por aplicación de medidas de gracia, el Director del centro se abstendrá, en todo caso, de poner en libertad a los penados sin haber recibido orden o mandamiento por escrito del Tribunal sentenciador.

Artículo 26. *Penados extranjeros sometidos a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena.* En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el artículo 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente.

Artículo 27. *Sustitución de penas impuestas a extranjeros por medidas de expulsión.* También se notificará al Ministerio Fiscal la fecha previsible de extinción de la condena en los supuestos legales de sustitución de la pena por medida de expulsión del territorio nacional y, en todo caso, cuando se trate de penados extranjeros que extingan condenas inferiores a seis años de privación de libertad.

Artículo 28. *Ejecución de la orden de libertad por la Oficina de Régimen.* 1. Una vez recibida la orden de libertad definitiva o condicional, se cumplimentará en la misma forma, en lo que atañe a la Oficina de Régimen, que la establecida para los detenidos y presos en el artículo 22.3.

2. Comprobado por la Oficina de Régimen que el penado no está sujeto a otras responsabilidades, se procederá como se indica en el artículo 22.4 para detenidos y presos.

Artículo 29. *Retención de penados con otras responsabilidades pendientes.* 1. Los Directores de los establecimientos retendrán a los penados que, habiendo extinguido una condena, tengan alguna otra pendiente de cumplimiento, informando a aquéllos de la causa de la retención.

2. Cuando la retención lo sea por tener pendiente otra causa en que se haya decretado prisión provisional, el Director lo comunicará a la autoridad judicial competente y al centro directivo para el traslado que, en su caso, proceda.

SECCIÓN 3

Certificación y ayudas a la excarcelación

Artículo 30. *Certificación y ayudas.* 1. En el momento de la excarcelación de detenidos, presos o penados, se expedirá y entregará al liberado certificación acreditativa del tiempo que estuvo privado de libertad o de la situación de libertad condicional en su caso, así como, si lo

solicita el interno o debe proseguir su tratamiento médico, informe sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica. En dicho informe médico no constará referencia alguna que indique que ha sido expedido en un centro penitenciario.

2. Si el interno careciese de medios económicos, la Administración penitenciaria le facilitará los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

CAPÍTULO III CONDUCCIONES Y TRASLADOS

SECCIÓN 1 *Competencias*

Artículo 31. *Competencia para ordenar traslados y desplazamientos.* 1. Conforme a lo establecido en el artículo 79 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el centro directivo tiene competencia exclusiva para decidir, con carácter ordinario o extraordinario, la clasificación y destino de los reclusos en los distintos establecimientos penitenciarios, sin perjuicio de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia en materia de clasificación por vía de recurso.

2. Dicho centro directivo ordenará los traslados correspondientes en base a las propuestas formuladas al efecto por las Juntas de Tratamiento o, en su caso, por el Director o el Consejo de Dirección, así como los desplazamientos de los detenidos y presos que le sean requeridos por las autoridades competentes.

3. Los traslados se notificarán, si se trata de penados, al Juez de Vigilancia, y, si se trata de detenidos y presos a las autoridades a cuya disposición se encuentren.

Artículo 32. *Competencia para realizar las conducciones.* Las órdenes de conducción de los reclusos, dictadas por el centro directivo, se llevarán a cabo por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que tengan a su cargo este cometido, sin perjuicio, en su caso, de las competencias de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas.

SECCIÓN 2 *Cumplimiento de las órdenes de autoridades judiciales y gubernativas*

Artículo 33. *Desplazamientos de internos.* 1. Las salidas de los internos para la práctica de diligencias o para la celebración de juicio oral se hará previa orden de la autoridad judicial dirigida al Director del establecimiento.

2. Las autoridades judiciales o gubernativas recabarán del centro directivo, con una antelación mínima de treinta días, la conducción oportuna del interno, cuando estuviere recluso en el centro penitenciario ubicado en otra provincia, y del Director del establecimiento, si se trata de una misma provincia o localidad.

3. Recibida la comunicación a que hace referencia el apartado 2, el centro directivo o el Director del centro en su caso, recabarán la realización de la conducción del órgano correspondiente.

4. Una vez asistido a juicio o celebrada la diligencia judicial, el Director del establecimiento propondrá el traslado del interno al lugar de procedencia, salvo que tuviese conocimiento de la existencia de otros señalamientos pendientes o fuese preceptiva su clasificación siendo previsible su destino al propio centro.

Artículo 34. *Desplazamientos de penados.* En el caso de que una autoridad judicial interese el traslado de un penado que no esté a su disposición para la práctica de diligencias, la Dirección del establecimiento lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

SECCIÓN 3

Desplazamientos a hospitales no penitenciarios

Artículo 35. *Consulta o ingreso en hospitales no penitenciarios.* 1. La salida de internos para consulta o ingreso, en su caso, en centros hospitalarios no penitenciarios será acordada por el centro directivo.

2. Acordada la conducción, el Director del establecimiento solicitará al Gobernador civil o, en su caso, órgano autonómico competente, la fuerza pública que deba realizar la conducción y encargarse de la posterior custodia del interno en el centro hospitalario no penitenciario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 155.4.

3. En caso de urgencia, según dictamen médico, el Director procederá a la conducción e ingreso en el centro hospitalario, dando cuenta seguidamente al centro directivo.

SECCIÓN 4

Medios y forma de la conducción

Artículo 36. *Forma y medios.* 1. Los desplazamientos de detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respete su dignidad y derechos y se garantice la seguridad de su conducción.

2. Se llevarán a cabo por el medio de transporte más idóneo, generalmente por carretera, en vehículos adecuados y bajo custodia de la fuerza pública.

3. Excepcionalmente y sólo en casos de urgencia o necesidad perentoria, podrá disponerse el traslado de internos a cargo de los funcionarios de instituciones penitenciarias que el Director del establecimiento designe entre los que se hallen de servicio.

4. Cuando se trate de traslados en ambulancia, ya sea para ingreso en un hospital o por traslado a otro establecimiento, el interno irá acompañado, en su caso, del personal sanitario penitenciario necesario que el Director designe.

Artículo 37. *Supuestos especiales.* 1. Los penados clasificados en tercer grado y los clasificados en segundo grado que disfruten de permisos ordinarios, podrán realizar, previa autorización del centro directivo, los desplazamientos por sus propios medios sin vigilancia. Cuando se trate de comparecencias ante órganos judiciales, se recabará la autorización del Juzgado o Tribunal requirente. En estos casos, la Administración podrá facilitar a los internos los billetes en el medio de transporte adecuado.

2. Los niños serán entregados a los familiares que estén en el exterior para que se encarguen de su traslado y, de no ser posible, viajarán junto con sus madres en vehículos idóneos y estarán acompañados por personal o colaboradores de instituciones penitenciarias. En cualquier caso, se procurará no herir la sensibilidad de los menores.

Artículo 38. *Entrega a la fuerza pública.* 1. La entrega de los internos a los efectivos de las Fuerzas de Seguridad se hará mediante acta suscrita por el Jefe de la escolta, en la que se indicará la hora de salida y una referencia a la orden que disponga la conducción, indicando, cuando se estime preciso, el grado de peligrosidad del interno, de lo que también se dará cuenta, si fuera necesario, a la autoridad que hubiese recabado la conducción.

2. El Jefe de la fuerza conductora, al hacerse cargo de los internos para su traslado a otro centro penitenciario, lo hará también mediante recibo de sus expedientes personales y equipajes, que entregará, con las mismas formalidades, en el establecimiento de destino.

3. El establecimiento de origen proporcionará a los internos conducidos racionado en frío.

4. Por el centro de origen se acompañará el expediente médico del interno haciendo constar, en su caso, la atención sanitaria que deba recibir.

SECCIÓN 5

Tránsitos e incidencias

Artículo 39. Tránsitos. 1. Cuando los conducidos tengan que pernoctar, en condición de tránsitos en un centro penitenciario, serán alojados, siempre que sea posible, en celdas o dependencias destinadas al efecto, con separación del resto de la población reclusa.

2. De igual modo, cuando por causa de fuerza mayor no pudiera la conducción llegar a su destino, el Jefe de la fuerza conductora podrá instar, mediante petición escrita, la admisión de los reclusos en el centro penitenciario más próximo, cuyo Director dará cuenta de dicha circunstancia al centro directivo y a la autoridad judicial que recabó el traslado del recluso.

Artículo 40. Incidencias. 1. Si por razón de enfermedad del interno u otra causa justificada no pudiera hacerse cargo del mismo la fuerza conductora, ni hubiera sido factible avisar de la incidencia con antelación suficiente, se hará entrega de escrito justificativo al Jefe de la fuerza por parte del establecimiento, dándose cuenta seguidamente en la forma expresada en el artículo anterior.

2. Desaparecida la causa que motivó la demora, el Director del centro realizará las gestiones precisas para que se lleve a cabo la conducción suspendida.

CAPÍTULO IV

RELACIONES CON EL EXTERIOR

SECCIÓN 1

Comunicaciones y visitas

Artículo 41. Reglas generales. 1. Los internos tienen derecho a comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés del tratamiento y del buen orden del establecimiento.

3. Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y abogado su ingreso en un centro penitenciario, así como su traslado a otro establecimiento en el momento del ingreso.

4. Las comunicaciones ordinarias y extraordinarias que se efectúen durante las visitas que reciba el interno, se anotarán en un libro de registro, en el que se hará constar el día y hora de la comunicación, el nombre del interno, y el nombre, domicilio y reseña del documento oficial de identidad de los visitantes, así como la relación de éstos con el interno.

5. Las visitas de los familiares al interno enfermo se regularán por lo dispuesto en los artículos 216 y 217 de este Reglamento.

6. Además de las comunicaciones ordinarias señaladas en el horario de este servicio, se podrán conceder otras de carácter extraordinario como recompensa y por urgentes e importantes motivos debidamente justificados en cada caso.

7. Las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se aplicarán, en igualdad de condiciones con los nacionales, las reglas generales establecidas en este artículo.

Artículo 42. Comunicaciones orales. Las comunicaciones orales de los internos se ajustarán a las siguientes normas:

1.^a El Consejo de Dirección fijará, preferentemente durante los fines de semana, los días en que puedan comunicar los internos, de manera que tengan, como mínimo, dos comunicaciones a la semana, y cuantas permita el horario de trabajo los penados clasificados en tercer grado.

2.^a El horario destinado a este servicio será suficiente para permitir una comunicación de veinte minutos de duración como mínimo, no pudiendo comunicar más de cuatro personas simultáneamente con el mismo interno.

3.^a Si las circunstancias del establecimiento lo permitieran, se podrá autorizar a los internos a que acumulen en una sola visita semanal el tiempo que hubiera correspondido normalmente a dos de dichas visitas.

4.^a Las dificultades en los desplazamientos de los familiares se tendrán en cuenta en la organización de las visitas.

5.^a Los familiares deberán acreditar el parentesco con los internos y los visitantes que no sean familiares habrán de obtener autorización del Director del establecimiento para poder comunicar.

Artículo 43. Restricciones e intervenciones. 1. Cuando, a tenor de lo establecido en el artículo 51 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las comunicaciones orales deban ser restringidas en cuanto a las personas, intervenidas o denegadas, el Director del establecimiento, con informe previo de la Junta de Tratamiento si la restricción, intervención o denegación se fundamenta en el tratamiento, lo acordará así en resolución motivada, que se notificará al interno, dando cuenta al Juez de Vigilancia en el caso de penados o a la autoridad judicial de la que dependa si se trata de detenidos o presos.

2. En los casos de intervención, los comunicantes que no vayan a expresarse en castellano o en la lengua cooficial de la respectiva Comunidad Autónoma, advertirán de ello con anterioridad al Director del centro, que adoptará las medidas oportunas para que la comunicación pueda interverse adecuadamente.

Artículo 44. Suspensión de comunicaciones orales. 1. El Jefe de Servicios podrá ordenar la suspensión de las comunicaciones orales, por propia iniciativa o a propuesta del funcionario encargado del servicio, en los siguientes casos:

a) Cuando existan razones fundadas para creer que los comunicantes puedan estar preparando alguna actuación delictiva o que atente contra la convivencia o la seguridad del establecimiento, o que estén propagando noticias falsas que perjudiquen o puedan perjudicar gravemente a la seguridad o al buen orden del establecimiento.

b) Cuando los comunicantes no observen un comportamiento correcto.

2. El Jefe de Servicios dará cuenta inmediata de la suspensión al Director del centro y éste, a su vez, si ratifica la medida en resolución motivada, deberá dar cuenta al Juez de Vigilancia en el mismo día o al día siguiente.

Artículo 45. Comunicaciones íntimas, familiares y de convivencia. 1. Todos los establecimientos penitenciarios dispondrán de locales especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados de aquellos internos que no disfruten de permisos ordinarios de salida.

2. Los Consejos de Dirección establecerán los horarios de celebración de estas visitas.

3. Los familiares o allegados que acudan a visitar a los internos en las comunicaciones previstas en este artículo no podrán ser portadores de bolsos o paquetes, ni llevar consigo a menores cuando se trate de comunicaciones íntimas.

4. Previa solicitud del interno, se concederá una comunicación íntima al mes como mínimo, cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una, salvo que razones de orden o de seguridad del establecimiento lo impidan.

5. Previa solicitud del interesado, se concederá, una vez al mes como mínimo, una comunicación con sus familiares y allegados, que se celebrará en locales adecuados y cuya duración no será superior a tres horas ni inferior a una.

6. Se concederán, previa solicitud del interesado, visitas de convivencia a los internos con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años de edad. Estas comunicaciones, que serán compatibles con las previstas en el artículo 42 y en los apartados 4 y 5 de este artículo, se celebrarán en locales o recintos adecuados y su duración máxima será de seis horas.

7. En las comunicaciones previstas en los apartados anteriores se respetará al máximo la intimidad de los comunicantes. Los cacheos con desnudo integral de los visitantes únicamente podrán llevarse a cabo por las razones y en la forma establecidas en el artículo 68 debidamente motivadas. En caso de que el visitante se niegue a realizar el cacheo, la comunicación no se llevará a cabo, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse por si los hechos pudieran ser constitutivos de delito.

Artículo 46. Comunicaciones escritas. La correspondencia de los internos se ajustará a las siguientes normas:

1.^a No se establecerán limitaciones en cuanto al número de cartas o telegramas que puedan recibir y remitir los internos, salvo cuando hayan de ser intervenidas por las mismas razones que las comunicaciones orales. En este caso, el número de las que puedan escribir semanalmente será el indicado en la norma 1.^a del artículo 42.

2.^a Toda la correspondencia que los internos expidan, salvo en los supuestos de intervención, se depositará en sobre cerrado donde conste siempre el nombre y apellidos del remitente y se registrará en el libro correspondiente.

3.^a Las cartas que expidan los internos cuyo peso o volumen excedan de lo normal y que induzcan a sospecha podrán ser devueltas al remitente por el funcionario encargado del registro para que en su presencia sean introducidas en otro sobre, que será facilitado por la Administración. En la misma forma se procederá cuando existan dudas respecto a la identidad del remitente.

4.^a La correspondencia que reciban los internos, después de ser registrada en el libro correspondiente, será entregada a los destinatarios por el funcionario encargado de este servicio o por el de la dependencia donde se encuentre el interno, previa apertura por el funcionario en presencia del destinatario a fin de comprobar que no contiene objetos prohibidos.

5.^a En los casos en que, por razones de seguridad, del buen orden del establecimiento o del interés del tratamiento, el Director acuerde la Intervención de las comunicaciones escritas, esta decisión se comunicará a los internos afectados y también a la autoridad judicial de que dependa si se trata de detenidos o presos, o al Juez de Vigilancia si se trata de penados. Cuando el idioma utilizado no pueda ser traducido en el establecimiento, se remitirá el escrito al centro directivo para su traducción y curso posterior.

6.^a Las comunicaciones escritas entre los internos y su Abogado defensor o Procurador sólo podrán ser intervenidas por orden de la autoridad judicial.

No obstante, cuando los internos tengan intervenidas las comunicaciones ordinarias y se dirijan por escrito a alguna persona manifestando que es su Abogado defensor o Procurador, dicha co-

responsabilidad se podrá intervenir, salvo cuando haya constancia expresa en el expediente del interno de que dicha persona es su Abogado o Procurador, así como de la dirección del mismo.

7.^a La correspondencia entre los internos de distintos centros penitenciarios podrá ser intervenida mediante resolución motivada del Director y se cursará a través de la Dirección del establecimiento de origen. Efectuada dicha intervención se notificará al interno y se pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia. Estas intervenciones se limitarán exclusivamente a la correspondencia entre internos sin que afecte al resto de las comunicaciones escritas.

Artículo 47. Comunicaciones telefónicas. 1. Podrá autorizarse la comunicación telefónica de los internos en los siguientes casos:

a) Cuando los familiares residan en localidades alejadas o no puedan desplazarse para visitar al interno.

b) Cuando el interno haya de comunicar algún asunto importante a sus familiares, al Abogado defensor o a otras personas.

2. El interno que, concurriendo los requisitos del apartado anterior, desee comunicar telefónicamente con otra persona, lo solicitará al Director del establecimiento.

3. El Director, previa comprobación de los mencionados requisitos, autorizará, en su caso, la comunicación y señalará la hora en que deba celebrarse.

4. Las comunicaciones telefónicas, que siempre que las circunstancias del establecimiento lo permitan se efectuarán con una frecuencia máxima de cinco llamadas por semana, se celebrarán en presencia de un funcionario y no tendrán una duración superior a cinco minutos. El importe de la llamada será satisfecho por el interno, salvo cuando se trate de la comunicación prevista en el artículo 41.3 de este Reglamento.

5. Salvo casos excepcionales, libremente apreciados por el Director del establecimiento, no se permitirán llamadas desde el exterior a los internos.

6. Las comunicaciones telefónicas entre internos de distintos establecimientos podrán ser intervenidas mediante resolución motivada del Director en la forma y con los efectos previstos en la norma 7.^a del artículo 46.

Artículo 48. Comunicaciones con Abogados y Procuradores. 1. Las comunicaciones de los internos con sus Abogados defensores y con los Procuradores que los representen se celebrarán de acuerdo con las siguientes reglas:

1.^a Se identificará al comunicante mediante la presentación del documento oficial que le acredite como Abogado o Procurador en ejercicio.

2.^a El comunicante habrá de presentar además un volante de su respectivo Colegio, en el que conste expresamente su condición de defensor o de representante del interno en las causas que se siguieran contra el mismo o como consecuencia de las cuales estuviera cumpliendo condena. En los supuestos de terrorismo o de internos pertenecientes a bandas o grupos armados, el volante deberá ser expedido por la autoridad judicial que conozca de las correspondientes causas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

3.^a Estas comunicaciones se registrarán por orden cronológico en el libro correspondiente, consignándose el nombre y apellidos de los comunicantes del interno, el número de la causa y el tiempo de duración de la visita y se celebrarán en locutorios especiales, en los que quede asegurado que el control del funcionario encargado del servicio sea solamente visual.

2. En las mismas condiciones señaladas en el apartado anterior, se autorizará la comunicación de los Abogados y Procuradores cuando, antes de personarse en la causa como defensores o representantes, hayan sido llamados expresamente por los internos a través de la Dirección del

establecimiento o por los familiares de aquéllos, debiendo acreditarse dicho extremo mediante la presentación del volante del Colegio en el que conste tal circunstancia.

3. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales, así como con los Procuradores que los representen, no podrán ser suspendidas o intervenidas, en ningún caso, por decisión administrativa. La suspensión o la intervención de estas comunicaciones sólo podrá realizarse previa orden expresa de la autoridad judicial.

4. Las comunicaciones con otros Letrados que no sean los mencionados en los apartados anteriores, cuya visita haya sido requerida por el interno, se celebrarán en los mismos locutorios especiales y se ajustarán a las normas generales del artículo 41. En el caso de que dichos letrados presenten autorización de la autoridad judicial correspondiente si el interno fuera un preventivo o del Juez de Vigilancia si se tratase de un penado, la comunicación se concederá en las condiciones prescritas en los anteriores apartados de este artículo.

Artículo 49. Comunicaciones con autoridades o profesionales. 1. La comunicación de las autoridades judiciales o de los miembros del Ministerio Fiscal con los internos se verificará a la hora que aquéllos estimen pertinente y en locales adecuados. Para la notificación de las resoluciones judiciales se autorizará la comunicación con cualesquiera funcionarios de la Administración de Justicia, que deberán acreditar su condición de tales y que son enviados por la autoridad judicial de la que dependen.

2. Las comunicaciones orales y escritas de los internos con el Defensor del Pueblo o sus Adjuntos o delegados o con instituciones análogas de las Comunidades Autónomas, Autoridades judiciales y miembros del Ministerio Fiscal no podrán ser suspendidas, ni ser objeto de intervención o restricción administrativa de ningún tipo.

3. Los internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el artículo 41.

4. A los súbditos de países que no tengan representante diplomático o consular, así como a los refugiados y a los apátridas, les serán concedidas comunicaciones en las mismas condiciones con el representante del Estado que se haya hecho cargo de sus intereses o con la Autoridad nacional o internacional que tenga por misión protegerlos, o con las personas en quienes aquéllos deleguen.

5. Los Notarios, Médicos, Ministros de Culto y otros profesionales acreditados, cuya presencia haya sido solicitada por algún interno por conducto de la Dirección del Establecimiento para la realización de las funciones propias de su respectiva profesión, podrán ser autorizados para comunicar con aquél en local apropiado.

SECCIÓN 2

Recepción de paquetes y encargos

Artículo 50. Paquetes y encargos. 1. En todos los Establecimientos existirá una dependencia para la recogida, control y registro de los paquetes destinados a los internos o que éstos envíen al exterior. El Consejo de Dirección acordará los días y horas de recepción y recogida de paquetes, tanto de entrada como de salida.

2. Todos los paquetes deberán ser entregados personalmente en la dependencia habilitada al efecto.

3. La recepción de paquetes dirigidos a los internos se llevará a cabo previa comprobación por el funcionario del documento de identidad de quien lo deposita, a quien se pedirá relación detallada del contenido, registrando en el Libro correspondiente tanto el nombre del interno destinatario como el nombre, domicilio y número del documento de identidad de quien lo entrega. Una vez practicada la anotación, se procederá a un minucioso registro de todos los elementos integrantes de su contenido, así como a controlar las condiciones higiénicas de los objetos que reciba el interno y demás elementos. De la misma forma se controlará el contenido de los paquetes de salida antes de entregarlos al destinatario en el exterior. En ambos casos, se procederá, respecto de los objetos no autorizados, en la forma prescrita en el artículo siguiente.

4. Una vez distribuidos en las diferentes dependencias, el funcionario encargado de este servicio procederá a hacer entrega de los paquetes o envíos a los internos, que firmarán el recibí correspondiente.

5. El número de paquetes que pueden recibir los internos es de dos al mes, salvo en los Establecimientos o departamentos de régimen cerrado, que será de uno al mes. El peso de cada paquete no excederá de cinco kilogramos, no computándose dentro de dicho peso máximo los libros y publicaciones, ni tampoco la ropa.

Artículo 51. *Artículos y objetos no autorizados.* 1. Se consideran artículos u objetos no autorizados todos aquellos que puedan suponer un peligro para la seguridad, la ordenada convivencia o la salud, las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas salvo prescripción facultativa, los que contengan alcohol y los productos alimenticios, así como los que exijan para su control una manipulación que implique riesgo de deterioro y los expresamente prohibidos por las normas de régimen interior del Establecimiento.

2. Los artículos u objetos cuya entrada no se autorice deberán ser recogidos de inmediato por el remitente, salvo que se descubran cuando éste ya no se encuentre en las inmediaciones del Establecimiento, en cuyo caso, se notificará esta circunstancia al remitente en el domicilio que conste en el Libro correspondiente. Los artículos u objetos intervenidos quedarán almacenados hasta que sean reclamados, destruyéndose los productos perecederos.

3. Transcurrido un plazo de tres meses desde su recepción, se colocará una relación de tales artículos u objetos en el tablón de anuncios al público, invitando a que los mismos sean retirados, con la advertencia de que, transcurridos quince días desde la publicación, se procederá a su destrucción, salvo lo dispuesto para los objetos de valor en el artículo 317 de este Reglamento.

4. Las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas ocupadas se remitirán a la Autoridad sanitaria competente, notificándolo a la Autoridad judicial correspondiente.

CAPÍTULO V INFORMACIÓN, QUEJAS Y RECURSOS

Artículo 52. *Información.* 1. Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre sus derechos y deberes, el régimen del Establecimiento, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas y recursos. Con este fin, se les entregará un ejemplar de la cartilla o folleto informativo general y de las normas de régimen interior del Centro penitenciario de que se trate, que el Centro Directivo de la Administración Penitenciaria correspondiente editará necesariamente en castellano y en la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro Penitenciario.

2. A los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida

de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes. Igualmente, se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente.

3. A estos efectos, el mencionado Centro Directivo procurará editar folletos de referencia en aquellos idiomas de grupos significativos de internos extranjeros en los Establecimientos españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre editado el folleto se les hará una traducción oral de su contenido por los funcionarios o internos que conozcan la lengua del interesado y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca.

4. En todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

5. En el departamento de ingresos y en la Biblioteca de cada Establecimiento habrá, a disposición de los internos, varios ejemplares de la Ley Orgánica General Penitenciaria, del Reglamento Penitenciario y de las normas de régimen interior del Centro. La Administración procurará proporcionar a los internos extranjeros textos de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de su Reglamento de desarrollo en la lengua propia de su país de origen, a cuyo fin recabará la colaboración de las autoridades diplomáticas correspondientes.

Artículo 53. *Peticiones y quejas ante la Administración penitenciaria.* 1. Todo interno tiene derecho a formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre materias que sean competencia de la Administración Penitenciaria, pudiendo presentarlas, si así lo prefiere el interesado, en sobre cerrado, que se entregará bajo recibo.

2. Dichas peticiones y quejas podrán ser formuladas ante el funcionario encargado de la dependencia que al interno corresponda, ante el Jefe de Servicios o ante el Director del Centro o quien legalmente le sustituya. El Director o quien éste determine habrán de adoptar las medidas oportunas o recabar los informes que estimen convenientes y, en todo caso, hacer llegar aquéllas a las Autoridades u organismos competentes para resolverlas.

3. Las peticiones y quejas que formulen los internos quedarán registradas y las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados, con expresión de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar.

4. Asimismo, los internos podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo, que no podrán ser objeto de censura de ningún tipo.

Artículo 54. *Quejas y recursos ante el Juez de Vigilancia.* 1. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, los internos podrán formular directamente las peticiones o quejas o interponer recursos ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria en los supuestos a que se refiere el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Se entregará al interno o a su representante recibo o copia simple fechada y sellada de las quejas o recursos que formule.

3. Cuando el escrito de queja o de recurso se presente ante cualquier oficina de Registro de la Administración Penitenciaria, una vez entregado al interno o a su representante el correspondiente recibo o copia simple fechada y sellada, se remitirá, sin dilación y en todo caso en el plazo máximo de tres días, al Juez de Vigilancia Penitenciaria correspondiente.

CAPÍTULO VI
PARTICIPACIÓN DE LOS INTERNOS EN LAS ACTIVIDADES DE LOS ESTABLECIMIENTOS

Artículo 55. *Areas de participación.* 1. Los internos participarán en la organización del horario y de las actividades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo.

2. También se procurará la participación de los internos en el desenvolvimiento de los servicios alimentarios y de confección de racionados, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y de lo que se establezca en las normas de desarrollo de este Reglamento.

3. El Consejo de Dirección, mediante resolución motivada, podrá ampliar la participación de los internos en otras áreas regimentales diferentes de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo.

4. La participación de los internos en estas actividades en los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto y de régimen ordinario y en los de preventivos, se efectuará a través de Comisiones ajustándose a las normas que desarrollan los siguientes artículos.

Artículo 56. *Participación en régimen abierto.* 1. En los Establecimientos de cumplimiento de régimen abierto podrán formarse tantas Comisiones cuantas sean las áreas de actividades que los Consejos de Dirección acuerden que deben participar los internos. En todo caso se constituirán tres Comisiones: La primera para la programación y desarrollo de las actividades educativas, culturales y religiosas; la segunda para las actividades recreativas y deportivas, y la tercera para las actividades laborales.

2. Cada Comisión estará integrada, al menos, por tres internos actuando como Presidente y Secretario de la misma los miembros que designe la propia Comisión en su primera reunión.

3. A las reuniones que celebren las Comisiones asistirá el Educador o empleado público que tenga a su cargo las actividades cuya programación y desarrollo vaya a ser objeto de estudio.

4. La elección de los internos que hayan de integrar las distintas Comisiones se llevará a cabo anualmente o, en su caso, cuando se incumpla el requisito previsto en el apartado 2 anterior.

5. Podrán presentarse como candidatos y participar como electores todos los internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

6. La convocatoria y recepción de las candidaturas corresponderá al Consejo de Dirección del Establecimiento.

7. Cada interno elegirá dos de los candidatos presentados para cada uno de los órganos de participación.

8. La mesa que reciba los votos estará compuesta por el interno de más edad y el más joven, y presidida por uno de los Educadores del Establecimiento.

9. Del resultado de la votación se levantará acta que se exhibirá en el tablón de anuncios del Establecimiento.

Artículo 57. *Participación en régimen ordinario.* 1. En los Establecimientos de preventivos y en los de cumplimiento ordinarios, las Comisiones serán las determinadas aplicando lo dispuesto en el artículo 56.1, debiendo estar compuestas, al menos, por un representante de cada una de las unidades de clasificación del Establecimiento, sin que en ningún caso el número de miembros pueda ser inferior a tres, ateniéndose en cuanto a la designación de Presidente y Secretario a lo

establecido en el apartado 2 del artículo anterior. A sus reuniones asistirá el Educador o empleado público encargado de las actividades sobre las que vayan a tratar.

2. El Consejo de Dirección del Establecimiento anunciará la renovación de las Comisiones de internos que participen en las distintas actividades en períodos de un año o cuando una Comisión resulte con menos de tres internos miembros.

3. En cada una de las unidades de clasificación se instará a que los internos que deseen participar en el desarrollo de las actividades previstas lo comuniquen al funcionario encargado del departamento con la debida antelación.

4. El día señalado por el Consejo de Dirección se formará la mesa, que estará compuesta por el interno de más edad y el mas joven y presidida por un funcionario de la unidad.

5. Los componentes de la mesa pasarán por las celdas del departamento recogiendo los votos de los internos, procediendo con posterioridad al recuento de los mismos y al anuncio de los resultados.

6. Todos los internos integrantes de cada unidad de clasificación podrán participar en la elección y podrán presentarse para ser elegidos en la misma, siempre que no hayan resultado elegidos en el plazo anterior de un año.

7. No podrán ser elegidos aquellos internos que tengan sanciones disciplinarias por faltas muy graves o graves sin cancelar.

Artículo 58. Situaciones excepcionales. 1. Si ninguno de los internos que deseen participar en las Comisiones resultase elegido por más de un quince por ciento de los internos de la unidad, los Consejos de Dirección procederán a sortear entre los mismos para la designación de quienes hayan de colaborar en el desarrollo de las actividades durante el período de tiempo siguiente hasta una nueva convocatoria.

2. En caso de alteración del orden, los Consejos de Dirección podrán acordar suspender el proceso, así como cuando se tenga conocimiento de la existencia de irregularidades en la elección.

Artículo 59. Comisiones sectoriales. Cuando se trate de organizar la participación de los internos en una actividad sectorial que no afecte a la totalidad del Establecimiento, el Consejo de Dirección podrá limitar dicha participación a los internos afectados por la misma.

Artículo 60. Organización de actividades. Los internos, a través de sus representantes, podrán de acuerdo con las normas de régimen interior, organizar por sí mismos las actividades mencionadas o colaborar en su organización con los funcionarios encargados del área correspondiente.

Artículo 61. Sugerencias. 1. Igualmente podrán presentar los representantes de los internos toda clase de sugerencias, que deberán ser elevadas por el funcionario receptor al Director del Establecimiento.

2. La participación de los internos, a través de la correspondiente Comisión, en la programación y ejecución de las actividades laborales, se ajustará a lo previsto en el Capítulo IV del Título V de este Reglamento.

CAPÍTULO VII DE LA PARTICIPACIÓN Y COLABORACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES

Artículo 62. Entidades colaboradoras. 1. Las instituciones y asociaciones públicas y privadas dedicadas a la asistencia de los reclusos deberán presentar, para su aprobación por el Centro Di-

rectivo, la correspondiente solicitud de colaboración junto con el programa concreto de intervención penitenciaria que deseen desarrollar, en el que deberán constar expresamente los objetivos a alcanzar, su duración temporal, el colectivo de reclusos objeto de la intervención, la relación nominativa del voluntariado que vaya a participar en la ejecución del programa, así como los medios materiales y, en su caso, personales a utilizar y los indicadores y parámetros de evaluación del impacto y de los resultados del programa.

2. Aprobada la solicitud y el programa de colaboración por el Centro Directivo, previo informe de la Junta de Tratamiento del Centro penitenciario correspondiente, la institución o asociación colaboradora deberá inscribirse, para poder actuar, en el Registro Especial de Entidades Colaboradoras gestionado por el Centro Directivo, sin perjuicio, en su caso, de su previa constitución e inscripción en el Registro Público de Asociaciones correspondiente. La inscripción en el Registro Especial tendrá carácter meramente declarativo.

3. Finalizada la ejecución del programa de colaboración, la institución o asociación colaboradora elaborará un estudio de evaluación del impacto y resultados del programa que, junto con el informe de la Junta de Tratamiento del Establecimiento, se remitirán por el Director al Centro Directivo.

4. La Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes.

CAPÍTULO VIII DE LA SEGURIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS

SECCIÓN 1 *Seguridad exterior*

Artículo 63. Competencia. 1. La seguridad exterior de los Establecimientos corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o, en su caso, a los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas, los que, sin perjuicio de que se rijan por las normas de los Cuerpos respectivos, en materia de seguridad exterior de los Centros penitenciarios recibirán indicaciones de los Directores de los mismos.

2. Una vez practicado el relevo, el Jefe de la guardia exterior deberá presentarse al Director o funcionario que le sustituya para informarle de las incidencias del servicio. De igual forma procederá cuando durante el servicio se produzca algún hecho que, por su importancia, deba ser puesto inmediatamente en conocimiento del Director del Establecimiento.

SECCIÓN 2 *Seguridad interior*

Artículo 64. Competencia. La seguridad interior de los Establecimientos corresponde, salvo en los casos previstos en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria, a los funcionarios de los Cuerpos de Instituciones Penitenciarias, con arreglo a los cometidos propios de cada uno y a la distribución de los servicios acordada por el Director del Establecimiento.

Artículo 65. Medidas de seguridad interior. Las actuaciones encaminadas a garantizar la seguridad interior de los Establecimientos consistirán en la observación de los internos, los recuentos de la población reclusa y los registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones que se describen en los artículos siguientes.

Artículo 66. Observación de los internos. La observación de los internos estará encaminada al conocimiento de su comportamiento habitual y de sus actividades y movimientos dentro y fuera del departamento asignado, así como de sus relaciones con los demás internos y del influjo beneficioso o nocivo que, en su caso, ejercieren sobre los mismos. Si en dicha observación se detectaran hechos o circunstancias que pudieran ser relevantes para la seguridad del Establecimiento o el tratamiento de los internos, se elevarán los oportunos informes.

Artículo 67. Recuentos. 1. Se realizarán diariamente los recuentos ordinarios de control de la población reclusa en los momentos de la jornada regimental que coincidan con los relevos del personal de vigilancia, que se fijen en el horario aprobado por el Consejo de Dirección del Establecimiento penitenciario.

2. También se efectuarán los recuentos extraordinarios que se ordenen por el Jefe de Servicios, comunicándolo a la Dirección, teniendo en cuenta la situación existente en el Centro o departamento en que se haya de practicar la medida, así como el comportamiento de los reclusos afectados por la misma.

3. Los recuentos ordinarios y extraordinarios se practicarán de forma que se garantice su rapidez y fiabilidad y sus resultados se reflejarán en parte escrito suscrito por los funcionarios que los hubiesen efectuado, que se dirigirá al Jefe de Servicios.

Artículo 68. Registros, cacheos y requisas. 1. Se llevarán a cabo registros y cacheos de las personas, ropas y enseres de los internos y requisas de las puertas, ventanas, suelos, paredes y techos de las celdas o dormitorios, así como de los locales y dependencias de uso común.

2. Por motivos de seguridad concretos y específicos, cuando existan razones individuales y contrastadas que hagan pensar que el interno oculta en su cuerpo algún objeto peligroso o sustancia susceptible de causar daño a la salud o integridad física de las personas o de alterar la seguridad o convivencia ordenada del Establecimiento se podrá realizar cacheo con desnudo integral con autorización del Jefe de Servicios.

3. El cacheo con desnudo integral se efectuará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado sin la presencia de otros internos y preservando, en todo lo posible, la intimidad.

4. Si el resultado del cacheo con desnudo integral fuese infructuoso y persistiese la sospecha, se podrá solicitar por el Director a la Autoridad judicial competente la autorización para la aplicación de otros medios de control adecuados.

5. De los registros, requisas, cacheos y controles citados se formulará parte escrito que deberá especificar los cacheos con desnudo integral efectuados, firmado por los funcionarios que lo hayan efectuado y dirigido al Jefe de Servicios.

Artículo 69. Otros registros y controles. Se procederá al registro y control de las personas autorizadas a comunicar con los internos, así como de quienes tengan acceso al interior de los Establecimientos para realizar algún trabajo o gestión dentro de los mismos, salvo en las visitas oficiales de las Autoridades. Asimismo, se efectuará un registro y control de los vehículos que entren o salgan del Establecimiento y de los paquetes y encargos que reciban o remitan los internos, conforme a lo establecido en el artículo 50 de este Reglamento.

Artículo 70. Intervenciones. 1. Se intervendrá el dinero, alhajas, u objetos de valor no autorizados, así como los objetos que se entiendan peligrosos para la seguridad o convivencia ordenada o de ilícita procedencia.

2. Tratándose de objetos peligrosos o prohibidos se procederá a su retirada, de la que se dejará constancia por escrito salvo en los casos en que deban ser remitidos a la Autoridad judicial com-

petente, así como cuando se trate de objetos de valor, en cuyo caso se les dará el destino previsto en el artículo 317 de este Reglamento.

Artículo 71. Principios generales. 1. Las medidas de seguridad se regirán por los principios de necesidad y proporcionalidad y se llevarán siempre a cabo con el respeto debido a la dignidad y a los derechos fundamentales, especialmente las que se practiquen directamente sobre las personas. Ante la opción de utilizar medios de igual eficacia, se dará preferencia a los de carácter electrónico.

2. Cuando los funcionarios, con ocasión de cualquiera de las medidas de seguridad enumeradas en los artículos anteriores, detecten alguna anomalía regimental o cualquier hecho o circunstancia indiciario de una posible perturbación de la vida normal del Centro, lo pondrán inmediatamente en conocimiento del Jefe de Servicios, sin perjuicio de que, en su caso, hagan uso de los medios coercitivos a que se refiere el artículo siguiente.

SECCIÓN 3

Medios coercitivos

Artículo 72. Medios coercitivos. 1. Son medios coercitivos, a los efectos del artículo 45.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, el aislamiento provisional, la fuerza física personal, las defensas de goma, los aerosoles de acción adecuada y las esposas. Su uso será proporcional al fin pretendido, nunca supondrá una sanción encubierta, y sólo se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario.

2. No podrán ser aplicados los expresados medios coercitivos a las internas mencionadas en el artículo 254.3 del presente Reglamento ni a los enfermos convalecientes de enfermedad grave, salvo en los casos en los que de la actuación de aquéllos pudiera derivarse un inminente peligro para su integridad o para la de otras personas. Cuando se aplique la medida de aislamiento provisional el interno será visitado diariamente por el Médico.

3. La utilización de los medios coercitivos será previamente autorizada por el Director, salvo que razones de urgencia no lo permitan, en cuyo caso se pondrá en su conocimiento inmediatamente. El Director comunicará inmediatamente al Juez de Vigilancia la adopción y cese de los medios coercitivos, con expresión detallada de los hechos que hubieran dado lugar a dicha utilización y de las circunstancias que pudiesen aconsejar su mantenimiento.

4. Los medios materiales coercitivos serán depositados en aquel lugar o lugares que el Director entienda idóneos, y su cuantía y estado se reflejará en libro oficial.

5. En los casos de graves alteraciones del orden con peligro inminente para las personas o para las instalaciones, el Director con carácter provisional podrá recabar el auxilio de las Fuerzas de Seguridad de guardia en el Establecimiento, quienes en caso de tener que utilizar las armas de fuego lo harán por los mismos motivos y con las mismas limitaciones que establece la legislación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

TÍTULO III

Del Régimen de los Establecimientos Penitenciarios

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 73. Concepto y fines del régimen penitenciario. 1. Por régimen penitenciario se entiende el conjunto de normas o medidas que persiguen la consecución de una convivencia or-

denada y pacífica que permita alcanzar el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento y la retención y custodia de los reclusos.

2. Las funciones regimentales de seguridad, orden y disciplina son medios para alcanzar los fines indicados, debiendo ser siempre proporcionadas al fin que persiguen, y no podrán significar un obstáculo para la ejecución de los programas de tratamiento e intervención de los reclusos.

3. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas.

Artículo 74. Tipos de régimen. 1. El régimen ordinario se aplicará a los penados clasificados en segundo grado, a los penados sin clasificar y a los detenidos y presos.

2. El régimen abierto se aplicará a los penados clasificados en tercer grado que puedan continuar su tratamiento en régimen de semilibertad.

3. El régimen cerrado se aplicará a los penados clasificados en primer grado por su peligrosidad extrema o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes anteriores y a los preventivos en quienes concurren idénticas circunstancias.

Artículo 75. Limitaciones regimentales y medidas de protección personal. 1. Los detenidos, presos y penados no tendrán otras limitaciones regimentales que las exigidas por el aseguramiento de su persona y por la seguridad y el buen orden de los Establecimientos, así como las que aconseje su tratamiento o las que provengan de su grado de clasificación.

2. En su caso, a solicitud del interno o por propia iniciativa, el Director podrá acordar mediante resolución motivada, cuando fuere preciso para salvaguardar la vida o integridad física del recluso, la adopción de medidas que impliquen limitaciones regimentales, dando cuenta al Juez de Vigilancia.

3. Mediante acuerdo motivado, el Consejo de Dirección, en el caso de los detenidos y presos, o la Junta de Tratamiento, en el caso de penados, propondrán al Centro Directivo el traslado del recluso a otro Establecimiento de similares características para posibilitar el levantamiento de las limitaciones regimentales exigidas por el aseguramiento de su persona a que se refiere el apartado anterior.

4. Los acuerdos de traslado se comunicarán, en el caso de los detenidos y presos, a la Autoridad judicial de que dependan y, en el caso de los penados, al Juez de Vigilancia correspondiente.

CAPÍTULO II RÉGIMEN ORDINARIO

Artículo 76. Normas generales. 1. En los Establecimientos de régimen ordinario los principios de seguridad, orden y disciplina tendrán su razón de ser y su límite en el logro de una convivencia ordenada.

2. La separación interior de la población reclusa, conforme a los criterios establecidos en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se ajustará a las necesidades o exigencias del tratamiento, a los programas de intervención y a las condiciones generales del Centro.

3. El trabajo y la formación tendrán la consideración de actividad básica en la vida del Centro.

Artículo 77. Horarios. 1. El Consejo de Dirección aprobará y dará a conocer entre la población reclusa el horario que debe regir en el Centro, señalando las actividades obligatorias para todos y aquellas otras de carácter optativo y de libre elección por parte de los internos.

2. En cualquier caso, se garantizarán ocho horas de descanso nocturno, un mínimo de dos horas para que el interno pueda dedicarlas a asuntos propios y tiempo suficiente para atender a las actividades culturales y terapéuticas y a los contactos con el mundo exterior.

3. Igualmente el Consejo de Dirección aprobará mensualmente el calendario de actividades previsto para el mes siguiente con indicación expresa de los días y horas de su realización, y de los internos a quienes afecte, en el caso de que no afectara a la totalidad de internos del Centro. Este calendario será puesto en conocimiento de los internos y estará expuesto permanentemente en lugar visible para los mismos.

4. El horario aprobado por el Consejo de Dirección así como el calendario mensual de actividades será puesto en conocimiento del Centro Directivo para su ratificación o reforma, antes del día quince del mes anterior a aquel a que se refiera.

5. Asimismo, vendrá obligado a difundir entre los internos, con la periodicidad que se determine en las normas de régimen interior, aquellas actividades no regulares que se organicen en el Establecimiento.

Artículo 78. Prestaciones personales obligatorias. 1. Todos los reclusos están obligados a respetar el horario del Centro, así como a cumplir y a colaborar con las medidas de higiene y sanitarias que se adopten, procurando que las instalaciones se encuentren siempre limpias y haciendo un buen uso de las mismas.

2. Conforme a lo establecido en el artículo 29.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, los internos vendrán obligados a realizar las prestaciones personales necesarias para el mantenimiento del buen orden, la limpieza y la higiene en los Establecimientos.

Artículo 79. Participación de los internos. El Consejo de Dirección fomentará la participación de los internos en los casos y con las condiciones establecidas en el Capítulo VI del Título II.

CAPÍTULO III RÉGIMEN ABIERTO

Artículo 80. Clases de Establecimientos de régimen abierto. 1. Los Establecimientos de régimen abierto pueden ser de los siguientes tipos:

- a) Centros Abiertos o de Inserción Social.
- b) Secciones Abiertas.
- c) Unidades Dependientes.

2. El Centro Abierto es un Establecimiento penitenciario dedicado a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

3. La Sección Abierta depende administrativamente de un Establecimiento penitenciario polivalente, del que constituye la parte destinada a internos clasificados en tercer grado de tratamiento.

4. Las Unidades Dependientes, reguladas en los artículos 165 a 167 de este Reglamento, consisten en instalaciones residenciales situadas fuera de los recintos penitenciarios e incorporadas funcionalmente a la Administración Penitenciaria, mediante la colaboración de las entidades públicas o privadas prevista en el artículo 62 de este Reglamento, para facilitar el logro de objetivos específicos de tratamiento penitenciario de internos clasificados en tercer grado.

Artículo 81. Criterios de destino. 1. El régimen de estos Establecimientos será el necesario para lograr una convivencia normal en toda colectividad civil, fomentando la responsabilidad y siendo norma general la ausencia de controles rígidos que contradigan la confianza que inspira su funcionamiento.

2. La ejecución del programa individualizado de tratamiento determinará el destino concreto del interno a los Centros o Secciones Abiertas o Centros de Inserción Social, tomando en consideración, especialmente, las posibilidades de vinculación familiar del interno y su posible repercusión en el mismo.

3. A las Unidades Dependientes, podrán ser destinados por el Centro Directivo, a propuesta de la Junta de Tratamiento, aquellos internos que, previa aceptación expresa de las normas de funcionamiento, se adecuen a los objetivos específicos del programa establecido.

Artículo 82. Régimen abierto restringido. 1. En los casos de penados clasificados en tercer grado con una peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales diversas, así como cuando exista imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior o lo aconseje su tratamiento penitenciario, la Junta de Tratamiento podrá establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar, en su caso, durante las mismas.

2. A los efectos del apartado anterior, en el caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales correspondientes, que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, se considerarán estas labores como trabajo en el exterior.

3. La modalidad de vida a que se refiere este artículo tendrá como objetivo ayudar al interno a que inicie la búsqueda de un medio de subsistencia para el futuro o, en su defecto, encontrar alguna asociación o institución pública o privada para su apoyo o acogida en el momento de su salida en libertad.

4. Esta modalidad de vida se asimilará, lo máximo posible, a los principios del régimen abierto a que se refiere el artículo siguiente.

Artículo 83. Objetivos y principios del régimen abierto. 1. La actividad penitenciaria en régimen abierto tiene por objeto potenciar las capacidades de inserción social positiva que presentan los penados clasificados en tercer grado, realizando las tareas de apoyo y de asesoramiento y la cooperación necesaria para favorecer su incorporación progresiva al medio social.

2. El ejercicio de estas funciones se regirá por los siguientes principios:

a) Atenuación de las medidas de control, sin perjuicio del establecimiento de programas de seguimiento y evaluación de las actividades realizadas por los internos dentro y fuera del Establecimiento.

b) Autorresponsabilidad, mediante el estímulo de la participación de los internos en la organización de las actividades.

c) Normalización social e integración, proporcionando al interno, siempre que sea posible, atención a través de los servicios generales de la comunidad para facilitar su participación plena y responsable en la vida familiar, social y laboral.

d) Prevención para tratar de evitar la desestructuración familiar y social.

e) Coordinación con cuantos organismos e instituciones públicas o privadas actúen en la atención y reinserción de los reclusos, promoviendo criterios comunes de actuación para conseguir su integración en la sociedad.

Artículo 84. Modalidades de vida en régimen abierto. 1. Las normas de organización y funcionamiento de los Establecimientos de régimen abierto serán elaboradas por la Junta de Tratamiento y aprobadas por el Centro Directivo.

2. En los Establecimientos de régimen abierto se podrán establecer, a propuesta de la Junta de Tratamiento, distintas modalidades en el sistema de vida de los internos, según las características de éstos, de su evolución personal, de los grados de control a mantener durante sus salidas al exterior y de las medidas de ayuda que necesiten para atender a sus carencias.

3. Se establecerán modalidades de vida específicas para atender y ayudar a aquellos internos que en el momento de acceder al tercer grado no dispongan de recursos suficientes para desarrollar una actividad estable en el exterior o tengan carencias importantes en el apoyo familiar o social que dificulten su integración.

Artículo 85. Ingreso en un Establecimiento de régimen abierto. 1. Al ingresar el interno en un Establecimiento de régimen abierto mantendrá una entrevista con un profesional del Centro, quien le informará de las normas de funcionamiento que rijan en la unidad, de cómo poder utilizar los servicios y recursos, de los horarios y de todos aquellos aspectos que regulen la convivencia del Centro.

2. Un miembro del Equipo Técnico mantendrá una entrevista con el interno y, en un breve período de tiempo, el Equipo adoptará las decisiones más adecuadas para el desarrollo de lo establecido en el programa de tratamiento diseñado por la Junta de Tratamiento.

Artículo 86. Salidas del Establecimiento. 1. Los internos podrán salir del Establecimiento para desarrollar las actividades laborales, formativas, familiares, de tratamiento o de otro tipo, que faciliten su integración social.

2. Estas salidas deberán ser planificadas y reguladas por la Junta de Tratamiento, señalando los mecanismos de control y seguimiento que se consideren necesarios, de acuerdo con lo establecido en el programa de tratamiento.

3. El horario y la periodicidad de las salidas autorizadas serán los necesarios para realizar la actividad y para los desplazamientos.

4. En general, el tiempo mínimo de permanencia en el Centro será de ocho horas diarias, debiendo pernoctarse en el Establecimiento, salvo cuando, de modo voluntario, el interno acepte el control de su presencia fuera del Centro mediante dispositivos telemáticos adecuados proporcionados por la Administración Penitenciaria u otros mecanismos de control suficiente, en cuyo caso sólo tendrán que permanecer en el Establecimiento durante el tiempo fijado en su programa de tratamiento para la realización de actividades de tratamiento, entrevistas y controles presenciales.

Artículo 87. Salidas de fin de semana. 1. La Junta de Tratamiento regulará, de forma individualizada, en función de la modalidad de vida establecida para cada interno, de su evolución en el tratamiento y de las garantías de control necesarias, las salidas de fin de semana de los internados en Establecimientos de régimen abierto.

2. Como norma general, estos internos disfrutarán de salidas de fin de semana, como máximo, desde las dieciséis horas del viernes hasta las ocho horas del lunes.

3. También podrán disfrutar de los días festivos establecidos en el calendario oficial de la localidad donde esté situado el Establecimiento. Cuando los días festivos sean consecutivos al fin de semana, la salida se ampliará en veinticuatro horas por cada día festivo.

4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, el Centro Directivo podrá aprobar salidas de fin de semana con horarios diferentes a los indicados.

Artículo 88. Asistencia sanitaria. 1. Como regla general, los internos en régimen abierto recibirán la asistencia sanitaria que precisen a través de la red sanitaria pública extrapenitenciaria.

2. La Administración Penitenciaria velará para que los internos utilicen correctamente estos servicios y cuiden su salud, como un aspecto muy importante en su rehabilitación y, con este fin, planificará y ejecutará programas de prevención y educación para la salud.

3. Los servicios médicos del Establecimiento efectuarán el seguimiento necesario y dispondrán la coordinación precisa de los servicios sanitarios de la institución con los del exterior, en el marco de los convenios suscritos por la Administración Penitenciaria a tal fin. Los trabajadores sociales del Centro ayudarán y orientarán a los internos en la realización de los trámites necesarios para utilizar la red sanitaria pública extrapenitenciaria.

CAPÍTULO IV RÉGIMEN CERRADO

Artículo 89. Aplicación. El régimen cerrado, en consonancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, será de aplicación a aquellos penados que, bien inicialmente, bien por una involución en su personalidad o conducta, sean clasificados en primer grado por tratarse de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados a los regímenes ordinario y abierto.

Artículo 90. Características. 1. El régimen penitenciario de vida regulado conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se cumplirá en Centros o módulos de régimen cerrado o en departamentos especiales ubicados en Centros de regímenes comunes, con absoluta separación del resto de la población reclusa.

2. En todo caso se cumplirá en celdas individuales, caracterizándose por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos, exigiéndose, de manera especial, el acatamiento de cuantas medidas de seguridad, orden y disciplina elabore el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento. En ningún caso, el régimen de vida para estos internos podrá establecer limitaciones regimentales iguales o superiores a las fijadas para el régimen de cumplimiento de la sanción de aislamiento en celda.

Artículo 91. Modalidades de vida. 1. Dentro del régimen cerrado se establecen dos modalidades en el sistema de vida, según los internos sean destinados a Centros o módulos de régimen cerrado o a departamentos especiales.

2. Serán destinados a Centros o módulos de régimen cerrado aquellos penados clasificados en primer grado que muestren una manifiesta inadaptación a los regímenes comunes.

3. Serán destinados a departamentos especiales aquellos penados clasificados en primer grado que hayan sido protagonistas o inductores de alteraciones regimentales muy graves, que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, Autoridades, otros internos o personas ajenas a la Institución, tanto dentro como fuera de los Establecimientos y en las que se evidencie una peligrosidad extrema.

Artículo 92. Reasignación de modalidades. 1. La asignación de las modalidades de vida previstas en el artículo anterior será acordada por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, y será autorizada por el Centro Directivo.

2. Procederá, en todo caso, la propuesta de reasignación de la modalidad en el sistema de vida de los penados destinados en departamentos especiales que muestren una evolución positiva, ponderando, entre otros, factores tales como:

- a) Interés por la participación y colaboración en las actividades programadas.
- b) Cancelación de sanciones o ausencia de las mismas durante períodos prolongados de tiempo.
- c) Una adecuada relación con los demás.

3. La asignación de modalidad de vida se revisará en el plazo máximo de tres meses, se notificará al interno y se anotará en su expediente personal.

Artículo 93. *Modalidad de vida en departamentos especiales.* 1. El régimen de los departamentos especiales se ajustará a las siguientes normas:

1.^a Los internos disfrutarán, como mínimo, de tres horas diarias de salida al patio. Este número podrá ampliarse hasta tres horas más para la realización de actividades programadas.

2.^a Diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos. Cuando existan fundadas sospechas de que el interno posee objetos prohibidos y razones de urgencia exijan una actuación inmediata, podrá recurrirse al desnudo integral por orden motivada del Jefe de Servicios, dando cuenta al Director. Este cacheo se practicará en la forma prevista en el artículo 68.

3.^a En las salidas al patio no podrán permanecer, en ningún caso, más de dos internos juntos. Este número podrá aumentarse hasta un máximo de cinco para la ejecución de actividades programadas.

4.^a Los servicios médicos programarán las visitas periódicas a estos internos, informando al Director sobre su estado de salud.

5.^a El Consejo de Dirección elaborará las normas de régimen interior sobre servicios de barbería, duchas, peluquería, Economato, distribución de comidas, limpieza de celdas y dependencias comunes, disposición de libros, revistas, periódicos y aparatos de radio y televisión y sobre las ropas y enseres de que podrán disponer los internos en sus celdas.

6.^a Para estos departamentos especiales se diseñará un modelo de intervención y programas genéricos de tratamiento ajustados a las necesidades regimentales, que estarán orientados a lograr la progresiva adaptación del interno a la vida en régimen ordinario, así como a la incentivación de aquellos factores positivos de la conducta que puedan servir de aliciente para la reintegración y reinserción social del interno, designándose el personal necesario a tal fin.

2. Las normas de régimen interior elaboradas por el Consejo de Dirección, así como los programas a que hace referencia el apartado anterior, serán remitidas al Centro Directivo para su modificación o aprobación.

Artículo 94. *Modalidad de vida en módulos o centros cerrados.* El régimen de los módulos o centros cerrados se ajustará a las siguientes normas:

1.^a Los internos disfrutarán, como mínimo de cuatro horas diarias de vida en común. Este horario podrá aumentarse hasta tres horas más para la realización de actividades previamente programadas.

2.^a El número de internos que, de forma conjunta, podrán realizar actividades en grupo, será establecido por el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, con un mínimo de cinco internos.

3.^a La Junta de Tratamiento programará detalladamente las distintas actividades culturales, deportivas, recreativas o formativas, laborales u ocupacionales que se someterán a la aprobación del Consejo de Dirección. Estos programas se remitirán al Centro Directivo para su autorización y seguimiento.

Artículo 95. *Traslado de penados a departamentos de régimen cerrado.* 1. El traslado de un penado desde un Establecimiento de régimen ordinario o abierto a un Establecimiento de régimen cerrado o a uno de los departamentos especiales contemplados en este Capítulo, competará al Centro Directivo mediante resolución motivada, previa propuesta razonada de la Junta de Tratamiento contenida en el ejemplar de clasificación o, en su caso, en el de regresión de grado. De este acuerdo se dará conocimiento al Juez de Vigilancia Penitenciaria dentro de las setenta y dos horas siguientes a su adopción.

2. En el mismo plazo, se notificará al penado dicha resolución, mediante entrega de copia de la misma, con expresión del recurso que puede interponer ante el Juez de Vigilancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 76.2, f) de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

3. Mediando motín, agresión física con arma u objeto peligroso, toma de rehenes o intento violento de evasión, el traslado del penado a un Establecimiento de régimen cerrado podrá acordarse por el Centro Directivo, aunque no se haya producido resolución clasificatoria en primer grado, que, en todo caso, deberá efectuarse dentro de los catorce días siguientes, dando cuenta inmediatamente del traslado al Juez de Vigilancia.

CAPÍTULO V RÉGIMEN DE PREVENTIVOS

Artículo 96. *Tipos de régimen de preventivos.* 1. Con carácter general, el régimen de los detenidos y presos será el previsto en el Capítulo II de este Título.

2. No obstante lo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, serán de aplicación, a propuesta de la Junta de Tratamiento y con la aprobación del Centro Directivo, las normas previstas para los Establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado a los detenidos y presos, cuando se trate de internos extremadamente peligrosos o manifiestamente inadaptados al régimen ordinario.

3. La peligrosidad extrema o la inadaptación manifiesta se apreciarán ponderando la concurrencia de los factores a que se refiere el artículo 102.5 de este Reglamento, en cuanto sean aplicables a los internos preventivos.

Artículo 97. *Preventivos en régimen cerrado.* 1. El acuerdo de la Junta de Tratamiento a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, requerirá, al menos, los informes razonados del Jefe de Servicios y del Equipo Técnico y será siempre motivado.

2. El acuerdo se notificará al interno, mediante entrega de copia del mismo, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su adopción, con expresión del derecho de acudir al Juez de Vigilancia, conforme a lo establecido en el artículo 76.2, g) de la Ley Orgánica General Penitenciaria. Igualmente, dentro de las setenta y dos horas siguientes a su adopción, se dará conocimiento al Juez de Vigilancia, mediante remisión del contenido literal del acuerdo y de los preceptivos informes en que se fundamenta. Si el acuerdo implica el traslado a otro Establecimiento penitenciario, se comunicará dicha medida al Juez de Vigilancia y a la Autoridad judicial de la que depende el interno, sin perjuicio de su ejecución inmediata.

3. En los supuestos previstos en el artículo 95.3, se procederá al traslado por el Centro Directivo como se indica en dicho precepto, poniéndolo en conocimiento tanto de la Autoridad Judicial de que dependa el interno como del Juez de Vigilancia correspondiente.

Artículo 98. *Revisión del acuerdo.* 1. La permanencia de los detenidos y presos en el régimen cerrado será por el tiempo necesario, hasta que desaparezcan o disminuyan significativamente las razones o circunstancias que sirvieron de fundamento para su aplicación.

2. En todo caso, la revisión del acuerdo a que se refiere el artículo anterior, no podrá demorarse más de tres meses, previa emisión de los preceptivos informes.

TÍTULO IV

De la separación y clasificación de los internos

CAPÍTULO PRIMERO SEPARACIÓN DE LOS INTERNOS

Artículo 99. *Separación interior.* 1. Conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley Orgánica General Penitenciaria los internos serán separados en el interior de los Establecimientos teniendo en cuenta, con carácter prioritario los criterios de sexo edad y antecedentes delictivos y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

2. Respecto de la separación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de los militares que sean internados en Establecimientos penitenciarios comunes, deberá observarse lo dispuesto en la legislación correspondiente.

3. Excepcionalmente, hombres y mujeres podrán compartir un mismo departamento previo consentimiento de unos y otras y siempre que reúnan los requisitos regulados en el Capítulo III del Título VII.

4. Los jóvenes menores de veintiún años sólo podrán ser trasladados a los departamentos de adultos cuando así lo autorice la Junta de Tratamiento, poniéndolo en conocimiento del Juez de Vigilancia.

CAPÍTULO II CLASIFICACIÓN DE PENADOS

Artículo 100. *Clasificación penitenciaria y principio de flexibilidad.* 1. Además de las separaciones señaladas en el artículo anterior, tras el ingreso los penados deberán ser clasificados en grados. Los grados serán nominados correlativamente, de manera que el primero se corresponda con un régimen en el que las medidas de control y seguridad serán más estrictas, el segundo con el régimen ordinario y el tercero con el régimen abierto.

2. No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible, el Equipo Técnico podrá proponer a la Junta de Tratamiento que, respecto de cada penado, se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados, siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no pueda ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del Juez de Vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad.

Artículo 101. *Grados de clasificación.* 1. La clasificación en segundo grado implica la aplicación de las normas correspondientes al régimen ordinario de los Establecimientos.

2. El tercer grado determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades.

3. El primer grado determina la aplicación de las normas del régimen cerrado.

Artículo 102. *Variables y criterios de clasificación.* 1. Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, que determinará el destino al Establecimiento cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado y, en su caso, al grupo o sección más idónea dentro de aquél.

2. Para determinar la clasificación, las Juntas de Tratamiento ponderarán la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

3. Serán clasificados en segundo grado los penados en quienes concurren unas circunstancias personales y penitenciarias de normal convivencia, pero sin capacidad para vivir, por el momento, en semilibertad.

4. La clasificación en tercer grado se aplicará a los internos que, por sus circunstancias personales y penitenciarias, estén capacitados para llevar a cabo un régimen de vida en semilibertad.

5. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, se clasificarán en primer grado a los internos calificados de peligrosidad extrema o inadaptación manifiesta y grave a las normas generales de convivencia ordenada, ponderando la concurrencia de factores tales como:

a) Naturaleza de los delitos cometidos a lo largo de su historial delictivo, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial.

b) Comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos.

c) Pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren, en ambos casos, signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina interna de dichas organizaciones o bandas.

d) Participación activa en motines, plantas, agresiones físicas, amenazas o coacciones.

e) Comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo.

f) Introducción o posesión de armas de fuego en el Establecimiento penitenciario, así como la tenencia de drogas tóxicas, estupeficientes y sustancias psicotrópicas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico.

Artículo 103. *Procedimiento de clasificación inicial.* 1. La propuesta de clasificación inicial penitenciaria se formulará por las Juntas de Tratamiento, previo estudio del interno.

2. La propuesta se formulará en el impreso normalizado aprobado por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde la recepción en el Establecimiento del testimonio de la sentencia.

3. El protocolo de clasificación penitenciaria contendrá la propuesta razonada de grado y el programa individualizado de tratamiento, en el que se dará cobertura a las necesidades y carencias detectadas en el interno en los ámbitos señalados en el artículo 20.2 de este Reglamento. En el programa se señalarán expresamente los destinos, actividades, programas educativos, trabajo y actividades ocupacionales o de otro tipo que deba seguir el interno.

4. La resolución sobre la propuesta de clasificación penitenciaria se dictará, de forma escrita y motivada, por el Centro Directivo en el plazo máximo de dos meses desde su recepción.

5. La resolución de clasificación inicial se notificará al interno interesado, indicándole en la notificación que de no estar conforme con la misma, puede acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia.

6. El Centro Directivo podrá ampliar el plazo para dictar la resolución de clasificación inicial hasta un máximo de dos meses más, para la mejor observación de la conducta y la consolidación de los factores positivos del interno.

7. Cuando se trate de penados con condenas de hasta un año, la propuesta de clasificación inicial formulada por la Junta de Tratamiento, adoptada por acuerdo unánime de sus miembros, tendrá la consideración de resolución de clasificación inicial a todos los efectos, salvo cuando se haya propuesto la clasificación en primer grado de tratamiento, en cuyo caso la resolución corresponderá al Centro Directivo.

8. En este supuesto, el acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento de clasificación inicial en segundo o tercer grado se notificará al interno, que podrá ejercitar la impugnación referida en el apartado 5 de este artículo y se remitirá al Centro Directivo.

9. Si la propuesta de la Junta de Tratamiento de clasificación en segundo o tercer grado a que se refieren los apartados anteriores no fuese unánime, la misma se remitirá al Centro Directivo para la resolución que proceda conforme a lo establecido en los otros apartados de este artículo.

Artículo 104. Casos especiales. 1. Cuando un penado tuviese además pendiente una o varias causas en situación de preventivo, no se formulará propuesta de clasificación inicial mientras dure esta situación procesal.

2. Si un penado estuviese ya clasificado y le fuera decretada prisión preventiva por otra u otras causas quedará sin efecto dicha clasificación, dando cuenta al Centro Directivo.

3. Para que un interno que no tenga extinguida la cuarta parte de la condena o condenas pueda ser propuesto para tercer grado, deberá transcurrir el tiempo de estudio suficiente para obtener un adecuado conocimiento del mismo y concurrir, favorablemente calificadas, las variables intervinientes en el proceso de clasificación penitenciaria enumeradas en el artículo 102.2 valorándose, especialmente, el historial delictivo y la integración social del penado.

4. Los penados enfermos muy graves con padecimientos incurables, según informe médico, con independencia de las variables intervinientes en el proceso de clasificación, podrán ser clasificados en tercer grado por razones humanitarias y de dignidad personal, atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad.

Artículo 105. Revisión de la clasificación inicial. 1. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para evaluar y reconsiderar, en su caso, todos los aspectos establecidos en el modelo individualizado de tratamiento al formular su propuesta de clasificación inicial.

2. Cuando la Junta de Tratamiento no considere oportuno proponer al Centro Directivo cambio en el grado asignado, se notificará la decisión motivada al interno, que podrá solicitar la remisión del correspondiente informe al Centro Directivo para que resuelva lo procedente sobre el mantenimiento o el cambio de grado. La resolución del Centro Directivo se notificará al interno con indicación del derecho de acudir en vía de recurso ante el Juez de Vigilancia.

3. Cuando una misma Junta reitere por segunda vez la clasificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de clasificación se haga por la Central Penitenciaria de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

Artículo 106. Progresión y regresión de grado. 1. La evolución en el tratamiento penitenciario determinará una nueva clasificación del interno, con la correspondiente propuesta de traslado al Centro penitenciario adecuado o, dentro del mismo Centro, a otro departamento con diferente modalidad de vida.

2. La progresión en el grado de clasificación dependerá de la modificación positiva de aquellos factores directamente relacionados con la actividad delictiva, se manifestará en la conducta global del interno y entrañará un incremento de la confianza depositada en el mismo que permitirá la atribución de responsabilidades más importantes que impliquen un mayor margen de libertad.

3. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno.

4. Cuando el interno no participe en un programa individualizado de tratamiento, la valoración de su evolución se realizará en la forma descrita en el artículo 112.4, salvo cuando la Junta de Tratamiento haya podido efectuar una valoración de la integración social del interno por otros medios legítimos.

5. Para la resolución de las propuestas de progresión y de regresión de grado se observarán las mismas formalidades, plazo y posible ampliación del mismo que se prevén en el artículo 103 para la resolución de la clasificación inicial.

Artículo 107. Notificación al Ministerio Fiscal. Todas las resoluciones de clasificación o progresión a tercer grado adoptadas por el Centro Directivo o por acuerdo unánime de la Junta de Tratamiento según lo previsto en el artículo 103.7, se notificarán, junto con el informe de la Junta de Tratamiento, al Ministerio Fiscal dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de su adopción.

Artículo 108. Regresión provisional. 1. Si un interno clasificado en tercer grado no regresase al Centro penitenciario después de haber disfrutado de un permiso de salida o de cualquier otra salida autorizada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 157.2, se le clasificará provisionalmente en segundo grado, en espera de efectuar la reclasificación correspondiente cuando vuelva a ingresar en un Centro penitenciario.

2. Producido el reingreso, el Director del Centro acordará, como medida cautelar, el pase provisional a régimen ordinario hasta que se efectúe la reclasificación correspondiente.

3. En los supuestos de internos clasificados en tercer grado que fuesen detenidos, ingresados en prisión, procesados o imputados judicialmente por presuntas nuevas responsabilidades, el Director podrá suspender cautelarmente cualquier nueva salida, así como acordar la separación interior que proceda y su pase provisional a régimen ordinario, debiendo proceder la Junta de Tratamiento inmediatamente a la reclasificación correspondiente en su caso.

Artículo 109. Central Penitenciaria de Observación. 1. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos existirá una Central Penitenciaria de Observación con sede en los servicios centrales del Centro Directivo, en donde actuarán un grupo de especialistas integrados en Equipos Técnicos con las siguientes funciones:

- a) Completar la labor de los Equipos Técnicos de los Establecimientos en sus tareas específicas.
- b) Informar sobre cuestiones de carácter técnico que se formulen por el Centro Directivo, así como atender los requerimientos que los Jueces, Tribunales y miembros del Ministerio Fiscal soliciten en materia pericial de las personas sometidas a su jurisdicción.
- c) Realizar una labor de investigación criminológica.
- d) Participar en las tareas docentes y de formación de funcionarios.

2. Dicha Central estudiará en los diversos Centros penitenciarios a aquellos internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para las Juntas de Tratamiento de los Establecimientos o los grupos o tipos de aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo.

3. No obstante, el Centro Directivo podrá designar otra Junta de Tratamiento, especialmente cualificada dadas las peculiaridades del interno, o cuando exista un elevado número de internos en espera de ser estudiados por dicha Central.

TÍTULO V
Del tratamiento penitenciario

CAPÍTULO PRIMERO
CRITERIOS GENERALES

Artículo 110. *Elementos del tratamiento.* Para la consecución de la finalidad resocializadora de la pena privativa de libertad, la Administración Penitenciaria:

a) Diseñará programas formativos orientados a desarrollar las aptitudes de los internos, enriquecer sus conocimientos, mejorar sus capacidades técnicas o profesionales y compensar sus carencias.

b) Utilizará los programas y las técnicas de carácter psicosocial que vayan orientadas a mejorar las capacidades de los internos y a abordar aquellas problemáticas específicas que puedan haber influido en su comportamiento delictivo anterior.

c) Potenciará y facilitará los contactos del interno con el exterior contando, siempre que sea posible, con los recursos de la comunidad como instrumentos fundamentales en las tareas de reinserción.

Artículo 111. *Juntas de Tratamiento y Equipos Técnicos.* 1. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento penitenciarios las realizarán las Juntas de Tratamiento y sus decisiones serán ejecutadas por los Equipos Técnicos, cuya composición y funciones se determinan en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título XI de este Reglamento.

2. Para la adecuada ejecución de estas actividades por los Equipos Técnicos se contará con la colaboración del resto de los profesionales del ámbito penitenciario. A tal fin, la Administración Penitenciaria desarrollará modelos de gestión que incentiven la participación de todos los empleados públicos para lograr programas de tratamiento eficaces.

3. Se facilitará la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas.

Artículo 112. *Participación del interno en el tratamiento.* 1. Se estimulará la participación del interno en la planificación y ejecución de su tratamiento.

2. Con este fin, el profesional del Equipo Técnico encargado de su seguimiento le informará de los objetivos a alcanzar durante el internamiento y de los medios y plazos más adecuados para conseguirlos.

3. El interno podrá rechazar libremente o no colaborar en la realización de cualquier técnica de estudio de su personalidad, sin que ello tenga consecuencias disciplinarias, regimentales ni de regresión de grado.

4. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la clasificación inicial y las posteriores revisiones de la misma se realizarán mediante la observación directa del comportamiento y los informes pertinentes del personal penitenciario de los Equipos Técnicos que tenga relación con el interno, así como utilizando los datos documentales existentes.

CAPÍTULO II
PROGRAMAS DE TRATAMIENTO

Artículo 113. *Actividades de tratamiento.* 1. Las actividades de tratamiento se realizarán tanto en el interior de los Centros penitenciarios como fuera de ellos, en función, en cada caso concreto, de las condiciones más adecuadas para la consecución de los fines constitucionales y legales de la pena privativa de libertad.

2. En todo caso, la Administración Penitenciaria tendrá en cuenta los recursos existentes en la comunidad para la ejecución de las actividades del tratamiento penitenciario.

Artículo 114. Salidas programadas. 1. Para la realización de actividades específicas de tratamiento podrán organizarse salidas programadas destinadas a aquellos internos que ofrezcan garantías de hacer un uso correcto y adecuado de las mismas.

2. En todo caso, los internos serán acompañados por personal del Centro penitenciario o de otras instituciones o por voluntarios que habitualmente realicen actividades relacionadas con el tratamiento penitenciario de los reclusos.

3. Los requisitos necesarios para la concesión de salidas programadas serán los establecidos para los permisos ordinarios de salida en el artículo 154 de este Reglamento.

4. Las salidas programadas serán propuestas por la Junta de Tratamiento, que solicitará la aprobación del Centro Directivo y la posterior autorización del Juez de Vigilancia en aquellos supuestos en que la salida por su duración y por el grado de clasificación del interno, sea competencia de este órgano judicial.

5. Como regla general, la duración de las salidas programadas no será superior a dos días y, en ningún caso, se computarán dentro de los límites establecidos para los permisos ordinarios en el artículo 154.

6. En las salidas programadas se adoptarán en cada caso las medidas oportunas referentes a la forma y medio de traslado, así como las medidas de seguridad correspondientes.

Artículo 115. Grupos en comunidad terapéutica. 1. Para grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrán organizar en los Centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica.

2. Siempre que el Centro Directivo autorice la constitución de uno de estos grupos, la Junta de Tratamiento que esté al frente del mismo asumirá las funciones que tienen atribuidas el Consejo de Dirección y la Comisión Disciplinaria del Centro penitenciario, con exclusión de las que se refieran a los aspectos económico-administrativos.

Artículo 116. Programas de actuación especializada. 1. Todo interno con dependencia de sustancias psicoactivas que lo desee, debe tener a su alcance la posibilidad de seguir programas de tratamiento y deshabituación, con independencia de su situación procesal y de sus vicisitudes penales y penitenciarias.

2. Dentro del marco establecido en el Plan Nacional sobre Drogas, la Administración Penitenciaria, en coordinación con otras Administraciones Públicas o con otros organismos e instituciones debidamente acreditadas, realizará en los Centros penitenciarios los programas de atención especializada en drogodependencias que precisen los internos que voluntariamente lo soliciten.

3. Para la realización de programas permanentes relativos a drogodependencias, el Centro Directivo podrá disponer de departamentos específicos ubicados en diferentes áreas geográficas para evitar, en lo posible, el desarraigo social de los internos que sigan un programa en ellos.

4. La Administración Penitenciaria podrá realizar programas específicos de tratamiento para internos condenados por delitos contra la libertad sexual a tenor de su diagnóstico previo y todos aquellos otros que se considere oportuno establecer. El seguimiento de estos programas será siempre voluntario y no podrá suponer la marginación de los internos afectados en los Centros penitenciarios.

Artículo 117. Medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado. 1. Los internos clasificados en segundo grado de

tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.

2. Esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

3. La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del Juez de Vigilancia. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro Directivo.

4. La Junta de Tratamiento realizará la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa.

5. La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el incumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión.

CAPÍTULO III FORMACIÓN, CULTURA Y DEPORTE

SECCIÓN 1 *Criterios generales*

Artículo 118. *Programación de las actividades.* 1. Las actividades educativas, formativas, socioculturales y deportivas se determinarán por el Consejo de Dirección, teniendo en cuenta los planes de actuación del Centro Directivo, a partir de los programas individualizados elaborados por las Juntas de Tratamiento.

2. Los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales. Con este fin, la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario.

Artículo 119. *Incentivos.* 1. El seguimiento con aprovechamiento de las actividades educativas y formativas y, en general, de todas a las que se refiere el artículo anterior se estimulará mediante los beneficios penitenciarios y recompensas que procedan.

2. Se expedirán a solicitud del interno certificaciones acreditativas de las enseñanzas, cursos o actividades desarrollados, que no deberán contener indicación alguna relativa a su obtención en un Establecimiento penitenciario.

Artículo 120. *Tutorías y orientación académica.* 1. La tutoría y orientación de los internos formará parte de la función docente. Cada grupo de alumnos tendrá un profesor tutor.

2. Los servicios educativos garantizarán la orientación académica, psicopedagógica y profesional de los alumnos, especialmente en lo que se refiere a las diversas opciones educativas y a la transición del sistema educativo a la actividad laboral, prestando singular atención a la superación de hábitos sociales marginales que condicionan el acceso a los distintos estudios y profesiones.

Artículo 121. *Traslados por motivos educativos.* 1. El Centro Directivo podrá conceder, previo informe de la Junta de Tratamiento, traslados de Establecimiento por motivos educativos,

siempre que el interno presente la solicitud con la debida antelación y no existan razones de seguridad que lo desaconsejen.

2. En caso de traslado de un recluso a otro Centro penitenciario por cualquier motivo, se incluirá en su expediente personal el historial escolar del mismo.

SECCIÓN 2

Enseñanza obligatoria

Artículo 122. Formación básica. 1. Al ingresar en el Establecimiento, los internos que no posean titulaciones correspondientes a las enseñanzas obligatorias del sistema educativo serán examinados por el Maestro para conocer su nivel de instrucción y su perfil educativo, así como para determinar el ciclo de enseñanza obligatoria en que deberán ser incluidos.

2. Los servicios educativos determinarán los cursos que deba realizar el interno, que tendrán carácter obligatorio sólo cuando los internos carezcan de los conocimientos propios de la formación de las enseñanzas básicas.

3. En los aspectos académicos, la actividad educativa de los Centros penitenciarios se ajustará a lo que dispongan las autoridades educativas bajo cuyo ámbito se encuentre el Establecimiento penitenciario.

Artículo 123. Actuaciones prioritarias y complementarias. 1. La formación básica que se imparta a los analfabetos, a los jóvenes, a los extranjeros y a las personas con problemas específicos para su acceso a la educación tendrá carácter prioritario.

2. La educación para la salud será objeto de atención preferente.

3. La formación básica de los internos se complementará con las demás actividades que sean necesarias para promover su desarrollo integral.

SECCIÓN 3

Otras enseñanzas

Artículo 124. Acceso. 1. La Administración Penitenciaria facilitará el acceso de los internos a programas educativos de enseñanzas regladas y no regladas que contribuyan a su desarrollo personal.

2. Con este fin, la Administración Penitenciaria promoverá, mediante acuerdos con instituciones públicas y privadas, las actuaciones necesarias para que los internos puedan cursar con aprovechamiento las enseñanzas que componen los diferentes niveles del sistema educativo.

3. Cuando la participación en estos programas educativos implique modificaciones regiminales, deberá solicitarse autorización de la Dirección del Establecimiento, que podrá denegarla por razones de seguridad.

Artículo 125. Educación infantil para menores. En las Unidades de Madres, la Unidad educativa programará cada año una serie de actividades de carácter educativo para los menores.

SECCIÓN 4

Medios personales y materiales

Artículo 126. Unidades Educativas. 1. En cada Centro penitenciario existirá una o varias Unidades Educativas para el desarrollo de los cursos obligatorios de formación básica.

2. En cada Centro existirán Maestros responsables de las actividades educativas, que impartirán las enseñanzas que se determinen y serán responsables de la educación presencial y a distancia que se programe en los diferentes niveles educativos.

3. Las instalaciones educativas estarán acondicionadas y contarán con los medios materiales necesarios para la realización de las actividades formativas bajo el control de la Unidad Educativa.

Artículo 127. Bibliotecas. 1. En cada Establecimiento existirá una biblioteca y una sala de lectura bajo la responsabilidad del Maestro que se determine.

2. Los internos podrán colaborar en la gestión de la biblioteca y proponer las adquisiciones que consideren oportunas, y tendrán derecho a la utilización de los fondos existentes en la misma.

3. En función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales. A tal fin, se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas.

Artículo 128. Disposición de libros y periódicos. 1. Asimismo, los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada de la Junta de Tratamiento del Establecimiento. Contra dicha resolución, que deberá ser notificada al interno, éste podrá acudir en queja ante el Juez de Vigilancia. También estarán informados a través de audiciones radiofónicas y televisivas.

2. En todo caso, no se autorizará la tenencia en el interior de los Establecimientos, de publicaciones que carezcan de depósito legal o pie de imprenta, con excepción de las editadas en el propio Centro penitenciario, así como las que atenten contra la seguridad y buen orden del Establecimiento. Cuando, como consecuencia de dicha prohibición, le sea retirada a algún interno una publicación no autorizada, la resolución que se adopte se notificará al interno y se comunicará al Juez de Vigilancia.

Artículo 129. Disposición de ordenadores personales. 1. Cuando razones de carácter educativo o cultural lo hagan necesario o aconsejable para el desarrollo de los correspondientes programas formativos se podrá autorizar que el interno disponga de un ordenador personal. Con este fin, se exigirá que el interno presente una memoria justificativa de la necesidad avalada por el Profesor o Tutor.

2. El uso del ordenador y del material informático se regulará en las correspondientes normas de régimen interior y, en todo caso, quedará prohibida la transmisión de cintas o «diskettes» y la conexión a redes de comunicación.

3. El Consejo de Dirección podrá retirar la autorización concedida cuando existan fundadas sospechas de que se está haciendo un mal uso de la misma o cuando la autorización no se corresponda con una necesidad real del interno. En todo caso se entenderá que existen sospechas de un mal uso del ordenador cuando el interno se niegue a mostrar el contenido de la totalidad de los archivos del mismo, previo requerimiento del Consejo de Dirección.

SECCIÓN 5

Formación profesional, sociocultural y deportiva

Artículo 130. Formación profesional y ocupacional. 1. Los internos que posean una baja cualificación profesional realizarán los cursos de formación profesional y ocupacional que, de acuerdo con las directrices de la Junta de Tratamiento, se les asignen.

2. Los cursos se organizarán con arreglo a los planes existentes para los restantes ciudadanos en materia de formación profesional y ocupacional y de inserción social y laboral.

3. La formación profesional constará de las partes teórica y práctica que se fijen en los planes correspondientes.

Artículo 131. *Actividades socioculturales y deportivas.* 1. Con arreglo a las directrices marcadas por el Centro Directivo y de acuerdo con las necesidades detectadas por las Juntas de Tratamiento, se programarán las actividades culturales, deportivas y de apoyo más adecuadas para conseguir el desarrollo integral de los internos.

2. Los internos podrán proponer las actividades socioculturales y deportivas que deseen realizar.

3. La Administración Penitenciaria promoverá la máxima participación de los internos en la realización de las actividades culturales, deportivas y de apoyo que se programen, que se destinarán al mayor número posible de internos y tendrán continuidad durante todo el año.

4. Las actividades culturales, deportivas y de apoyo, así como la participación en las mismas de los internos, los profesionales del Centro y los colaboradores sociales del exterior, se coordinarán por la Junta de Tratamiento.

5. Se formará una cartilla donde figurarán todas las actuaciones formativas, laborales, socio-culturales y deportivas que hayan realizado los internos.

CAPÍTULO IV RELACIÓN LABORAL ESPECIAL PENITENCIARIA

SECCIÓN 1 *Criterios generales*

Artículo 132. *Concepto y caracteres.* El trabajo penitenciario de carácter productivo por cuenta ajena no realizado mediante fórmulas cooperativas o similares, a que se refiere la letra c) del artículo 27.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, es un derecho y un deber del interno, constituye un elemento fundamental del tratamiento cuando así resulte de la formulación de un programa individualizado y tiene, además, la finalidad de preparar a los internos para su acceso al mercado laboral cuando alcancen la libertad.

Artículo 133. *El deber de trabajar.* 1. Todos los penados tienen el deber de trabajar conforme a sus aptitudes, ya sea desarrollando el trabajo a que se refiere el artículo anterior o cualquiera de las otras modalidades de ocupación establecidas en el artículo 27 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

2. Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios:

a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.

b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.

c) Los mayores de sesenta y cinco años de edad.

d) Los perceptores de prestaciones por jubilación.

e) Las mujeres embarazadas, con motivo del parto, durante dieciséis semanas ininterrumpidas ampliables por parto múltiple hasta dieciocho semanas, distribuidas antes y después del alumbramiento a opción de la interesada, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

3. Los presos preventivos podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones, a cuyo efecto la Administración Penitenciaria les facilitará los medios de ocupación de que disponga. Cuando voluntariamente realicen trabajos productivos encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria gozarán, en igualdad de condiciones con los penados, de las remuneraciones establecidas para los mismos.

Artículo 134. *Relación laboral especial penitenciaria. ...*

Artículo 134 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 2

Derechos y deberes laborales en la relación laboral especial penitenciaria

Artículo 135. *Derechos laborales. ...*

Artículo 135 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 136. *Deberes laborales. ...*

Artículo 136 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 3

Duración de la relación laboral especial penitenciaria

Artículo 137. *Duración. ...*

Artículo 137 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 4

Organización laboral del trabajo productivo

Artículo 138. *Organización del trabajo productivo. ...*

Artículo 138 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 139. *Trabajo con empresario del exterior. ...*

Artículo 139 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades

laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 140. *Dirección del trabajo y participación de los internos.* ...

Artículo 140 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 141. *Control de la actividad laboral.* ...

Artículo 141 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 142. *Sectores laborales.* ...

Artículo 142 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 5

Promoción en la relación laboral especial penitenciaria

Artículo 143. *Categorías laborales.* ...

Artículo 143 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 144. *Adjudicación de puestos de trabajo.* ...

Artículo 144 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 145. *Ascenso de categorías.* ...

Artículo 145 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 146. *Compatibilidad del trabajo productivo con el tratamiento.* ...

Artículo 146 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 6

Remuneración del trabajo productivo

Artículo 147. *Régimen retributivo.* ...

Artículo 147 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 148. *Pago de las retribuciones.* ...

Artículo 148 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 7

Tiempo de trabajo productivo

Artículo 149. *Calendario y jornada laboral.* ...

Artículo 149 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 150. *Permisos e interrupciones.* ...

Artículo 150 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

SECCIÓN 8

Suspensión y extinción de la relación laboral especial penitenciaria

Artículo 151. *Causas y efectos de la suspensión de la relación laboral especial penitenciaria.* ...

Artículo 151 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

Artículo 152. *Extinción de la relación laboral especial penitenciaria.* ...

Artículo 152 derogado por el número 2. b) de la Disposición Derogatoria Única del RD 782/2001, 6 julio, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad (BOE 7 julio).

Vigencia: 8 julio 2001

CAPÍTULO V TRABAJOS OCUPACIONALES NO PRODUCTIVOS

Artículo 153. Trabajo ocupacional. 1. En los Establecimientos penitenciarios podrán existir talleres ocupacionales donde trabajen los reclusos, de acuerdo con los programas que se establezcan por la Administración Penitenciaria competente o por la Junta de Tratamiento del Centro.

2. Los reclusos que desarrollen trabajos ocupacionales podrán recibir incentivos, recompensas o beneficios penitenciarios por la realización de su trabajo.

3. Los beneficios económicos que pudieran existir por la venta de los productos elaborados en los talleres ocupacionales se destinarán a la reposición de los materiales necesarios para la elaboración de los productos, así como al pago de incentivos a los internos.

4. Los trabajos desarrollados en los talleres ocupacionales no se encuadran en la relación laboral de carácter especial regulada en el capítulo anterior, ni gozan de la acción protectora de la Seguridad Social.

TÍTULO VI De los permisos de salida

CAPÍTULO PRIMERO CLASES, DURACIÓN Y REQUISITOS DE LOS PERMISOS

Artículo 154. Permisos ordinarios. 1. Se podrán conceder, previo informe preceptivo del Equipo Técnico, permisos de salida ordinarios de hasta siete días de duración como preparación para la vida en libertad, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados clasificados en segundo o tercer grado respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena o condenas y no observen mala conducta.

2. Los límites máximos anuales de treinta y seis y cuarenta y ocho días de permisos antes señalados, se distribuirán, como regla general, en los dos semestres naturales de cada año, concediendo en cada uno de ellos hasta dieciocho y veinticuatro días, respectivamente.

3. Dentro de los indicados límites no se computarán las salidas de fin de semana propias del régimen abierto ni las salidas programadas que se regulan en el artículo 114 de este Reglamento, ni los permisos extraordinarios regulados en el artículo siguiente.

Artículo 155. Permisos extraordinarios. 1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos o de alumbramiento de la esposa o persona con la que el recluso se halle ligado por similar relación de afectividad, así como por importantes y comprobados motivos de análoga naturaleza, se concederán, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso, permisos de salida extraordinarios, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo impidan.

2. La duración de cada permiso extraordinario vendrá determinada por su finalidad y no podrá exceder del límite fijado en el artículo anterior para los permisos ordinarios.

3. Cuando se trate de internos clasificados en primer grado será necesaria la autorización expresa del Juez de Vigilancia.

4. Se podrán conceder, con las medidas de seguridad adecuadas en su caso y previo informe médico, permisos extraordinarios de salida de hasta doce horas de duración para consulta ambulatoria extrapenitenciaria de los penados clasificados en segundo o tercer grado, así como permisos extraordinarios de hasta dos días de duración cuando los mismos deban ingresar en un hospital extrapenitenciario. En este último caso, si el interno tuviera que permanecer ingresado más de dos

días, la prolongación del permiso por el tiempo necesario deberá ser autorizada por el Juez de Vigilancia cuando se trate de penados clasificados en segundo grado o por el Centro Directivo para los clasificados en tercer grado.

5. Los permisos a que se refiere el apartado anterior no estarán sometidos, en general, a control ni custodia del interno cuando se trate de penados clasificados en tercer grado y podrán concederse en régimen de autogobierno para los penados clasificados en segundo grado que disfruten habitualmente de permisos ordinarios de salida.

Artículo 156. Informe del Equipo Técnico. 1. El informe preceptivo del Equipo Técnico será desfavorable cuando, por la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o por la existencia de variables cualitativas desfavorables, resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento.

2. El Equipo Técnico establecerá, en su informe, las condiciones y controles que se deban observar, en su caso, durante el disfrute del permiso de salida, cuyo cumplimiento será valorado para la concesión de nuevos permisos.

Artículo 157. Suspensión y revocación de permisos de salida. 1. Cuando antes de iniciarse el disfrute de un permiso ordinario o extraordinario, se produzcan hechos que modifiquen las circunstancias que propiciaron su concesión, la Dirección podrá suspender motivadamente con carácter provisional el permiso, poniéndose en conocimiento de la Autoridad administrativa o judicial competente la suspensión para que resuelva lo que proceda.

2. Si el interno aprovechase el disfrute de cualquier clase de permiso para fugarse o cometiese un nuevo delito durante el mismo, quedará sin efecto el permiso concedido, sin perjuicio de las consecuencias que se puedan derivar de su conducta en el orden penal y penitenciario y de que dichas circunstancias deban valorarse negativamente por el Equipo Técnico para la concesión de futuros permisos ordinarios.

Artículo 158. Compatibilidad de permisos ordinarios y extraordinarios. 1. La concesión de un permiso extraordinario no excluye la de los ordinarios de los internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento.

2. En ningún caso se concederá un permiso extraordinario cuando el supuesto de hecho o las circunstancias concurrentes permitan su tramitación como permiso ordinario.

Artículo 159. Permisos de salida de preventivos. Los permisos de salida regulados en este Capítulo podrán ser concedidos a internos preventivos, previa aprobación, en cada caso, de la Autoridad judicial correspondiente.

CAPÍTULO II PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN

Artículo 160. Iniciación e instrucción. 1. La solicitud de permisos de salida ordinarios o extraordinarios que formule el interno será informada por el Equipo Técnico, que comprobará la concurrencia de los requisitos objetivos exigidos para el disfrute del permiso, valorará las circunstancias peculiares determinantes de su finalidad y establecerá, cuando proceda, las condiciones y controles a que se refiere el artículo 156.

2. A la vista de dicho informe preceptivo, la Junta de Tratamiento acordará la concesión o denegación del permiso solicitado por el interno.

Artículo 161. Concesión. 1. Si la Junta de Tratamiento acuerda conceder el permiso solicitado por el interno, elevará dicho acuerdo, junto con el informe del Equipo Técnico, al Juez de Vigilancia o al Centro Directivo, según se trate de internos clasificados en segundo o tercer grado de tratamiento, respectivamente, para la autorización correspondiente.

2. Los permisos ordinarios a penados de hasta dos días de duración serán autorizados por el Centro Directivo.

3. Cuando se trate de internos preventivos será necesaria, en todo caso, la autorización expresa de la Autoridad judicial a cuya disposición se encuentre el interno.

4. En los supuestos de urgencia, el permiso extraordinario podrá ser autorizado por el Director del Establecimiento, previa consulta al Centro Directivo si hubiere lugar a ello, y sin perjuicio de comunicar a la Junta de Tratamiento la autorización concedida.

Artículo 162. Denegación. Cuando la Junta de Tratamiento acuerde denegar el permiso solicitado por el interno, se notificará a éste la decisión motivada con indicación expresa de su derecho a acudir en vía de queja al Juez de Vigilancia Penitenciaria.

TÍTULO VII

Formas especiales de ejecución

CAPÍTULO PRIMERO

INTERNAMIENTO EN UN CENTRO DE INSERCIÓN SOCIAL

Artículo 163. Concepto. 1. Los Centros de Inserción Social son Establecimientos penitenciarios destinados al cumplimiento de penas privativas de libertad en régimen abierto y de las penas de arresto de fin de semana, así como al seguimiento de cuantas penas no privativas de libertad se establezcan en la legislación penal y cuya ejecución se atribuya a los servicios correspondientes del Ministerio de Justicia e Interior u órgano autonómico competente. También se dedicarán al seguimiento de los liberados condicionales que tengan adscritos.

2. La actividad penitenciaria en estos Centros tendrá por objeto esencial potenciar las capacidades de inserción social positiva que presenten las personas en ellos internadas mediante el desarrollo de actividades y programas de tratamiento destinados a favorecer su incorporación al medio social.

Véase OM INT/333/2005, de 3 de febrero, por la que se crea el Centro de Inserción Social «Rafael Salillas», en Huesca, dependiente del Centro Penitenciario de Zaragoza (BOE 19 febrero).

Véase Orden INT/2941/2006, de 19 de septiembre, por la que se crea el Centro de Inserción Social «Miguel Hernández», en Alicante, dependiente del Centro Penitenciario de Cumplimiento, de Alicante (BOE 27 septiembre).

Artículo 164. Funcionamiento. 1. El funcionamiento de estos Centros estará basado en el principio de confianza en el interno y en la aceptación voluntaria por el mismo de los programas de tratamiento.

2. Serán principios rectores de su actividad:

a) Integración, facilitando la participación plena del interno en la vida familiar, social y laboral y proporcionando la atención que precise a través de los servicios generales buscando su inserción en el entorno familiar y social adecuado.

b) Coordinación, con cuantos organismos e instituciones públicas y privadas actúen en la atención y reinserción de los internos, prestando especial atención a la utilización de los recursos sociales externos, particularmente en materia de sanidad, educación, acción formativa y trabajo.

3. Para el cumplimiento de sus fines, los Centros de Inserción Social contarán con los órganos y equipo de profesionales que se determinen en las normas de desarrollo de este Reglamento.

4. Los anteriores principios, en tanto que inspiradores de los Centros de Inserción Social, configuran un funcionamiento específico de éstos dentro del sistema penitenciario con finalidades, objetivos y normas propias. Dichas normas deberán ser promulgadas por el Ministerio de Justicia e Interior u órgano autonómico competente como complemento de este Reglamento, el cual se aplicará supletoriamente a las mismas.

CAPÍTULO II UNIDADES DEPENDIENTES

Artículo 165. *Concepto.* 1. Las Unidades Dependientes son unidades arquitectónicamente ubicadas fuera del recinto de los Centros penitenciarios, preferentemente en viviendas ordinarias del entorno comunitario, sin ningún signo de distinción externa relativo a su dedicación.

2. Los servicios y prestaciones de carácter formativo, laboral y tratamental que en ellas reciben los internos son gestionados de forma directa y preferente por asociaciones u organismos no penitenciarios. Ello no obsta a que la Administración Penitenciaria pueda participar también en tales tareas con personal de ella dependiente, sin perjuicio de las funciones de control y coordinación que le competen.

3. Administrativamente dependerán siempre de un Centro penitenciario, conservando sus órganos colegiados y unipersonales las competencias y responsabilidades respecto a los internos en ellas destinados recogidas en la legislación vigente, con el mayor respeto posible a los principios de especificidad y autonomía que confieren su razón de ser a estas Unidades.

4. Los Directores de los Centros penitenciarios deberán comunicar puntualmente a la Secretaría de Estado u órgano autonómico equivalente cualquier modificación que se produzca o esté prevista relativa a cualquiera de los datos correspondientes a Unidades Dependientes de sus Centros penitenciarios.

5. Los penados en ellas destinados necesitarán estar clasificados en el tercer grado de tratamiento, cumpliendo los requisitos establecidos en la legislación general.

Artículo 166. *Creación.* 1. La creación de nuevas Unidades Dependientes se llevará a cabo mediante Orden Ministerial o resolución autonómica equivalente, pudiendo venir propiciadas estas actuaciones por la suscripción de acuerdos o convenios de colaboración entre la Administración Penitenciaria correspondiente y otras Instituciones dedicadas a la resocialización de los internos.

2. Todas las Unidades Dependientes contarán con unas normas de funcionamiento interno, que recogerán las obligaciones y derechos específicos de los residentes, el horario general, así como las normas de convivencia y comunicaciones internas. Tales normas se fijarán, con la adecuación a las previstas en el apartado siguiente, por los responsables de la Unidad y deberán obtener la aprobación del Consejo de Dirección del Centro penitenciario, previo informe de la Junta de Tratamiento.

3. Existirán igualmente unas normas de organización y seguimiento, en las que se recogerán, entre otros extremos, los objetivos específicos de la Unidad, los perfiles preferentes de los internos a ella destinados, la composición de los órganos mixtos integrados por la Administración Penitenciaria y la Institución correspondiente para el seguimiento del funcionamiento de la Unidad, el régimen ordinario de reuniones, sus pautas concretas de actuación y el servicio que en ellas deban prestar funcionarios penitenciarios. Tales normas se prepararán por la Junta de Tratamiento del

Centro penitenciario de forma coordinada con la Institución no penitenciaria y deberán ser aprobadas por el Centro Directivo.

Artículo 167. Selección y destino. 1. La selección de los internos que hayan de ser destinados a una Unidad Dependiente se llevará a cabo por la Junta de Tratamiento, atendiendo a los criterios generales para la clasificación en tercer grado y a los perfiles preferentes existentes en cada una de ellas.

2. El destino de un interno a una Unidad Dependiente precisa de su previa y expresa aceptación de la normativa propia de la Unidad, de acuerdo con los principios de mutua confianza y auto-responsabilidad que informan el régimen abierto.

3. Por el Director del Establecimiento se dará cuenta al Juez de Vigilancia Penitenciaria del destino de cada interno a la Unidad Dependiente, así como de los posibles cambios de destino que se produzcan.

CAPÍTULO III

INTERNAMIENTO EN UN ESTABLECIMIENTO O DEPARTAMENTO MIXTO

Artículo 168. Centros o Departamentos Mixtos. Con carácter excepcional, el Centro Directivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, a), de la Ley Orgánica General Penitenciaria podrá, para ejecutar programas específicos de tratamiento o para evitar la desestructuración familiar, establecer, para grupos determinados de población penitenciaria, Centros o Departamentos Mixtos donde indistintamente puedan ser destinados hombres y mujeres.

Artículo 169. Voluntariedad. 1. Cuando las Juntas de Tratamiento, contando con el consentimiento de los seleccionados exigido en el artículo 99.3 de este Reglamento, formulen propuestas de destino a un Establecimiento de este tipo, deberán valorar ponderadamente todas las circunstancias personales y penitenciarias concurrentes y, especialmente, las variables de autocontrol individual de los internos.

2. No podrán ser destinados a estos Departamentos Mixtos los internos condenados por delitos contra la libertad sexual.

Artículo 170. Comunidad terapéutica. El Centro Directivo podrá autorizar que se organicen en estos Establecimientos grupos de comunidad terapéutica en la forma y condiciones establecidas en el artículo 115 de este Reglamento.

Artículo 171. Actividades en común. En función de la diferenciación sexual de los residentes, los Consejos de Dirección o la Junta de Tratamiento responsable en los supuestos de comunidad terapéutica del artículo anterior, someterán al Centro Directivo para su aprobación las normas de régimen interior, donde se detallarán qué tipo de actividades pueden ser realizadas en común y aquellas otras para las que el criterio general de separación de la Ley Orgánica General Penitenciaria debe seguir presidiendo el régimen de vida.

Artículo 172. Cónyuges. En todo caso, y salvo que razones de tratamiento, clasificación, seguridad o buen orden del Establecimiento lo hagan desaconsejable se fomentará la plena convivencia de los cónyuges que se encuentren privados de libertad.

CAPÍTULO IV INTERNAMIENTO EN DEPARTAMENTOS PARA JÓVENES

Artículo 173. Principios generales. 1. El régimen de vida de los departamentos para jóvenes se caracterizará por una acción educativa intensa. Se considera jóvenes a los internos menores de veintiún años y, excepcionalmente, los que no hayan alcanzado los veinticinco años de edad.

2. El personal adscrito a los departamentos para jóvenes dirigirá sus actuaciones a la formación integral de los internos, potenciando y desarrollando sus capacidades por medio de técnicas compensatorias que les ayuden a mejorar sus conocimientos y capacidades, de modo que se incrementen sus oportunidades de reinserción en la sociedad.

3. Se fomentará, en la medida de lo posible, el contacto del interno con su entorno social, utilizando al máximo los recursos existentes y procurando la participación de las instituciones comunitarias en la vida del departamento.

Artículo 174. Medios y programas. 1. Como consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, todos los medios educativos de atención especializada y todos los demás medios apropiados deberán estar disponibles y ser utilizados para responder a las necesidades del tratamiento personalizado del interno.

2. Las condiciones arquitectónicas y ambientales, el sistema de convivencia y la organización de la vida del departamento se estructurarán de manera que se garantice el desarrollo de cinco programas fundamentales:

a) Un programa de formación instrumental y formación básica, entendida como una formación general y compensadora de una educación deficitaria en relación con el desarrollo y las exigencias de la sociedad actual. Este ámbito ha de permitir el acceso del interno a todos los niveles de enseñanza establecidos en la ordenación del sistema educativo.

b) Un programa de formación laboral que comprenda tanto el aprendizaje inicial para poder incorporarse al mercado de trabajo, como la actualización, la reconversión y el perfeccionamiento de conocimientos y habilidades para ejercer una profesión o un oficio según las exigencias del desarrollo social y del cambio constante del sistema productivo.

c) Un programa de formación para el ocio y la cultura que pretenda el aprovechamiento del tiempo libre con finalidades formativas y la profundización en los valores cívicos.

d) Un programa dirigido a la educación física y el deporte que permita, además de mejorar el estado de su organismo, liberar tensiones tanto físicas como psicológicas.

e) Un programa de intervención dirigido a aquellas problemáticas de tipo psicosocial, de drogodependencias o de otro tipo que dificulten la integración social normalizada de los internos.

Artículo 175. Educación. 1. Al diseñar el modelo individualizado de intervención o el programa de tratamiento, se establecerá un proyecto educativo de acuerdo con las características personales de cada joven internado.

2. El proyecto educativo del joven será objeto de seguimiento y de evaluación periódica y en su ejecución participarán todos los profesionales que atiendan al interno.

Artículo 176. Régimen. Atendiendo al régimen, los módulos o departamentos de jóvenes se diversificarán en distintos tipos según que los internos a ellos destinados se encuentren clasificados en primero, segundo o tercer grado de tratamiento.

Artículo 177. Modalidades de vida. Para alcanzar los objetivos establecidos en cada programa individualizado de ejecución y potenciar el interés, la colaboración y la participación de los internos en su tratamiento, será preciso poner en práctica un sistema flexible de separación, a cuyo

efecto en cada departamento se establecerán diversas modalidades de vida, caracterizadas por márgenes progresivos de confianza y libertad.

CAPÍTULO V INTERNAMIENTO EN UNIDADES DE MADRES

Artículo 178. *Normas de funcionamiento.* De acuerdo con lo establecido en el artículo 17, la Administración Penitenciaria dispondrá para los menores y sus madres de Unidades de Madres, que se regirán, en sus aspectos esenciales, por las siguientes normas:

1.^a La Junta de Tratamiento programará las actividades formativas y lúdicas, así como las salidas programadas al exterior de los menores, con especial atención a su integración social en la comunidad donde esté ubicado el Establecimiento, a cuyo fin contará con la colaboración de los especialistas a que se refieren las normas 2.^a y 3.^a y de los servicios sociales del Centro correspondiente.

2.^a En estas Unidades existirá un Especialista de Educación Infantil que orientará la programación educacional y lúdica de las actividades de los menores.

3.^a Los menores tendrán cubierta la asistencia médica en el Establecimiento por un especialista en Pediatría.

4.^a La Administración garantizará a los menores las horas de descanso y de juego que aquéllos precisen. A estos fines, se dedicará un espacio suficiente de acción formativa con elementos de juego y de entretenimiento.

5.^a El régimen de visitas del menor sólo podrá restringirse de forma transitoria por razones de orden y de seguridad del Establecimiento.

6.^a En el caso de madres que carezcan de medios económicos suficientes, la Administración proveerá lo necesario para el cuidado infantil de los hijos con los que compartan su internamiento.

Artículo 179. *Horario flexible.* Con relación a las internas con hijos menores clasificadas en tercer grado, la Junta de Tratamiento podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen.

Artículo 180. *Unidades Dependientes.* El Centro Directivo podrá autorizar, a propuesta de la Junta de Tratamiento, que las internas clasificadas en tercer grado de tratamiento con hijos menores sean destinadas a Unidades Dependientes exteriores, donde éstos podrán integrarse plenamente en el ámbito laboral y escolar.

Artículo 181. *Adopción de medidas excepcionales.* Cuando se detecte que un menor es objeto de malos tratos, físicos o psíquicos o es utilizado por su madre o familiares para introducir o extraer del Establecimiento sustancias u objetos no autorizados, el Consejo de Dirección, previo informe de la Junta de Tratamiento, lo comunicará a la Autoridad competente en materia de menores para que decida lo que estime procedente.

CAPÍTULO VI CUMPLIMIENTO EN UNIDADES EXTRAPENITENCIARIAS

Artículo 182. *Internamiento en centro de deshabitación y en centro educativo especial.* 1. El Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extrapenitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones, dando cuenta al Juez de Vigilancia.

2. La autorización estará sometida a las siguientes condiciones, que deberán constatarse en el protocolo del interno instruido al efecto:

a) Programa de deshabitación aprobado por la institución de acogida, que deberá contener el compromiso expreso de la institución de acoger al interno y de comunicar al Centro penitenciario las incidencias que surjan en el tratamiento.

b) Consentimiento y compromiso expresos del interno para observar el régimen de vida propio de la institución de acogida.

c) Programa de seguimiento del interno, aprobado conjuntamente por el Centro penitenciario y la institución de acogida, que deberá contener los controles oportunos establecidos por el Centro, cuya aceptación previa y expresa por el interno será requisito imprescindible para poder conceder la autorización.

3. La Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal.

Véase OMINT/3259/2003, de 13 de noviembre, por la que se convoca subvención para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad y determinados programas de atención social (BOE 25 noviembre).

Véase Orden INT/3012/2005, de 16 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad y determinados programas de atención social (BOE 30 septiembre).

CAPÍTULO VII INTERNAMIENTO EN UN ESTABLECIMIENTO O UNIDADES PSIQUIÁTRICAS PENITENCIARIAS

Artículo 183. *Objeto.* Los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias son aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad aplicadas por los Tribunales correspondientes.

Artículo 184. *Ingreso.* El ingreso en estos Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias se llevará a cabo en los siguientes casos:

a) Los detenidos o presos con patología psiquiátrica, cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe.

Una vez emitido el informe, si la autoridad judicial no decidiese la libertad del interno, el Centro Directivo podrá decidir su traslado al Centro que le corresponda.

b) Personas a las que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centro psiquiátrico penitenciario.

c) Penados a los que, por enfermedad mental sobrevenida, se les haya impuesto una medida de seguridad por el Tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en un Establecimiento o Unidad psiquiátrica penitenciaria.

Artículo 185. *Equipo multidisciplinar.* 1. Para garantizar un adecuado nivel de asistencia, los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas penitenciarias dispondrán, al menos, de un Equipo multidisciplinar, integrado por los psiquiatras, psicólogos, médicos generales, enfermeros y trabajadores sociales que sean necesarios para prestar la asistencia especializada que precisen los pacientes internados en aquéllos. También contarán con los profesionales y el personal auxiliar necesario para la ejecución de los programas de rehabilitación.

2. La Administración Penitenciaria solicitará la colaboración necesaria de otras Administraciones Públicas con competencia en la materia para que el tratamiento psiquiátrico de los internos continúe, si es necesario, después de su puesta en libertad y para que se garantice una asistencia social postpenitenciaria de carácter psiquiátrico, así como para que los enfermos cuya situación personal y procesal lo permita puedan ser integrados en los programas de rehabilitación y en las estructuras intermedias existentes en el modelo comunitario de atención a la salud mental.

Artículo 186. *Atención, destino e informe a la Autoridad judicial en el momento del ingreso.*

1. En el momento de ingresar, el paciente será atendido por el facultativo de guardia, quien, a la vista de los informes del Centro de procedencia y del resultado de su reconocimiento, dispondrá lo conveniente respecto al destino de aquél a la dependencia más adecuada y al tratamiento a seguir hasta que sea reconocido por el psiquiatra.

2. El equipo que atienda al paciente deberá presentar un informe a la Autoridad judicial correspondiente, en el que se haga constar la propuesta que se formula sobre cuestiones como el diagnóstico y la evolución observada con el tratamiento, el juicio pronóstico que se formula, la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento, la separación, el traslado a otro Establecimiento o Unidad Psiquiátrica, el programa de rehabilitación, la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida de aquél del Centro.

Artículo 187. *Revisión.* 1. La peculiaridad del internamiento de los enajenados reclama una información periódica para el debido control judicial, a cuyo efecto la situación personal del paciente será revisada, al menos, cada seis meses por el Equipo multidisciplinar, emitiendo un informe sobre su estado y evolución.

2. El informe a que se hace referencia en el apartado anterior, así como el previsto en el artículo 186 serán remitidos al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

Artículo 188. *Régimen de los Establecimientos o Unidades Psiquiátricas.* 1. La separación en los distintos departamentos de que consten los Establecimientos o Unidades se hará en atención a las necesidades asistenciales de cada paciente.

2. Las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias en función del estado de salud de aquél o del éxito del tratamiento.

3. El empleo de medios coercitivos es una medida excepcional, que sólo podrá ser admitida por indicación del facultativo y durante el tiempo mínimo imprescindible previo al efecto del tratamiento farmacológico que esté indicado, debiéndose respetar, en todo momento, la dignidad de la persona. Incluso en los supuestos de que médicamente se considere que no hay alternativa alguna a la aplicación de los medios expresados, la medida debe ser puntualmente puesta en conocimiento de la Autoridad judicial de la que dependa el paciente, dándose traslado documental de su prescripción médica.

4. Las disposiciones de régimen disciplinario contenidas en este Reglamento no serán de aplicación a los pacientes internados en estas instituciones.

Artículo 189. *Actividades rehabilitadoras.* Con el fin de incrementar las posibilidades de desinstitutionalización de la población internada y facilitar su vuelta al medio social y familiar, así como su integración en los recursos sanitarios externos, en los Establecimientos o Unidades se establecerá, con soporte escrito una programación general de actividades rehabilitadoras, así como programas individuales de rehabilitación para cada paciente, no debiendo limitarse la aplicación de estas medidas a quienes presenten mayores posibilidades de reinserción laboral o social, sino abarcando también a aquellos que, aun teniendo más dificultades para su reinserción puedan,

no obstante, mejorar, mediante la aplicación de los correspondientes tratamientos, aspectos tales como la autonomía personal y la integración social.

Artículo 190. *Relaciones con el exterior.* Las comunicaciones con el exterior de los pacientes se fijarán en el marco del programa individual de rehabilitación de cada uno de aquéllos, indicando el número de comunicaciones y salidas, la duración de las mismas, las personas con quienes los pacientes puedan comunicar y las condiciones en que se celebren las mencionadas comunicaciones.

Artículo 191. *Criterios de localización y diseño.* 1. Para fijar la ubicación y el diseño de las instalaciones psiquiátricas, deberán tenerse en cuenta, como elementos determinantes, factores tales como los criterios terapéuticos, la necesidad de favorecer el esparcimiento y la utilización del ocio por parte de los pacientes internados, así como la disposición de espacio suficiente para el adecuado desarrollo de las actividades terapéuticas y rehabilitadoras.

2. La Administración Penitenciaria procurará que la distribución territorial de las instalaciones psiquiátricas penitenciarias favorezca la rehabilitación de los enfermos a través del arraigo en su entorno familiar, mediante los correspondientes acuerdos y convenios con las Administraciones sanitarias competentes.

TÍTULO VIII

De la libertad condicional y de los beneficios penitenciarios

CAPÍTULO PRIMERO LIBERTAD CONDICIONAL

Artículo 192. *Libertad condicional.* Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal cumplirán el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme a lo dispuesto en dicho Código.

Artículo 193. *Cómputo del tiempo cumplido.* Para el cómputo de las tres cuartas partes o, en su caso, dos terceras partes de la pena, se tendrán en cuenta las siguientes normas:

1.^a El tiempo de condena que fuera objeto de indulto se rebajará al penado del total de la pena impuesta, a los efectos de aplicar la libertad condicional, procediendo como si se tratase de una nueva pena de inferior duración.

2.^a Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total.

Artículo 194. *Iniciación del expediente.* La Junta de Tratamiento deberá iniciar la tramitación del correspondiente expediente con la antelación necesaria para que no sufra retraso la concesión de este beneficio.

Artículo 195. *Expediente de libertad condicional.* El expediente de libertad condicional habrá de contener, en su caso, los siguientes documentos:

- a) Testimonio de sentencia o sentencias recaídas y de la correspondiente liquidación de condena.
- b) Certificación acreditativa de los beneficios penitenciarios y de la clasificación en tercer grado.
- c) Informe pronóstico de integración social emitido por la Junta de Tratamiento de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.
- d) Resumen de su situación penal y penitenciaria con indicación de las fechas de prisión continuada y de las de cumplimiento de las dos terceras partes y tres cuartas partes de la condena así

como de la fecha de libertad definitiva. Igualmente se indicarán los permisos de salida disfrutados y sus incidencias, así como las sanciones y sus cancelaciones, para lo cual se podrá aportar copia de los ficheros informáticos penitenciarios.

e) Programa individual de libertad condicional y plan de seguimiento.

f) Acta de compromiso de acogida por parte de su familia, persona allegada o instituciones sociales extrapenitenciarias.

g) Manifestación del interesado sobre la localidad en que piensa fijar su residencia y sobre si acepta la tutela y control de un miembro de los servicios sociales del Centro, que informarán sobre las posibilidades de control del interno. En la fijación de la residencia se habrá de tener en cuenta la prohibición de residir en un lugar determinado o de volver a determinados lugares que, en su caso, hubiera impuesto el Tribunal.

h) Manifestación del interesado sobre el trabajo o medio de vida de que dispondrá al salir en libertad o, en el supuesto de que no disponga, informe de los servicios sociales sobre la posibilidad de trabajo en el exterior.

i) Certificación literal del acta de la Junta de Tratamiento del Establecimiento en la que se recoja el acuerdo de iniciación del expediente a que se refiere el artículo anterior, donde, en su caso, se propondrá al Juez de Vigilancia la aplicación de una o varias de las reglas de conducta previstas en el artículo 105 del Código Penal.

Artículo 196. Libertad condicional de septuagenarios y enfermos terminales. 1. Se elevará al Juez de Vigilancia el expediente de libertad condicional de los penados que hubiesen cumplido setenta años o los cumplan durante la extinción de la condena. En el expediente deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código Penal, excepto el de haber extinguido las tres cuartas partes o, en su caso, las dos terceras partes de la condena o condenas.

2. Igual sistema se seguirá cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables. Cuando los servicios médicos del Centro consideren que concurren las condiciones para la concesión de la libertad condicional por esta causa, lo pondrán en conocimiento de la Junta de Tratamiento, mediante la elaboración del oportuno informe médico.

3. En ambos supuestos, el expediente deberá contener los documentos a que se refiere el artículo anterior, excepto los relativos a la letra h), junto con un informe social en el que constará, en su caso, la admisión del interno por alguna institución o asociación cuando éste carezca de vinculación o apoyo familiar en el exterior. Cuando se trate de enfermos muy graves con padecimientos incurables se incluirá en el expediente el informe médico acreditativo de la enfermedad, así como de la gravedad e irreversibilidad de la misma. En el caso de septuagenarios, se acreditará la edad del interno mediante la certificación de nacimiento del mismo o, en su defecto, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

4. La Administración velará para facilitar al penado el apoyo social externo cuando carezca del mismo.

Véase Orden INT/3012/2005, de 16 de septiembre, por la que se establecen las bases reguladoras de concesión de subvenciones para la colaboración en la ejecución y seguimiento de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad y determinados programas de atención social (BOE 30 septiembre).

Artículo 197. Libertad condicional de extranjeros. 1. En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país

fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna.

2. Con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el artículo 89 del Código Penal, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas.

Artículo 198. Remisión al Juzgado de Vigilancia. 1. Concluido el expediente, la Junta de Tratamiento lo elevará al Juez de Vigilancia, haciendo constar los certificados e informes necesarios para acreditar la existencia de los requisitos legales y, en su caso, propuesta razonada de autorización de la libertad condicional.

2. En todo caso, el expediente de libertad condicional deberá tener entrada en el Juzgado de Vigilancia antes del cumplimiento del tiempo requerido de condena, debiendo justificarse, en caso contrario, el retraso de su envío.

Artículo 199. Excarcelación. 1. Recibida en el Establecimiento la resolución judicial de poner en libertad condicional a un penado, el Director la cumplimentará seguidamente remitiendo copia al Centro Directivo y dando cuenta a la Junta de Tratamiento en la primera sesión que se celebre.

2. El Director del Establecimiento expedirá al liberado condicional certificado acreditativo de su situación.

3. Si el auto de libertad condicional se recibiera antes de la fecha de cumplimiento prevista, no se procederá a ejecutar la libertad hasta el mismo día de cumplimiento.

4. Si en el tiempo que medie entre la elevación y la fecha de cumplimiento el penado observase mala conducta, se modificase su pronóstico o se descubriera algún error o inexactitud en los informes aportados al expediente, el Director dará cuenta inmediata al Juez de Vigilancia a fin de que éste adopte la resolución que proceda.

Artículo 200. Control del liberado condicional. 1. Para su adecuado seguimiento y control, los liberados condicionales se adscribirán al Centro penitenciario o al Centro de Inserción Social más próximo al domicilio en que vayan a residir.

2. El seguimiento y control de los liberados condicionales, hasta el cumplimiento total de la condena o, en su caso, hasta la revocación de la libertad condicional, se efectuará por los servicios sociales penitenciarios del Centro al que hayan sido adscritos, con arreglo a las directrices marcadas por la Junta de Tratamiento correspondiente.

3. Con este fin, la Junta de Tratamiento, como continuación del modelo de intervención de los penados, elaborará un programa individualizado para el seguimiento de los liberados condicionales que se adscriban al Centro penitenciario, que será ejecutado por los servicios sociales del mismo.

4. Las reglas de conducta que imponga, en su caso, el Juez de Vigilancia se incorporarán al programa a que se refiere el apartado anterior.

5. Los informes que soliciten las Autoridades judiciales y los órganos responsables del seguimiento y control de los liberados condicionales se realizarán por los servicios sociales penitenciarios del Centro correspondiente.

Artículo 201. Causas de revocación. 1. El período de libertad condicional durará todo el tiempo que falte al liberado para cumplir su condena siempre que durante el mismo observe un

comportamiento que no dé lugar a la revocación del beneficio y reingreso en Establecimiento penitenciario.

2. Si en dicho período el liberado volviera a delinquir o inobservarse las reglas de conducta impuestas, en su caso, por el Juez de Vigilancia, el responsable de los servicios sociales lo comunicará, con remisión de cuantos datos puedan ser útiles, a éste para la adopción de la resolución que proceda respecto a la revocación de la libertad condicional.

3. En caso de revocación, cuando el interno reingrese en prisión le será de aplicación el régimen ordinario, hasta que por la Junta de Tratamiento se proceda nuevamente a su clasificación.

CAPÍTULO II BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Artículo 202. *Concepto y clases.* 1. A los efectos de este Reglamento, se entenderá por beneficios penitenciarios aquellas medidas que permiten la reducción de la duración de la condena impuesta en sentencia firme o de la del tiempo efectivo de internamiento.

2. Constituyen, por tanto, beneficios penitenciarios el adelantamiento de la libertad condicional y el indulto particular.

Artículo 203. *Finalidad.* Los beneficios penitenciarios responden a las exigencias de la individualización de la pena en atención a la concurrencia de factores positivos en la evolución del interno, encaminados a conseguir su reeducación y reinserción social como fin principal de la pena privativa de libertad.

Artículo 204. *Propuesta.* La propuesta de los beneficios penitenciarios requerirá, en todo caso, la ponderación razonada de los factores que la motivan, así como la acreditación de la concurrencia de buena conducta, el trabajo, la participación del interesado en las actividades de reeducación y reinserción social y la evolución positiva en el proceso de reinserción.

Artículo 205. *Adelantamiento de la libertad condicional.* Las Juntas de Tratamiento de los Centros penitenciarios previa emisión de un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social podrán proponer al Juez de Vigilancia competente el adelantamiento de la libertad condicional para los penados clasificados en tercer grado, siempre que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena o condenas y que sean merecedores de dicho beneficio por observar buena conducta y haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales, conforme a lo establecido en el Código Penal.

Artículo 206. *Indulto particular.* 1. La Junta de Tratamiento, previa propuesta del Equipo Técnico, podrá solicitar del Juez de Vigilancia Penitenciaria la tramitación de un indulto particular, en la cuantía que aconsejen las circunstancias, para los penados en los que concurren, de modo continuado durante un tiempo mínimo de dos años y en un grado que se pueda calificar de extraordinario, todas y cada una de las siguientes circunstancias:

- a) Buena conducta.
- b) Desempeño de una actividad laboral normal, bien en el Establecimiento o en el exterior, que se pueda considerar útil para su preparación para la vida en libertad.
- c) Participación en las actividades de reeducación y reinserción social.

2. La tramitación del indulto a que se refiere el párrafo anterior se regulará por lo dispuesto en la vigente legislación sobre el ejercicio del derecho de gracia y en las disposiciones que la complementen o modifiquen.

TÍTULO IX
De las prestaciones de la Administración Penitenciaria

CAPÍTULO PRIMERO
ASISTENCIA SANITARIA E HIGIENE

SECCIÓN 1
Asistencia sanitaria

Artículo 207. *Asistencia integral.* 1. La asistencia sanitaria tendrá carácter integral y estará orientada tanto a la prevención como a la curación y la rehabilitación. Especial atención merecerá la prevención de las enfermedades transmisibles.

2. A tal efecto, la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias formalizarán los correspondientes convenios de colaboración en materia de salud pública y asistencia sanitaria, en los que se definirán los criterios generales de coordinación, protocolos, planes y procedimientos, así como la financiación a cargo de la Administración Penitenciaria de la asistencia, mediante el pago de la parte proporcional, según la población reclusa, de los créditos fijados para estas atenciones, para cuyo cálculo se tendrá en cuenta el número de internos que estén afiliados a la Seguridad Social o que tengan derecho a la asistencia sanitaria gratuita.

3. La Administración Penitenciaria abonará a las Administraciones Sanitarias competentes los gastos originados por las inversiones precisas para la adecuación de las plantas de hospitalización o consultas de los Centros Hospitalarios extrapenitenciarios por motivos de seguridad.

Artículo 208. *Prestaciones sanitarias.* 1. A todos los internos sin excepción se les garantizará una atención médico-sanitaria equivalente a la dispensada al conjunto de la población. Tendrán igualmente derecho a la prestación farmacéutica y a las prestaciones complementarias básicas que se deriven de esta atención.

2. Las prestaciones sanitarias se garantizarán con medios propios o ajenos concertados por la Administración Penitenciaria competente y las Administraciones Sanitarias correspondientes.

Artículo 209. *Modelo de atención sanitaria.* 1. Atención primaria:

1.1. La atención primaria se dispensará con medios propios de la Administración Penitenciaria o ajenos concertados por la misma. Los Establecimientos penitenciarios contarán con un equipo sanitario de atención primaria que estará integrado, al menos, por un médico general, un diplomado en enfermería y un auxiliar de enfermería. Se contará igualmente de forma periódica con un psiquiatra y un médico estomatólogo u odontólogo.

1.2. Los Centros de mujeres dispondrán además de los servicios periódicos de un ginecólogo y, cuando convivan niños con sus madres, de un pediatra.

2. Asistencia especializada:

2.1. La asistencia especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud. Se procurará que aquellas consultas cuya demanda sea más elevada se presten en el interior de los Establecimientos, con el fin de evitar la excarcelación de los internos.

2.2. La asistencia especializada en régimen de hospitalización se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe, salvo en los casos de urgencia justificada, en que se llevará a cabo en el hospital más próximo al Centro penitenciario.

2.3. Los convenios y protocolos que se formalicen, conforme a lo previsto en el artículo 207.2, establecerán, al menos, las condiciones de acceso a la asistencia de consultas externas, hospitalización y urgencia, reflejando la programación de días y horarios de atención ambulatoria y los procedimientos a seguir para las pruebas diagnósticas.

3. La dispensación farmacéutica y las prestaciones complementarias básicas se harán efectivas por la Administración Penitenciaria, salvo en lo relativo a los medicamentos de uso hospitalario y a los productos farmacéuticos que no estén comercializados en España.

Artículo 210. *Asistencia obligatoria en casos de urgencia vital.* 1. El tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo siempre con el consentimiento informado del interno. Sólo cuando exista peligro inminente para la vida de éste se podrá imponer un tratamiento contra la voluntad del interesado, siendo la intervención médica la estrictamente necesaria para intentar salvar la vida del paciente y sin perjuicio de solicitar la autorización judicial correspondiente cuando ello fuese preciso. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

2. La intervención médico-sanitaria también podrá realizarse sin el consentimiento del paciente cuando el no hacerlo suponga un peligro evidente para la salud o la vida de terceras personas. De estas actuaciones se dará conocimiento a la Autoridad judicial.

3. Cuando por criterio facultativo se precise el ingreso del interno en un Centro hospitalario y no se cuente con la autorización del paciente, la Administración Penitenciaria solicitará de la Autoridad judicial competente la autorización del ingreso de detenidos, presos o penados en un Centro hospitalario, salvo en caso de urgencia en que la comunicación a dicha Autoridad se hará posteriormente de forma inmediata.

Artículo 211. *Investigaciones médicas.* 1. Los internos no pueden ser objeto de investigaciones médicas más que cuando éstas permitan esperar un beneficio directo y significativo para su salud y con idénticas garantías que las personas en libertad.

2. Los principios éticos en materia de investigación sobre los seres humanos deben aplicarse de forma estricta y, en particular, en lo que concierne al consentimiento informado y a la confidencialidad. Toda investigación llevada a cabo en prisión debe estar sometida a la aprobación de una comisión de ética o a cualquier otro procedimiento que garantice el respeto a estos principios.

3. Los internos deberán ser informados de la existencia de los estudios epidemiológicos que les afecten que se lleven a cabo en la prisión en la que se encuentren.

Artículo 212. *Equipo sanitario.* 1. Al frente del equipo sanitario se hallará un Subdirector médico o Jefe de los servicios médicos, que estará a las órdenes inmediatas del Director del Establecimiento.

2. La vinculación a Instituciones Penitenciarias del personal sanitario ajeno se podrá hacer tanto a través de convenios con otras Administraciones Públicas como de conciertos con entidades privadas o contratos de prestación de servicios, trabajos específicos y concretos no habituales o cualquier otra modalidad de contratación administrativa. Su dedicación estará en función de las necesidades asistenciales de cada Establecimiento.

3. Los internos podrán solicitar a su costa servicios médicos privados de profesionales ajenos a Instituciones Penitenciarias. La solicitud será aprobada por el Centro Directivo, salvo cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho.

Artículo 213. *Enfermerías y otras dependencias sanitarias.* 1. En los Establecimientos existirá un local destinado a enfermería, dotado de los medios materiales precisos para cubrir la asistencia médico-general y con una capacidad proporcional al número real de internos en el Centro. La enfermería deberá igualmente contar con el instrumental necesario para la asistencia de las especialidades más frecuentemente requeridas. Además, en los departamentos de mujeres habrá una dependencia con instrumental de obstetricia para atender, excepcionalmente, a las mu-

jeros en los supuestos de parto. Igualmente, dispondrán de habitaciones destinadas al aislamiento sanitario de los pacientes que lo precisen.

2. Todas las instalaciones indicadas se regirán por las normas específicas que elabore el Consejo de Dirección y apruebe el Centro Directivo, a propuesta de la unidad sanitaria del Establecimiento, con criterios exclusivamente médicos. La Administración Penitenciaria recabará de las Administraciones sanitarias competentes las autorizaciones preceptivas para el funcionamiento de las unidades, servicios o dependencias sanitarias que así lo requieran.

3. Los servicios sanitarios penitenciarios serán responsables del control de la higiene de las dependencias sanitarias de los Centros penitenciarios.

4. *La custodia de medicamentos cuya ingestión sin control médico represente un riesgo para la salud será responsabilidad de los servicios sanitarios penitenciarios, debiendo cumplir los depósitos de medicamentos los requerimientos legales.*

Número 4 del artículo 213 anulado por sentencia del Tribunal Supremo 18 octubre 1997 (Sala 3.ª, Sección 6.ª).

Artículo 214. *Apertura de la historia clínica.* 1. Todos los internos, a su ingreso en el Establecimiento, serán examinados por un médico. El reconocimiento se llevará a cabo durante las primeras veinticuatro horas a partir del ingreso.

2. Del resultado se dejará constancia en el Libro de ingresos y en la historia clínica individual que deberá serle abierta a todo interno.

Artículo 215. *Confidencialidad de los datos clínicos e información sanitaria.* 1. Los datos integrados en la historia clínica individual tendrán carácter confidencial, debiendo quedar correctamente archivados y custodiados, siendo únicamente accesibles para el personal autorizado.

2. Los internos tendrán en cualquier caso derecho a ser informados de forma clara y comprensible sobre todo lo referente a su estado de salud, así como a la expedición de los informes que soliciten.

Artículo 216. *Comunicaciones con familiares.* 1. Cuando un interno se encuentre enfermo grave, se pondrá en conocimiento inmediatamente de sus familiares o allegados y, para las visitas, si aquél no pudiese desplazarse a los locutorios, se autorizará a que uno o dos familiares o allegados puedan comunicar con él en la enfermería del Centro. Cuando razones de seguridad lo aconsejen, la visita podrá estar sometida a vigilancia. El régimen de las citadas visitas será acordado por el Director a propuesta del médico responsable.

2. Si un interno falleciese, se informará de ello inmediatamente a la familia, indicándole el momento y las circunstancias del fallecimiento. La defunción se comunicará igualmente al Centro Directivo y a la Autoridad judicial competente, remitiendo lo antes posible el informe médico, así como, de haberse realizado, el informe del forense o de la autopsia.

Artículo 217. *Visitas en Hospitales extrapenitenciarios.* Las visitas de los familiares o allegados a los reclusos internados en un Hospital extrapenitenciario se regirán por las normas de funcionamiento del Centro Hospitalario correspondiente, debiendo realizarse en las condiciones y con las medidas de seguridad que establezcan los responsables de su custodia, quienes serán informados por el Centro penitenciario del grado de peligrosidad del enfermo.

Artículo 218. *Consulta o ingreso en Hospitales extrapenitenciarios y custodia de los internos.* 1. Cuando un interno requiera ingreso hospitalario el médico responsable de su asistencia lo comunicará razonadamente al Director del Establecimiento, quien, previa autorización del

Centro Directivo, dispondrá lo necesario para efectuar el traslado. En todo caso se acompañará informe médico.

2. Tanto del ingreso en Centros hospitalarios como del traslado por razones sanitarias a otro Establecimiento penitenciario de los detenidos y presos, se dará cuenta a la Autoridad Judicial de que dependan o al Juez de Vigilancia Penitenciaria en el caso de los penados.

3. Cuando un interno precise una consulta médica o prueba diagnóstica en centros sanitarios externos, el servicio médico lo comunicará al Director para que disponga lo oportuno.

4. En los casos en que el traslado haya de hacerse a consultas o centros privados, como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 212.3, o en aquellos otros que determine el Centro Directivo, será preceptiva la previa comunicación a éste.

5. La vigilancia y custodia de los detenidos, presos o penados en centros sanitarios no penitenciarios correrá exclusivamente a cargo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado competentes.

6. Corresponde a las autoridades de dichas Fuerzas y Cuerpos establecer las condiciones en que se llevará a cabo la vigilancia y custodia y, en especial, la identificación de las personas que hayan de acceder a la dependencia en que se encuentre el interno, teniendo en cuenta lo dispuesto en este Reglamento y las normas de funcionamiento del centro hospitalario, sin perjuicio de la intimidad que requiere la asistencia sanitaria.

7. No se podrá exigir responsabilidad alguna en materia de custodia de los internos al personal de los centros hospitalarios, que asumirá exclusivamente las responsabilidades propias de la asistencia sanitaria.

Artículo 219. Medidas epidemiológicas. 1. Al objeto de posibilitar un adecuado control de la incidencia y prevalencia de enfermedades transmisibles en el ámbito penitenciario los convenios de colaboración entre la Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias deberán prever la realización de planes y programas de actuación sobre las enfermedades más prevalentes.

2. Cuando en algún Centro penitenciario se detecte un brote de enfermedad transmisible, se procederá a comunicarlo de forma inmediata a las autoridades sanitarias competentes y al Centro Directivo. Paralelamente, se iniciarán las medidas oportunas para evitar la propagación de dicho brote y para el tratamiento de los afectados.

3. De conformidad con lo dispuesto en la Ley General de Sanidad, cuando un recluso con enfermedades infectocontagiosas alcance la libertad definitiva, la Administración Penitenciaria lo comunicará a las Autoridades sanitarias correspondientes.

4. Cuando el liberado definitivo sea un enfermo mental, se comunicará al Ministerio Fiscal a los efectos procedentes.

Artículo 220. Sistemas de información sanitaria y epidemiológica. 1. La Administración Penitenciaria deberá contar con sistemas de información sanitaria y de vigilancia epidemiológica que le permitan conocer cuáles son las enfermedades prevalentes entre la población penitenciaria y los grupos de mayor riesgo con la finalidad de adecuar los mismos y la asistencia a las necesidades reales detectadas.

2. La Administración Penitenciaria y las Administraciones Sanitarias competentes fijarán los protocolos que garanticen la coordinación con los sistemas de información y vigilancia epidemiológica del Sistema Nacional de Salud.

SECCIÓN 2

Higiene y alimentación

Artículo 221. Medidas higiénicas. Para garantizar el mantenimiento y la mejora de la salud en los Establecimientos penitenciarios se observarán las normas de limpieza e higiene que se establezcan desde el Centro Directivo.

Artículo 222. Lotes higiénicos. En el momento del ingreso cada interno recibirá los artículos y productos necesarios para la higiene personal diaria, así como preservativos y la ropa de uso personal y de cama. Estos artículos se repondrán periódicamente.

Artículo 223. Prohibición de entrada de alimentos perecederos. Por razones de salud pública no se permitirá la entrada de alimentos perecederos por aquellos conductos que pudieran alterar sus características y comprometer la salud de los consumidores.

Artículo 224. Lavandería. En todos los Establecimientos penitenciarios se contará con un servicio de lavandería al que accederán todos los Internos.

Artículo 225. Desinfección de instalaciones penitenciarias. 1. Con la periodicidad que determine el servicio sanitario, de acuerdo con las normas establecidas por el Centro Directivo, se procederá a una completa desinfección, desinsectación y desratización de las distintas dependencias de cada Establecimiento. Corresponderá a los servicios sanitarios el seguimiento y la evaluación de las campañas que se realicen.

2. Como regla general, por razones higiénicas no se autorizará la presencia de animales en los Establecimientos penitenciarios y, en ningún caso, en las celdas.

Artículo 226. Alimentación. 1. En todos los Centros penitenciarios se proporcionará a los internos una alimentación convenientemente preparada, que debe responder a las exigencias dietéticas de la población penitenciaria y a las especificidades de edad, salud, trabajo, clima, costumbres y, en la medida de lo posible, convicciones personales y religiosas.

2. La alimentación de los enfermos se someterá al control facultativo.

3. En los Centros donde se encuentren niños acompañando a sus madres se proveerán los medios necesarios para la alimentación de cada menor conforme a sus necesidades, de acuerdo con las indicaciones del servicio médico.

CAPÍTULO II

ACCIÓN SOCIAL PENITENCIARIA

Artículo 227. Objetivos. La acción social se dirigirá a la solución de los problemas surgidos a los internos y a sus familias como consecuencia del ingreso en prisión y contribuirá al desarrollo integral de los mismos.

Artículo 228. Prestaciones de las Administraciones Públicas. La Administración Penitenciaria promoverá la coordinación de los servicios sociales penitenciarios con las redes públicas de asistencia social y fomentará el acceso de los penados clasificados en tercer grado y de los liberados condicionales y definitivos y de sus familiares a las rentas de inserción establecidas por las diferentes Comunidades Autónomas, así como a los restantes servicios sociales y prestaciones de las Administraciones Públicas.

Artículo 229. Servicios sociales penitenciarios. 1. Los servicios sociales penitenciarios asistirán a las personas que ingresen en prisión y elaborarán una ficha social para cada interno, que formará parte de su protocolo personal.

2. Los Trabajadores sociales, que prestarán sus servicios en el interior y en el exterior del Centro penitenciario indistintamente, atenderán las solicitudes que les formulen los internos, los liberados condicionales adscritos al Establecimiento y las familias de unos y de otros.

3. Los servicios sociales velarán por mantener al día la documentación de los internos que estén afiliados a la Seguridad Social y realizarán las gestiones oportunas para que por los organismos competentes se reconozca el derecho a la asistencia sanitaria gratuita a los internos que reúnan los requisitos exigidos.

4. Por el Centro Directivo se regulará el funcionamiento de los servicios sociales penitenciarios y sus relaciones con la Junta de Tratamiento.

CAPÍTULO III ASISTENCIA RELIGIOSA

Véase RD 710/2006, de 9 de junio, de desarrollo de los Acuerdos de Cooperación firmados por el Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España y la Comisión Islámica de España, en el ámbito de la asistencia religiosa penitenciaria (BOE 10 junio).

Artículo 230. Libertad religiosa. 1. Todos los internos tendrán derecho a dirigirse a una confesión religiosa registrada para solicitar su asistencia siempre que ésta se preste con respeto a los derechos de las restantes personas. En los Centros podrá habilitarse un espacio para la práctica de los ritos religiosos.

2. Ningún interno podrá ser obligado a asistir o participar en los actos de una confesión religiosa.

3. La Autoridad penitenciaria facilitará que los fieles puedan respetar la alimentación, los ritos y los días de fiesta de su respectiva confesión, siempre que lo permitan las disponibilidades presupuestarias, la seguridad y vida del Centro y los derechos fundamentales de los restantes internos.

4. En todo lo relativo a la asistencia religiosa de los internos se estará a lo establecido en los acuerdos firmados por el Estado español con las diferentes confesiones religiosas.

TÍTULO X Del régimen disciplinario y de las recompensas

CAPÍTULO PRIMERO ÁMBITO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS

Artículo 231. Fundamento y ámbito de aplicación. 1. El régimen disciplinario de los reclusos estará dirigido a garantizar la seguridad y el buen orden regimental y a conseguir una convivencia ordenada, de manera que se estimule el sentido de responsabilidad y la capacidad de autocontrol, como presupuestos necesarios para la realización de los fines de la actividad penitenciaria.

2. El régimen disciplinario se aplicará a todos los internos, con la excepción establecida en el artículo 188.4 de este Reglamento, con independencia de su situación procesal y penitenciaria, tanto dentro de los Centros penitenciarios como durante los traslados, conducciones o salidas autorizadas que se realicen.

Artículo 232. Principios de la potestad disciplinaria. 1. La potestad disciplinaria se ejercerá por la Comisión Disciplinaria, sin perjuicio de las atribuciones del Director para la imposición de

sanciones por faltas leves, de acuerdo con los principios establecidos en la Constitución y en la Ley Orgánica General Penitenciaria, así como en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en este Reglamento.

2. En los términos establecidos en este Reglamento, las sanciones impuestas podrán ser reducidas o revocadas y, si se trata de sanciones de aislamiento, podrá suspenderse su efectividad o aplazarse su ejecución.

3. Queda prohibida la aplicación analógica.

4. Aquellos hechos que pudiesen ser constitutivos de delito podrán ser también sancionados disciplinariamente cuando el fundamento de la sanción sea la seguridad y el buen orden regimental. En estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los hechos serán puestos en conocimiento del Ministerio Fiscal y de la Autoridad judicial competente, previa realización, en su caso, de las diligencias de prevención que se consideren necesarias.

CAPÍTULO II DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES

Artículo 233. *Correlación de infracciones y sanciones.* 1. Por la comisión de las faltas muy graves, tipificadas en el artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, podrán imponerse las siguientes sanciones:

a) Sanción de aislamiento en celda de seis a catorce días de duración, siempre que se haya manifestado una evidente agresividad o violencia por parte del interno o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia del Centro.

b) Sanción de aislamiento de hasta siete fines de semana.

2. Por la comisión de las faltas graves, tipificadas en el artículo 109 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, podrán imponerse las siguientes sanciones:

a) Sanción de aislamiento en celda de lunes a viernes por tiempo igual o inferior a cinco días, siempre que concurren los requisitos de la letra a) del apartado anterior.

b) Las restantes faltas graves se sancionarán con privación de permisos de salida por tiempo igual o inferior a dos meses, limitación de las comunicaciones orales al mínimo tiempo previsto reglamentariamente durante un mes como máximo o privación de paseos y actos recreativos comunes desde tres días hasta un mes como máximo.

3. Las faltas leves tipificadas en el artículo 110 del Reglamento Penitenciario aprobado por el Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, sólo podrán corregirse con privación de paseos y actos recreativos comunes de hasta tres días de duración y con amonestación.

Artículo 234. *Graduación de las sanciones.* En cada caso concreto, la determinación de la sanción y de su duración se llevará a efecto atendiendo a la naturaleza de la infracción, a la gravedad de los daños y perjuicios ocasionados, al grado de ejecución de los hechos, a la culpabilidad de los responsables y al grado de su participación en aquéllos, así como a las demás circunstancias concurrentes.

Artículo 235. *Repetición de la infracción.* 1. Conforme a lo establecido en el artículo 42.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en los casos de repetición de la infracción, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo.

2. A tales efectos, habrá repetición de la infracción cuando al interno responsable de la falta disciplinaria se le hubiese impuesto con anterioridad otra u otras sanciones firmes por infracciones

graves o muy graves y las correspondientes anotaciones en su expediente no hubiesen sido canceladas.

Artículo 236. Concurso de infracciones. 1. Al culpable de dos o más faltas enjuiciadas en el mismo expediente, se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera posible y, no siéndolo, se cumplirán por el orden de su respectiva gravedad o duración.

2. En este último supuesto, el máximo de cumplimiento no podrá exceder nunca del triplo del tiempo correspondiente a la sanción más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

3. Cuando en los supuestos de cumplimiento sucesivo de sanciones de aislamiento en celda, éstas superen, en su conjunto, los catorce días de aislamiento, deberán ser aprobadas todas ellas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, según lo dispuesto en el artículo 76.2, d), de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

4. Cuando un mismo hecho sea constitutivo de dos o más faltas o cuando una de ellas constituya medio necesario para la comisión de otra, se aplicará en su límite máximo, la sanción correspondiente a la falta más grave, salvo que la suma de las sanciones que procedan castigando independientemente las infracciones cometidas resulte de menor gravedad, en cuyo caso se aplicarán éstas.

Artículo 237. Infracción continuada. 1. Será sancionable como infracción continuada la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejante precepto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

2. En estos casos, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su límite máximo.

Artículo 238. Depósito de objetos y sustancias prohibidos. Respecto de las sustancias y objetos prohibidos que se utilicen por los responsables de las infracciones disciplinarias en la comisión de faltas, se procederá como se indica en los artículos 51 y 70 de este Reglamento.

Artículo 239. Reparación de los daños materiales causados. La reparación de los daños o deterioros materiales causados por los responsables de las infracciones disciplinarias, así como la indemnización a las personas perjudicadas, será exigible a aquéllos utilizando el procedimiento legal correspondiente.

CAPÍTULO III PROCEDIMIENTO

Artículo 240. Procedimiento. Los procedimientos para la imposición de sanciones por faltas disciplinarias se ajustarán a lo dispuesto en los artículos siguientes.

SECCIÓN 1 Iniciación

Artículo 241. Formas de iniciación e información previa. 1. Cuando aprecie indicios de conductas que puedan dar lugar a responsabilidad disciplinaria, el Director del Establecimiento acordará de oficio y motivadamente la iniciación del procedimiento sancionador de alguna de las siguientes formas:

a) Por propia iniciativa, cuando tenga conocimiento de la existencia de conductas o hechos susceptibles de constituir infracción disciplinaria a través de parte de funcionario informado por el Jefe de Servicios o por cualquier otro medio.

b) Por petición razonada realizada por otro órgano administrativo que no sea superior jerárquico.

c) Por denuncia escrita de persona identificada que exprese el relato de los hechos que pudieran constituir infracción, fecha de su comisión y todo cuanto sea posible para la identificación de los presuntos responsables.

2. El Director también acordará de oficio la iniciación del procedimiento como consecuencia de orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico.

3. Para el debido esclarecimiento de los hechos que pudieran ser determinantes de responsabilidad disciplinaria, el Director podrá acordar la apertura de una información previa, que se practicará por un funcionario del Establecimiento designado por el Director, quien elevará a aquél un informe con el resultado y valoración de las diligencias practicadas. Dicha información previa se acordará siempre que un interno formule denuncia de hechos susceptibles de sanción disciplinaria, salvo cuando ésta carezca manifiestamente de fundamento.

SECCIÓN 2

Instrucción

Artículo 242. *Nombramiento de Instructor y pliego de cargos.* 1. El Director nombrará Instructor al funcionario que estime conveniente, excluyendo al que haya practicado la información previa y a los que puedan estar implicados en los hechos.

2. El Instructor del expediente disciplinario, a la vista de los indicios que se desprendan de los escritos mencionados en el artículo anterior, formulará pliego de cargos dirigido al interno cuya conducta sea presuntamente constitutiva de falta disciplinaria, en el cual se hará constar lo siguiente:

a) Identificación de la persona imputada.

b) Forma de iniciación del procedimiento.

c) Número de identificación del Instructor y puesto de trabajo que ocupa.

d) Órgano competente para la resolución del expediente y norma que le atribuye tal competencia.

e) Relación circunstanciada de los hechos imputados.

f) Calificación jurídica de tales hechos, indicando el apartado concreto del artículo del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en el que puedan estar comprendidos, así como las sanciones que, en su caso, se podrían imponer con la misma indicación del precepto aplicable de dicho Reglamento.

g) Medidas cautelares que se hayan acordado, sin perjuicio de las que puedan adoptarse durante el procedimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243.

h) Indicación de que el interno dispone de tres días hábiles desde el momento de su recepción para presentar pliego de descargos por escrito o para comparecer ante el Instructor y alegar verbalmente, sin perjuicio del derecho que le asiste a presentar alegaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia. El interno podrá alegar todo aquello que considere oportuno sobre los cargos formulados, proponiendo las pruebas que estime conveniente para su defensa.

i) Indicación de que el interno puede asesorarse por letrado, funcionario o por cualquier persona que designe durante la tramitación del expediente y para la redacción del pliego de descargos.

j) Posibilidad de asistirse de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano.

k) Fecha y firma del Instructor del expediente.

Artículo 243. Medidas cautelares. 1. El Director, en el ámbito de las facultades que le atribuye este Reglamento, por sí o a propuesta del Instructor del expediente disciplinario, podrá acordar en cualquier momento del procedimiento, mediante acuerdo motivado, las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer y el buen fin del procedimiento, así como para evitar la persistencia de los efectos de la infracción.

2. Estas medidas quedarán reflejadas en el expediente del interno y deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, y su adopción será notificada al interno y puesta en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3. También se adoptarán, en su caso, las medidas de protección exigidas por el aseguramiento de la persona del imputado o de los otros internos.

4. Cuando la sanción que recayese, en su caso, coincidiera en naturaleza con la medida cautelar impuesta, ésta se abonará para el cumplimiento de la sanción.

Artículo 244. Tramitación. 1. Cursada la notificación del pliego de cargos al que se refiere el artículo 242, el Instructor realizará de oficio cuantas actuaciones resulten necesarias para el examen de los hechos y recabará los datos e informes que considere necesarios.

2. Dentro de los diez días siguientes a la presentación del pliego de descargos o a la formalización verbal de alegaciones, o transcurrido el plazo previsto en el artículo 242.2, h), si el interno no hubiese ejercitado su derecho, se practicarán las pruebas pertinentes propuestas por el mismo y las que el Instructor considere convenientes.

3. Si alguna prueba propuesta por el interno fuese estimada improcedente o innecesaria se hará constar así expresamente por el Instructor, en acuerdo motivado. Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que no puedan alterar la resolución final del procedimiento o que sean de imposible realización.

4. Instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto al interesado para que, en un plazo de diez días, alegue o presente los documentos y justificaciones que estime pertinentes. Se tendrá por realizado el trámite de audiencia si antes del vencimiento del plazo el interno manifiesta su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones.

Artículo 245. Propuesta del Instructor. Una vez concluida la tramitación del expediente, el Instructor formulará propuesta de resolución y la elevará, junto con aquél, a la Comisión Disciplinaria para que ésta acuerde lo que proceda, notificando la propuesta al interno con indicación de su derecho a alegar verbalmente ante la Comisión en la primera sesión que ésta celebre.

SECCIÓN 3 Resolución

Artículo 246. Resolución. 1. La Comisión Disciplinaria, en la primera sesión ordinaria que celebre o en sesión extraordinaria convocada al efecto, escuchará las alegaciones verbales que, en su caso, pueda formular el interno, y, acto seguido, declarará la no existencia de infracción o responsabilidad o impondrá motivadamente la sanción correspondiente a los hechos declarados probados.

2. El acuerdo deberá dictarse en el plazo máximo de tres meses desde la iniciación del procedimiento disciplinario. Se entenderá caducado el procedimiento disciplinario y se procederá al archivo de las actuaciones, de oficio o a solicitud del interesado, cuando, una vez vencido el plazo señalado en este apartado para dictar resolución o, en el supuesto del procedimiento abreviado, el

señalado en el artículo 251.1, ésta no se adoptase en el plazo de los treinta días siguientes, siempre que la demora no fuera imputable al interesado, así como cuando durante la tramitación se produzca la excarcelación por la libertad definitiva o provisional del presunto infractor.

3. El Instructor del expediente no podrá participar en las deliberaciones de la Comisión Disciplinaria ni podrá tomar parte en las votaciones sobre los expedientes que haya instruido. También quedan excluidos de éstas aquellos miembros del citado órgano que, en su caso, hubieran tenido participación en los hechos o hubieran practicado actuaciones determinantes para la iniciación del expediente disciplinario.

4. Antes de dictar la resolución, la Comisión Disciplinaria podrá decidir la realización por el Instructor de las actuaciones y pruebas complementarias indispensables para resolver el procedimiento. En este caso, antes de elevar nuevamente el expediente a la Comisión Disciplinaria, el Instructor pondrá de manifiesto al interno lo actuado y le entregará copia de la nueva propuesta, con indicación del derecho a alegar a que se refiere el artículo 245.

Artículo 247. Acuerdo sancionador. El acuerdo sancionador deberá contener:

- a) El lugar y la fecha del acuerdo.
- b) Órgano que lo adopta.
- c) El número del expediente disciplinario y un breve resumen de los actos procedimentales básicos que lo hayan precedido. En el supuesto de haberse desestimado la práctica de alguna prueba deberá expresarse la motivación formulada por el Instructor en su momento.
- d) Relación circunstanciada de los hechos imputados al interno, que no podrán ser distintos de los consignados en el pliego de cargos formulado por el Instructor, con independencia de que pueda variar su calificación jurídica. Si la Comisión Disciplinaria constatare que se ha calificado erróneamente la conducta del presunto infractor y ello implicase la imposición de una sanción por falta más grave que la que se le hubiese imputado en el pliego de cargos, ordenará al Instructor la formulación de un nuevo pliego de cargos con la calificación determinada por la Comisión Disciplinaria, concediéndose al interno el trámite previsto en el artículo 244.4. Excepcionalmente, podrá acordar el Instructor la práctica de nuevas pruebas cuando resultase imprescindible para la defensa del interno ante la nueva calificación efectuada.
- e) Artículo y apartado del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, en el que se estima comprendida la falta cometida.
- f) Sanción impuesta y artículo del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, que la contempla y si la misma es de ejecución inmediata según lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 124 de dicho Reglamento.
- g) Indicación de si la ejecución de la sanción de aislamiento ha sido aplazada por motivos médicos o se ha suspendido su efectividad.
- h) Indicación de si el acuerdo sancionador se ha adoptado por unanimidad o por mayoría, indicando en este último caso si ha habido o no votos particulares.
- i) Mención del recurso que puede interponerse en la forma expresada en la letra b) del artículo siguiente.
- j) La firma del Secretario de la Comisión Disciplinaria con el visto bueno del Director.

Artículo 248. Notificación. La notificación del acuerdo sancionador deberá cursarse en el mismo día o al siguiente de ser adoptado, dando lectura íntegra de aquél y entregando copia al interno sancionado en la que se contendrán los siguientes extremos:

- a) Texto íntegro del acuerdo.
- b) Indicación de que contra el mismo puede interponerse recurso ante el Juez de Vigilancia, verbalmente en el mismo acto de la notificación o por escrito dentro de los cinco días hábiles siguientes a la misma, reproduciendo, en su caso, el recurrente la proposición de aquellas pruebas cuya práctica le hubiese sido denegada.

c) Fecha de la notificación y de su entrega al interno.

Artículo 249. Recursos. En el mismo día, bien de la notificación del acuerdo sancionador si se hubiese interpuesto el recurso en ese momento procedimental, bien de la entrega del escrito de recurso a funcionario del Establecimiento si fuese dentro del horario de oficina, o al día siguiente si se hubiese efectuado fuera de dicho horario, el Director del Establecimiento remitirá el expediente disciplinario al Juez de Vigilancia, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo siguiente. Si el recurso hubiese sido interpuesto directamente ante el Juzgado de Vigilancia, el Director cumplimentará lo anterior en el mismo día en que sea requerido para ello por el titular de dicho órgano jurisdiccional.

Artículo 250. Anotación. 1. La iniciación del procedimiento y la sanción impuesta se anotarán en el expediente personal de los internos sancionados.

2. También se anotará la reducción o revocación de la sanción, así como la suspensión de la efectividad o el aplazamiento de la ejecución de las sanciones de aislamiento.

SECCIÓN 4

Procedimiento para faltas leves

Artículo 251. Procedimiento abreviado. 1. Cuando el Director considere que existen elementos de juicio suficientes para calificar la infracción como falta leve, se tramitará el procedimiento abreviado, que deberá resolverse en el plazo máximo de un mes desde que se inició, con arreglo a las siguientes normas:

a) El parte del funcionario, que operará como pliego de cargos, se comunicará al Jefe de Servicios y, simultáneamente, se notificará al presunto infractor.

b) En el plazo de diez días, a partir de la comunicación y notificación del pliego de cargos, el Jefe de Servicios y el interno expedientado efectuarán, respectivamente, la aportación de cuantas alegaciones, documentos o informaciones estimen convenientes y, en su caso, la proposición y práctica de la prueba.

c) Transcurrido dicho plazo, el Director dictará resolución, con el contenido expresado en el artículo 247, imponiendo, en su caso, la sanción que proceda.

2. Cuando el Jefe de Servicios aprecie que los hechos pueden ser constitutivos de infracción muy grave o grave, acordará que el expediente continúe tramitándose por el procedimiento general, promoviendo el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 242 a 245.

3. El acuerdo a que se refiere el apartado anterior se notificará a los interesados para que, en el plazo de cinco días hábiles, aleguen y propongan pruebas adicionales si lo estiman conveniente.

CAPÍTULO IV

EJECUCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS SANCIONES

Artículo 252. Efectos del acuerdo sancionador. 1. Los acuerdos sancionadores no serán ejecutivos en tanto no haya sido resuelto el recurso interpuesto por el interno ante el Juez de Vigilancia o, en caso de que no se haya interpuesto, hasta que haya transcurrido el plazo para su impugnación.

2. No obstante, conforme a lo establecido en el artículo 44.3 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, cuando se trate de actos de indisciplina grave y la Comisión Disciplinaria estime que el cumplimiento de la sanción no puede demorarse, las sanciones impuestas serán inmediatamente ejecutadas, siempre que correspondan a los actos de indisciplina grave tipificados en las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 108 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo.

3. Contra el acuerdo de ejecución inmediata de la sanción, el interno podrá acudir en vía de queja ante el Juez de Vigilancia, con independencia de la tramitación del recurso interpuesto. La tramitación de la queja y del recurso tendrá carácter urgente y preferente cuando la sanción de ejecución inmediata impuesta sea la de aislamiento en celda, en cuyo caso se procederá a su notificación inmediata al Juez de Vigilancia.

Artículo 253. *Ejecución de las sanciones de aislamiento en celda.* 1. Las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días no serán en ningún caso ejecutivas hasta su aprobación por el Juez de Vigilancia.

2. No obstante, en los supuestos previstos en el artículo 236.3, la Comisión Disciplinaria podrá acordar la ejecución inmediata de las sanciones de aislamiento en celda, cuya duración acumulada no supere los catorce días, siempre que concurren los requisitos establecidos en el apartado 2 del artículo anterior y sin perjuicio de que todas las sanciones impuestas deban ser aprobadas por el Juez de Vigilancia.

Artículo 254. *Cumplimiento de las sanciones de aislamiento.* 1. Las sanciones de aislamiento se cumplirán con informe previo y reconocimiento del Médico del Establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

2. En los casos de enfermedad del sancionado se aplazará la efectividad de la sanción de aislamiento hasta que el interno sea dado de alta.

3. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

4. El aislamiento se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y, en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del Establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

5. El recluso Internado en celda disfrutará de dos horas diarias de paseo en solitario y, durante el cumplimiento de la sanción, no podrá recibir paquetes del exterior ni adquirir productos del Economato, salvo los autorizados expresamente por el Director.

Artículo 255. *Suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento.* 1. Al amparo de lo dispuesto en el artículo 43.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, siempre que las circunstancias lo aconsejen, la Comisión Disciplinaria, de oficio o a propuesta de la Junta de Tratamiento, podrá acordar motivadamente la suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento impuestas.

2. Si la Comisión Disciplinaria, en atención a los fines de reeducación y reinserción social o a las circunstancias personales del interno, no hubiese estimado oportuno levantar la suspensión de la efectividad durante el plazo de tres meses, de oficio o a solicitud del interno, aplicará la reducción de la sanción prevista en el apartado 1 del artículo siguiente. El tiempo de suspensión de la efectividad de la sanción de aislamiento se computará a efectos de cancelación de la sanción reducida.

3. La suspensión de la efectividad de las sanciones de aislamiento que hayan sido confirmadas total o parcialmente, directamente o en vía de recurso, por el Juez de Vigilancia requerirá la autorización de éste.

Artículo 256. *Reducción y revocación de sanciones.* 1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42.6 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, las sanciones impuestas y sus plazos de cancelación podrán reducirse, atendiendo a los fines de reeducación y de reinserción social, por decisión mo-

tivada de la Comisión Disciplinaria, de oficio o a propuesta de la Junta de Tratamiento. La reducción consistirá en la minoración de la gravedad de la sanción impuesta.

2. Cuando se advierta error en la aplicación de una sanción que no haya sido recurrida ante el Juez de Vigilancia, la Comisión Disciplinaria efectuará una nueva calificación de la infracción, siempre que no implique una sanción superior a la impuesta, procediendo a su reducción o sustitución o, en caso de que no proceda sanción alguna, la revocará levantando inmediatamente el castigo y cancelará automáticamente su anotación.

3. La revocación o reducción de sanciones no podrá efectuarse sin autorización del Juez de Vigilancia cuando éste haya intervenido en su imposición, directamente o en vía de recurso.

Artículo 257. *Abono del tiempo de sanciones cumplidas indebidamente.* El tiempo cumplido de una sanción posteriormente revocada o reducida en los casos previstos en el apartado 2 del artículo anterior o como consecuencia de un recurso estimado total o parcialmente, podrá tenerse en cuenta para el cumplimiento posterior de otras sanciones, siempre que éstas hubiesen sido impuestas por acciones u omisiones también anteriores a la mencionada revocación o reducción.

CAPÍTULO V PRESCRIPCIÓN Y CANCELACIÓN

Artículo 258. *Plazos de prescripción de infracciones y sanciones.* 1. Las faltas disciplinarias muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses, desde la fecha en que se hubiese cometido la infracción.

2. La prescripción de las faltas se interrumpirá desde que se hubiese iniciado, con conocimiento del interesado, el procedimiento sancionador, reanudándose el cómputo de los plazos de prescripción si el expediente disciplinario estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto infractor.

3. Las sanciones impuestas por faltas muy graves y graves prescribirán en los mismos plazos señalados en el apartado 1 y las impuestas por faltas leves en el plazo de un año, que comenzarán a correr desde el día siguiente a aquél en que adquiriera firmeza administrativa el acuerdo sancionador o, en su caso, desde que se levante el aplazamiento de la ejecución o la suspensión de la efectividad o desde que se interrumpa el cumplimiento de la sanción si el mismo hubiese ya comenzado.

Artículo 259. *Extinción automática de sanciones.* Cuando un interno reingrese en un Centro Penitenciario se declararán extinguidas automáticamente la sanción o sanciones que hubiesen sido impuestas en un ingreso anterior y que hubiesen quedado incumplidas total o parcialmente por la libertad provisional o definitiva del interno, aunque no hayan transcurrido los plazos establecidos para la prescripción.

Artículo 260. *Cancelación de anotaciones relativas a sanciones.* 1. Serán canceladas, de oficio o a instancia de parte, las anotaciones de las sanciones disciplinarias que obren en el expediente personal de los internos, cuando concurren los siguientes requisitos:

a) Transcurso de seis meses para las faltas muy graves, tres meses para las graves y un mes para las leves, a contar desde el cumplimiento de la sanción.

b) Que durante dichos plazos no haya incurrido el interno en nueva falta disciplinaria muy grave o grave.

2. También se cancelarán, de oficio o a instancia de parte, en el momento en que se produzca la excarcelación por la libertad provisional o definitiva del interno, las anotaciones de sanciones disciplinarias extinguidas automáticamente a que se refiere el artículo anterior.

3. Cuando fueren dos o más las faltas sancionadas en un mismo acto administrativo o sus plazos de cancelación corrieran simultáneamente, el cómputo se hará de forma conjunta, fijándose como fecha para su inicio la del cumplimiento de la sanción más reciente y tomándose como duración del plazo el que corresponda a la más grave de las infracciones a cancelar, transcurrido el cual se cancelarán todas las anotaciones pendientes en un solo acto.

4. En los casos de no cumplimiento de la sanción por razones médicas o de otro orden no imputables al interno, los plazos de cancelación comenzarán a contarse desde la fecha en que aquélla pudo haberse cumplido. Asimismo, en los casos del artículo 257, el plazo de cancelación comenzará a computarse desde la fecha en que la sanción quedó cumplida, por el abono de sanciones rectificadas en vía de recurso o reducidas o revocadas conforme a lo establecido en este Reglamento.

5. Dichos plazos no se interrumpirán por la interposición de recurso contra una nueva sanción disciplinaria, cancelándose las anteriores si transcurren sus plazos de cancelación antes de que la recurrida adquiera firmeza.

Artículo 261. *Reducción de los plazos de cancelación.* Los plazos de cancelación podrán ser acortados hasta la mitad de su duración si, con posterioridad a la sanción y antes de completarse dichos plazos, el interno obtuviere alguna recompensa de las previstas en el artículo 263 de este Reglamento.

Artículo 262. *Efectos de la cancelación.* La cancelación de la anotación de las sanciones lleva aparejada la de las faltas por las que se impusieron y situará al interno, desde el punto de vista disciplinario en igual situación que si no hubiere cometido aquéllas.

CAPÍTULO VI RECOMPENSAS

Artículo 263. *Recompensas.* Los actos que pongan de manifiesto buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de la responsabilidad en el comportamiento de los internos, así como la participación positiva en las actividades asociativas reglamentarias o de otro tipo que se organicen en el Establecimiento, serán estimulados con alguna de las siguientes recompensas:

- a) Comunicaciones especiales y extraordinarias adicionales.
- b) Becas de estudio, donación de libros y otros instrumentos de participación en las actividades culturales y recreativas del Centro.
- c) Prioridad en la participación en salidas programadas para la realización de actividades culturales.
- d) Reducciones de las sanciones impuestas.
- e) Premios en metálico.
- f) Notas meritorias.
- g) Cualquier otra recompensa de carácter análogo a las anteriores que no resulte incompatible con los preceptos reglamentarios.

Artículo 264. *Concesión y anotación.* 1. En cada caso concreto, la recompensa concedida y su cuantía, en su caso, se determinará por la Comisión Disciplinaria del Centro, atendiendo a la naturaleza de los méritos contraídos y a cualesquiera otras circunstancias objetivas o subjetivas que pongan de manifiesto el carácter ejemplar de la conducta recompensada.

2. La concesión de recompensas será anotada en el expediente personal del interno con expresión de los hechos que la motivaron, expidiéndose a aquél certificación acreditativa de la recompensa si la solicitase.

TÍTULO XI

De la organización de los Centros penitenciarios

CAPÍTULO PRIMERO

MODELO ORGANIZATIVO DE CENTRO PENITENCIARIO

Artículo 265. Estructura. 1. En cada Establecimiento penitenciario existirán los siguientes órganos colegiados:

- a) Consejo de Dirección.
- b) Junta de Tratamiento, que tendrá a su disposición, como unidades de estudio, propuesta y ejecución, el Equipo o Equipos Técnicos necesarios.
- c) Comisión Disciplinaria.
- d) Junta Económico-Administrativa.

2. Las funciones de coordinación entre los diferentes órganos colegiados corresponden al Director del Establecimiento.

3. Las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria, en virtud de su potestad de autoorganización, podrán establecer los órganos colegiados y unipersonales que consideren convenientes para ordenar la gestión de los Centros penitenciarios que dependan de las mismas.

4. En los Hospitales psiquiátricos penitenciarios sólo existirán el Consejo de Dirección, cuya composición se determinará por las normas de desarrollo de este Reglamento, la Junta Económico-Administrativa y los Equipos multidisciplinarios necesarios.

5. Cuando en algún Centro penitenciario las necesidades o la cobertura de puestos de trabajo existente en el mismo no permitan alcanzar la composición de los diferentes órganos colegiados que se determina en el Capítulo siguiente, se adaptará la composición de aquéllos a las mismas o a los puestos de trabajo que existan en el Establecimiento conforme se determine en las normas de desarrollo de este Reglamento.

6. Los Centros de Inserción Social podrán integrarse orgánica y funcionalmente en un Centro penitenciario o tener la consideración de Centro penitenciario autónomo. La Administración Penitenciaria determinará en la Orden de creación de cada Centro de Inserción Social su integración en un Centro penitenciario o su consideración como Centro penitenciario autónomo, así como los órganos correspondientes.

Artículo 266. Eficacia de los acuerdos. 1. La eficacia de los acuerdos de los órganos colegiados del Establecimiento, con la excepción de los adoptados por la Comisión Disciplinaria, quedará demorada hasta que se produzca la aprobación por el Director del Centro. En el caso de que su valoración fuera negativa por estimar que los acuerdos adoptados perjudican gravemente el régimen del Centro o conculcan la legislación, el Reglamento Penitenciario o las circulares, instrucciones u órdenes de servicio dictadas por los órganos directivos de la Administración Penitenciaria correspondiente, continuarán sin producir efectos hasta la aprobación superior, en su caso, del Centro Directivo.

2. Los acuerdos de los órganos colegiados que hayan sido confirmados total o parcialmente por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, directamente o en vía de recurso, no podrán demorar su eficacia, ni ser revocados o anulados por decisión administrativa.

Artículo 267. Régimen jurídico de los órganos colegiados. 1. Las normas de funcionamiento de los órganos colegiados se ajustarán a lo establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las peculiaridades organizativas de las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia penitenciaria.

2. Los órganos colegiados de los Centros penitenciarios se integrarán en la estructura jerárquica de la Administración Penitenciaria correspondiente, pudiendo ser objeto de recurso ordinario ante el Centro Directivo los acuerdos definitivos adoptados por los mismos, excluidos aquéllos que hayan adquirido su eficacia por la aprobación superior del Centro Directivo, salvo cuando, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica General Penitenciaria, se trate de propuestas cuya resolución o aprobación corresponda al Juez de Vigilancia o versen sobre sanciones disciplinarias de los internos, cuya impugnación se efectuará directamente ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

3. Los miembros de los órganos colegiados de los Establecimientos penitenciarios no podrán abstenerse en las votaciones, aunque podrán formular votos particulares que se incorporarán al acuerdo adoptado.

4. Los votos del Presidente, que serán dirimientes en caso de empate, y de los miembros de los órganos colegiados de los Centros penitenciarios tienen carácter personal e indelegable.

5. Los miembros de los órganos colegiados no podrán participar en sus deliberaciones ni en sus votaciones en los supuestos legales o reglamentarios de abstención o, en su caso, de recusación.

6. Para quedar, en su caso, exentos de responsabilidad, los miembros de los órganos colegiados deberán votar en contra del acuerdo mayoritario.

Artículo 268. Sesiones. 1. El Consejo de Dirección se reunirá en sesión ordinaria una vez al mes y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente o el Centro Directivo.

2. La Junta de Tratamiento se reunirá en sesión ordinaria una vez todas las semanas del año y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente.

3. La Comisión Disciplinaria se reunirá en sesión ordinaria cuatro veces al mes y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente.

4. La Junta Económico-Administrativa se reunirá en sesión ordinaria una vez al trimestre y en sesión extraordinaria cuantas veces lo considere necesario su Presidente.

5. La asistencia a las sesiones de todos los órganos colegiados del Centro penitenciario tendrá carácter obligatorio.

6. Cuando no se alcance el quórum exigido, el Presidente efectuará una nueva convocatoria en el plazo de cuarenta y ocho horas.

Artículo 269. Sustituciones. 1. Conforme a lo establecido en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, en caso de vacante, ausencia o enfermedad y, en general, cuando concurra alguna causa justificada, el régimen de sustituciones del Presidente, del Secretario y de los miembros de los órganos colegiados de los Centros penitenciarios se regirá por las siguientes reglas:

1.^a El Presidente será sustituido por el miembro del órgano colegiado de mayor jerarquía, antigüedad y edad, por este orden, de entre sus componentes, sin perjuicio de lo establecido en el apartado siguiente y de lo dispuesto para la Junta Económico-Administrativa en el artículo 278.3.

2.^a La sustitución del Secretario se realizará por designación del Presidente entre los funcionarios destinados en el Establecimiento.

2. Cuando concurren en alguno de los órganos colegiados establecidos en este Capítulo los titulares de los órganos directivos de la Administración Penitenciaria o un funcionario designado al efecto por la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, asumirán la presidencia del mismo.

CAPÍTULO II ÓRGANOS COLEGIADOS

SECCIÓN 1 *Consejo de Dirección*

Artículo 270. Composición. 1. El Consejo de Dirección de cada Establecimiento penitenciario estará presidido por el Director del Centro penitenciario y compuesto por los siguientes miembros:

- a) El Subdirector de Régimen.
- b) El Subdirector de Seguridad.
- c) El Subdirector de Tratamiento.
- d) El Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos.
- e) El Subdirector de Personal, si lo hubiere.
- f) El Administrador.

2. Como Secretario del Consejo de Dirección actuará, con voz pero sin voto, el funcionario que designe el Director entre los funcionarios destinados en el Establecimiento.

Artículo 271. Funciones. 1. Al Consejo de Dirección, sin perjuicio de las atribuciones del Centro Directivo y del Director del Establecimiento, corresponde impulsar y supervisar las actuaciones de los restantes órganos del Centro penitenciario y tendrá las funciones siguientes:

- a) Supervisar e impulsar la actividad general del Centro Penitenciario.
- b) Elaborar las normas de régimen interior del Centro penitenciario para su aprobación por el Centro Directivo.
- c) Adoptar cuantas medidas generales resulten necesarias en los casos de alteración del orden del Centro, dando cuenta inmediata al Centro Directivo.
- d) Fijar el número de Equipos Técnicos del Centro penitenciario y determinar su organización, funcionamiento y composición conforme a las normas de desarrollo de este Reglamento.
- e) Determinar los puestos auxiliares que requieran las necesidades del Establecimiento conforme a las normas de desarrollo de este Reglamento.
- f) Fijar los días en que puedan comunicar los internos y establecer los horarios de las comunicaciones especiales y de recepción y recogida de paquetes y encargos, así como de los recuentos ordinarios.
- g) Determinar las áreas regimentales de participación de los internos en las actividades del Centro y ejercer las competencias que le atribuye este Reglamento en el proceso de elección de representantes de los internos, así como suspender o dejar sin efecto la participación en los supuestos de alteraciones regimentales previstos en este Reglamento.
- h) Ejercer las demás competencias que le atribuye este Reglamento y sus normas de desarrollo y, en general, todas aquellas que afecten al régimen del Establecimiento que no estén atribuidas a otros órganos.

2. El Secretario del Consejo de Dirección remitirá al Centro Directivo mensualmente copia de las actas de las sesiones celebradas en el mes anterior.

SECCIÓN 2

Junta de tratamiento y equipos técnicos

Artículo 272. Composición. 1. La Junta de Tratamiento estará presidida por el Director del Centro penitenciario y compuesta por los siguientes miembros:

- a) El Subdirector de Tratamiento.
- b) El Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos.
- c) Los Técnicos de Instituciones Penitenciarias que hayan intervenido, en su caso, en las propuestas sobre las que delibere.
- d)

Letra d) del número 1 del artículo 272 derogada por RD 1203/1999, 9 julio (BOE 21 julio), por el que se integran en el Cuerpo de Maestros a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias y se disponen normas de funcionamiento de las unidades educativas de los establecimientos penitenciarios.

- e) Un trabajador social, que haya intervenido en las propuestas sobre las que se delibere.

Letra e) del número 1 del artículo 272 redactada por la disposición final primera del RD 515/2005, de 6 de mayo, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de localización permanente, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad (BOE 7 mayo).

Vigencia: 8 mayo 2005

- f) Un Educador, que haya intervenido en las propuestas.
- g) Un Jefe de Servicios, preferentemente el que haya intervenido en las propuestas.

2. Como Secretario de la Junta de Tratamiento y del Equipo Técnico actuará, con voz pero sin voto, un funcionario del Centro designado por el Subdirector de Tratamiento.

3. Con carácter general, los acuerdos de la Junta de Tratamiento se adoptarán sobre las propuestas elevadas por los Equipos Técnicos para la adopción de las medidas necesarias para ejecutar los programas de tratamiento o los programas individualizados de ejecución, y se ejecutarán por los Equipos Técnicos, bajo el control inmediato y directo de los Jefes de dichos Equipos.

4. Las deliberaciones de la Junta de Tratamiento tendrán carácter reservado, debiendo sus componentes guardar secreto sobre las mismas.

5. Dentro de los cinco primeros días de cada mes se remitirá al Centro Directivo una copia de las actas de las sesiones celebradas en el mes anterior por la Junta de Tratamiento.

Artículo 273. Funciones. La Junta de Tratamiento, sin perjuicio de las funciones del Centro Directivo y del Equipo Técnico, ejercerá las siguientes funciones:

- a) Establecer los programas de tratamiento o los modelos individualizados de ejecución penitenciarios para cada interno del Centro, definiendo las actividades a realizar en función de las peculiaridades de su personalidad y del tiempo aproximado de duración de su condena o condenas.

- b) Supervisar la ejecución de las actividades programadas por el Equipo Técnico, distribuyéndolas, según su naturaleza, entre los miembros del Equipo, que las ejecutarán de acuerdo con las técnicas propias de su especialidad y bajo el control inmediato del Jefe del Equipo.

- c) Proponer al Centro Directivo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley Orgánica General Penitenciaria a los penados y preventivos en quienes concurren las circunstancias previstas en este Reglamento, previos informes preceptivos del Jefe de Servicios y del Equipo Técnico.

- d) Formular, en función del estudio científico de la personalidad de los penados y de los datos e informaciones de que se dispongan, las propuestas razonadas de grado inicial de clasificación y de destino al Establecimiento que corresponda, que se cursarán al Centro Directivo en el plazo de diez días.

e) Proponer al Centro Directivo, en informe razonado, la progresión o regresión de grado y, con carácter excepcional, el traslado a otro Centro penitenciario. También se podrá proponer razonadamente el traslado cuando existan razones de tratamiento que así lo aconsejen.

f) Adoptar los acuerdos que estime pertinentes sobre las peticiones y quejas que formulen los internos a los Equipos Técnicos sobre su clasificación, tratamiento o programa de intervención.

g) Conceder los permisos penitenciarios de salida, previo informe del Equipo Técnico, solicitando la autorización del Juez de Vigilancia o del Centro Directivo, según corresponda.

h) Elevar las propuestas que, con respecto a los beneficios penitenciarios y a la libertad condicional, les estén atribuidas.

i) Organizar la ejecución de las prestaciones de carácter asistencial que precisen los internos o sus familiares, fomentar las actividades laborales de los internos, cuidando que las mismas se desarrollen con arreglo a las normas vigentes, así como organizar, por unidades de separación interior, los procedimientos de designación de aquellos internos que hayan de participar en actividades o responsabilidades de orden educativo, formativo, laboral, sociocultural, recreativo, deportivo o religioso.

j) Facilitar a la Unidad Docente las valoraciones de las aptitudes de los internos que realicen cursos de formación, así como aquellas otras informaciones contenidas en el protocolo que puedan serle útiles en la programación y ejecución de las tareas formativas o educativas.

k) Designar los internos que hayan de desempeñar las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del Establecimiento.

l) Sugerir a la Comisión Disciplinaria la reducción, aplazamiento de la ejecución o suspensión de la efectividad de las sanciones disciplinarias, que puedan perturbar el tratamiento o el estudio de la personalidad del sancionado, así como la reducción de los plazos de cancelación cuando existan fundados motivos para esperar que esta medida pueda influir favorablemente en el tratamiento.

m) Remitir los informes a que hace referencia el artículo 39 de la Ley Orgánica General Penitenciaria.

n) Formar y custodiar el protocolo correspondiente a cada interno, Incorporando al mismo las informaciones y documentos a que se refieren los diferentes apartados de este artículo.

o) Ejercer todas las demás competencias que le atribuye este Reglamento o sus normas de desarrollo y, en general, las relativas a la observación, clasificación y tratamiento de los internos que no estén atribuidas a otros órganos.

Artículo 274. *Composición del Equipo Técnico.* 1. El Equipo Técnico actuará bajo la dirección inmediata del Subdirector de Tratamiento.

2. Podrán formar parte del Equipo Técnico:

a) Un Jurista.

b) Un Psicólogo.

c) Un Pedagogo.

d) Un Sociólogo.

e) Un Médico.

f) Un Ayudante Técnico Sanitario/Diplomado universitario en Enfermería.

g)

Letra g) del número 2 del artículo 274 derogada por RD 1203/1999, 9 julio (BOE 21 julio), por el que se integran en el Cuerpo de Maestros a los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Profesores de Educación General Básica de Instituciones Penitenciarias y se disponen normas de funcionamiento de las unidades educativas de los establecimientos penitenciarios.

h) Un Maestro o Encargado de Taller.

i) Un Educador.

- j) Un Trabajador Social.
- k) Un Monitor Sociocultural o Deportivo.
- l) Un Encargado de Departamento.

3. En función de las características del Establecimiento, del número de internos y de los empleados públicos penitenciarios existentes, el Consejo de Dirección del centro fijará el número de Equipos Técnicos del Establecimiento penitenciario y determinará su organización, funcionamiento y composición conforme a las normas de desarrollo de este Reglamento.

4. Los Equipos Técnicos adoptarán diferentes composiciones en función de los asuntos a tratar, debiendo observar que, en las reuniones informales que celebren, estén siempre presentes los profesionales penitenciarios que, formando parte del Equipo, trabajen en contacto directo con los internos afectados.

Artículo 275. Funciones. El Equipo Técnico ejercerá las funciones siguientes:

- a) Ejecutar los programas de tratamiento o los modelos individualizados de intervención penitenciarios que se establezcan para cada interno por la Junta de Tratamiento.
- b) El conocimiento directo de los problemas y de las demandas que formulen los internos.
- c) Proponer a la Junta de Tratamiento la adopción de las medidas necesarias para superar las carencias que presenten los internos.
- d) Atender las peticiones y quejas que le formulen los internos respecto su clasificación, tratamiento o programa de intervención.
- e) Evaluar los objetivos alcanzados en la ejecución de los programas de tratamiento o de los modelos de intervención penitenciarios e informar de los resultados de la evaluación a la Junta de Tratamiento.
- f) Ejecutar cuantas acciones concretas les encomiende la Junta de Tratamiento o el Director del Centro.
- g) Cuando existan en el centro penitenciario talleres o escuelas de formación profesional, realizar las tareas de orientación y selección profesional, el asesoramiento pedagógico o psicológico de la formación profesional, así como procurar, mediante las técnicas adecuadas, la integración personal y colectiva de los internos en el trabajo y en la orientación laboral.
- h) Ejercer las demás competencias que le atribuye este Reglamento y sus normas de desarrollo.

SECCIÓN 3

Comisión Disciplinaria

Artículo 276. Composición. 1. La Comisión Disciplinaria estará presidida por el Director del centro y compuesta por los siguientes miembros:

- a) El Subdirector de Régimen.
- b) El Subdirector de Seguridad.
- c) Un Jurista del Establecimiento.
- d) Un Jefe de Servicios.
- e) Un funcionario de la plantilla del centro penitenciario.

2. Los miembros de los párrafos d) y e) se elegirán anualmente por los empleados públicos del centro penitenciario, en la forma que se determine por resolución del centro directivo.

3. Como Secretario de la Comisión Disciplinaria actuará, con voz pero sin voto, un funcionario designado por el Director de entre los destinados en el centro penitenciario.

Artículo 277. Funciones. 1. A la Comisión Disciplinaria corresponde ejercer la potestad disciplinaria penitenciaria en la forma regulada en el Título X de este Reglamento y acordar la concesión de las recompensas que procedan a los internos, sin perjuicio de la competencia del

Director para la imposición de sanciones por faltas leves y de las atribuciones de los Jueces de Vigilancia.

2. Las funciones de la Comisión Disciplinaria son las siguientes:

a) Resolver los expedientes disciplinarios instruidos a los internos por la comisión de las infracciones muy graves o graves, así como ordenar, cuando lo estime necesario, la realización de actuaciones y pruebas complementarias por el Instructor.

b) Ordenar al Secretario de la Comisión la notificación de los acuerdos sancionadores en la forma y plazos establecidos en este Reglamento.

c) Ordenar la anotación en los expedientes personales de los internos expedientados de la iniciación de los procedimientos disciplinarios y, en su caso, de las sanciones impuestas, así como la cancelación de las anotaciones cuando concurren los requisitos exigidos en este Reglamento.

d) Acordar la ejecución inmediata de las sanciones impuestas por la comisión de faltas muy graves en las condiciones establecidas en este Reglamento.

e) Suspender, cuando las circunstancias lo aconsejen, la efectividad de las sanciones de aislamiento impuestas, así como, en casos de enfermedad del sancionado, aplazar el cumplimiento de las sanciones de aislamiento y levantar la suspensión cuando el interno sea dado de alta o se estime oportuno.

f) Reducir o revocar las sanciones impuestas en las condiciones y con los requisitos establecidos en este Reglamento, sin perjuicio de la autorización del Juez de Vigilancia en los supuestos en que éste haya intervenido en la imposición de la sanción, directamente o en vía de recurso.

g) Otorgar las recompensas previstas en este Reglamento, determinando, en su caso, su cuantía y ordenar la anotación de su concesión en el expediente personal del interno recompensado.

h) Ejercer las restantes competencias establecidas en el Título X de este Reglamento que no estén atribuidas expresamente al Director del Establecimiento o al Instructor del expediente disciplinario.

SECCIÓN 4

Junta Económico-Administrativa

Artículo 278. Composición. 1. La Junta Económico-Administrativa estará presidida por el Director del centro y se compondrá de los siguientes miembros:

a) El Administrador.

b) El Subdirector Médico o Jefe de los Servicios Médicos.

c) El Subdirector de Personal, si lo hubiere.

d) El Coordinador de Formación Ocupacional y Producción o el Coordinador de los servicios sociales, cuando sean convocados por el Director.

e) Un Jurista del centro.

2. Como Secretario de la Junta Económico-Administrativa actuará, con voz pero sin voto, el funcionario que designe el Director entre los destinados en el Establecimiento.

3. El sustituto del Director en la presidencia de la Junta Económico-Administrativa será el Administrador del centro penitenciario.

Artículo 279. Funciones. La Junta Económico-Administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del centro directivo y del Director del Establecimiento, es el órgano colegiado encargado de la supervisión de la gestión de personal, económico-administrativa, presupuestaria y contable del Establecimiento y ejercerá las funciones siguientes:

a) El análisis y la aprobación de la propuesta de necesidades de medios para el funcionamiento del centro penitenciario.

b) El seguimiento y control del sistema contable.

c) Informar las cuentas que se deban rendir al centro directivo.

d) La adopción de las decisiones en materia económica y de gestión presupuestaria establecidas en este Reglamento y en sus normas de desarrollo.

e) La adopción de decisiones por delegación del centro directivo en materia de personal, así como las relativas a la gestión económico-administrativa del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias que le puedan ser delegadas por éste.

f) El seguimiento y control de los gastos y de la ejecución presupuestaria del centro penitenciario en la forma que se determine por el centro directivo.

g) Ejercer las demás competencias que le atribuye este Reglamento y sus normas de desarrollo y, en general, todas aquellas que afecten al régimen económico-administrativo del centro penitenciario que no estén atribuidas a otros órganos.

CAPÍTULO III ÓRGANOS UNIPERSONALES

Artículo 280. *El Director.* 1. El Director de un centro penitenciario ostenta la representación del centro directivo y de los órganos colegiados del Establecimiento que presida, y es el obligado, en primer término, a cumplir y hacer cumplir las Leyes, Reglamentos y disposiciones en general y especialmente las que hacen referencia al servicio.

2. Corresponden al Director las siguientes atribuciones:

1.^a Dirigir, coordinar y supervisar la ejecución de las directrices del centro directivo relativas a la organización de los diferentes servicios de tratamiento, régimen, sanidad, personal y gestión económico-administrativa, así como inspeccionarlos y corregir cualquier falta que observare en los mismos.

2.^a Representar al centro penitenciario en sus relaciones con autoridades, centros, entidades o personas, firmando la documentación que salga del mismo y dando el visto bueno o la conformidad a cuantos documentos deban expedir los demás funcionarios, salvo cuando, previa autorización del centro directivo, pueda delegar esta función en los Subdirectores y Administrador.

3.^a Convocar y presidir los órganos colegiados regulados en el capítulo II de este Título, aprobar sus acuerdos para que sean eficaces y ejecutarlos, así como demorar su eficacia hasta la aprobación superior, en su caso, del centro directivo, en los términos previstos en el artículo 266 de este Reglamento.

4.^a En relación con los empleados públicos destinados en el centro:

a) Organizar y asignar la realización de los distintos servicios.

b) Dar traslado de cuantas disposiciones o resoluciones afecten al servicio.

c) Expedir las certificaciones y emitir los informes que proceda en relación con la actuación profesional de los empleados públicos destinados en el centro penitenciario.

d) Velar por el cumplimiento de sus obligaciones y comunicar al centro directivo cuantos hechos o actuaciones puedan ser merecedores de recompensa o constitutivos de falta disciplinaria.

e) Agrupar en un puesto de trabajo, desempeñado por un solo funcionario, tareas o cometidos atribuidos a dos o más unidades o puestos, o bien agregar alguna tarea específica a las propias de la unidad o puestos de trabajo, y, en casos de necesidad, asignar provisionalmente dos o más unidades a un solo funcionario, teniendo en cuenta las necesidades de coordinación de los distintos puestos o unidades y las cargas reales de trabajo que tengan asignadas.

5.^a Adoptar las medidas regimentales urgentes necesarias para prevenir y, en su caso, resolver cualquier alteración individual o colectiva del orden en el centro, dando cuenta inmediatamente al centro directivo.

6.^a Adoptar, ante hechos o actuaciones de los internos que se presuman faltas disciplinarias, las medidas cautelares que procedan hasta que recaiga acuerdo definitivo.

7.^a Disponer, previa aprobación o mandamiento de la autoridad judicial y de acuerdo con lo establecido en el capítulo II del Título II del presente Reglamento, la excarcelación de los detenidos, presos y penados a su cargo.

8.^a Supervisar los libros de contabilidad, autorizar los pagos de caja y la extracción de fondos del Banco.

9.^a Decidir la separación interior de los internos teniendo en cuenta los antecedentes y circunstancias de cada uno conforme a lo dispuesto en el artículo 99 del presente Reglamento.

10.^a Autorizar, en forma reglamentaria, las comunicaciones, visitas, salidas al exterior y conductiones de los Internos.

11.^a Disponer lo necesario para comunicar inmediatamente al familiar más próximo o a la persona designada por el interno, en los casos de muerte, enfermedad o accidente grave del mismo.

12.^a Autorizar, previa aprobación de la autoridad judicial o del centro directivo, la salida y desplazamientos de los internos al domicilio familiar o centro hospitalario en los supuestos previstos en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, sin perjuicio de las funciones que corresponden a la Junta de Tratamiento.

13.^a Asumir la representación del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, con la función de dirigir y supervisar sus actividades en el centro de acuerdo con las instrucciones emitidas por los órganos directivos del citado organismo autónomo.

14.^a Velar por la difusión en el centro penitenciario de las circulares, instrucciones y órdenes de servicio dictadas por el centro directivo.

15.^a Llevar a cabo cuantas tareas o cometidos le atribuya el centro directivo en relación con sus funciones como responsable del centro penitenciario.

Artículo 281. Subdirectores. Los Subdirectores y el Administrador son los responsables de la organización y gestión ordinaria de los servicios que tenga atribuidos su puesto de trabajo, bajo la dirección y supervisión del Director, debiendo realizar también las funciones que éste les encomiende, de acuerdo con sus instrucciones.

Artículo 282. Administrador. El Administrador tendrá rango de Subdirector, con los derechos y obligaciones inherentes al mismo, y tiene, entre otras, las siguientes funciones:

a) Dirigir los servicios administrativos del Establecimiento, sin perjuicio de la supervisión del Director.

b) Extender los talones de las cuentas bancarias del centro penitenciario junto con la firma mancomunada del Director o de su suplente.

c) Cuidar, junto con el Director, de los niveles de calidad y coste de los bienes y servicios destinados al centro penitenciario, de acuerdo con las instrucciones del centro directivo.

d) Efectuar las transferencias de los saldos de peculio en los supuestos establecidos.

e) Rendir las cuentas ante los órganos competentes con el visado del Director y el informe de la Junta Económico-Administrativa.

Artículo 283. Jefe de Servicios. El Jefe de Servicios es el encargado de la coordinación de los servicios del área de vigilancia bajo la dirección y supervisión de los mandos del centro y, en consecuencia, adoptará provisionalmente las medidas indispensables para mantener el orden y el buen funcionamiento de los servicios, dando cuenta de ellas al Director.

Artículo 284. Suplencia. 1. En los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad del Director, el centro directivo, mediante resolución motivada, designará su suplente entre los Subdirectores del centro penitenciario.

2. En los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad del Administrador, y cuando no se designe suplente por el órgano competente para su nombramiento, el Director dictará resolución

expresa designando suplente de éste entre los funcionarios destinados en el centro, que ejercerá todas sus funciones excepto las del artículo siguiente.

Artículo 285. Incidencias. 1. Los Directores, Subdirectores y Administradores, sin perjuicio de la jornada de trabajo que les corresponda, realizarán turnos de incidencias todos los días del año, incluidos domingos y festivos.

2. Los Subdirectores y Administradores que se encuentren realizando el turno de incidencias asumirán todas las atribuciones del Director reguladas en el primer artículo de este capítulo, en ausencia de éste, debiendo dar cuenta al mismo en cuanto sea posible de las actuaciones realizadas en ejercicio de las citadas atribuciones.

Artículo 286. Horarios de personal. 1. Los funcionarios penitenciarios, dada la naturaleza de sus funciones, prestarán sus servicios en un régimen horario específico.

2. Por necesidades excepcionales y justificadas podrá exigirse a los funcionarios penitenciarios un número mayor de horas de servicio que las establecidas con carácter general a los demás funcionarios, debiendo, en tal caso, ser compensados con igual número de horas libres en cuanto las necesidades del servicio lo permitan, o bien retribuidos mediante los complementos legalmente establecidos.

TÍTULO XII

Del régimen económico y administrativo de los Establecimientos penitenciarios

CAPÍTULO PRIMERO PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 287. Ámbito de aplicación. Las normas relativas a la gestión económico-administrativa de los Establecimientos penitenciarios contenidas en este Título sólo serán aplicables a las Comunidades Autónomas con competencias de ejecución de la legislación penitenciaria estatal en concepto de derecho supletorio, sin perjuicio de la legislación básica estatal que, por otros títulos competenciales, resulte aplicable sobre dicha materia.

Artículo 288. Finalidad de la gestión económico-administrativa. La finalidad de la gestión económico-administrativa en todos los Establecimientos penitenciarios consiste en la optimización de los recursos financieros y materiales puestos a disposición de la Administración penitenciaria para el logro eficaz y eficiente de las funciones asignadas en el presente Reglamento para desarrollar la actividad penitenciaria.

Artículo 289. Situaciones especiales. El Director del Establecimiento penitenciario, tan pronto tenga conocimiento de una decisión adoptada que vulnere la normativa vigente, procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 266.1 de este Reglamento y adoptará las medidas necesarias para minimizar el perjuicio a los intereses públicos, dando cuenta al centro directivo.

Artículo 290. Obligaciones de gasto. Ningún Establecimiento penitenciario podrá adoptar ninguna decisión que implique compromisos de gasto por encima de los créditos asignados al mismo o que modifiquen la imputación del gasto o el procedimiento establecido para su ejecución.

Artículo 291. Previsión de necesidades. El Director del centro penitenciario, una vez haya informado la Junta Económico-Administrativa, deberá remitir a la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, antes del 1 de abril de cada año natural, la previsión de necesidades presupuestarias para el siguiente ejercicio, las cuales deberán justificarse debidamente siguiendo los criterios que

marque la citada Secretaría de Estado, en base a las directrices emanadas del Ministerio de Economía y Hacienda.

Artículo 292. *Naturaleza de los recursos y legislación aplicable.* Los recursos económicos asignados y gestionados por los Establecimientos penitenciarios tienen la naturaleza de recursos públicos, a los que resultará de aplicación la normativa presupuestaria, contractual, contable o patrimonial vigente para las Administraciones Públicas.

Artículo 293. *Servicios administrativos.* 1. Los Servicios administrativos de los Establecimientos penitenciarios dependen directamente del Administrador del centro.

2. Todo acto o decisión económico-administrativa de un Establecimiento penitenciario deberá estar propuesto por el Administrador y autorizado por el Director del centro, salvo en aquellos casos en que este Reglamento o sus normas de desarrollo establezcan expresamente otro procedimiento.

Artículo 294. *Cuentas bancarias.* 1. El movimiento de fondos de las cuentas bancarias abiertas a nombre de los Establecimientos penitenciarios requerirá el cumplimiento de la normativa dictada por la Dirección General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda, exigiéndose, en todo caso, la firma mancomunada del Director y del Administrador del Establecimiento o, en su caso, del suplente de uno u otro.

2. La facultad para tramitar a la Dirección General del Tesoro y Política Financiera la autorización de apertura de estas cuentas corresponderá a la Dirección General de Administración Penitenciaria.

CAPÍTULO II RÉGIMEN PATRIMONIAL

Artículo 295. *Inventarios de Establecimientos penitenciarios.* 1. Los Establecimientos penitenciarios llevarán un sistema de inventarios que permita disponer en todo momento de información fiel y actualizada sobre los bienes muebles asignados para el desarrollo de sus funciones. Las respectivas altas o bajas de bienes muebles que se produzcan se consignarán en el inventario por el órgano competente, por medio de las actas de recepción o enajenación correspondientes.

2. Por el centro directivo se determinarán los tipos de inventario que de forma obligatoria todo Establecimiento penitenciario debe tener continuamente actualizados, así como los documentos y la periodicidad con que deban remitirse para la elaboración del inventario general de bienes muebles de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

3. La Dirección General de Administración Penitenciaria será el órgano competente para la tramitación del procedimiento de donaciones de bienes efectuadas por Administraciones públicas o por instituciones públicas o privadas a Establecimientos penitenciarios, que no podrán ser aceptadas sin la previa y expresa autorización del centro directivo.

4. Cuando sea necesaria la enajenación de bienes muebles, se solicitará a la Dirección General de Administración Penitenciaria la oportuna autorización por el Director del Establecimiento penitenciario.

Artículo 296. *Casos especiales por apertura o cierre de Establecimientos penitenciarios.* En los casos especiales de apertura o cierre de Establecimientos penitenciarios se iniciarán los posteriores procedimientos de gestión patrimonial a partir de los respectivos inventarios de apertura o clausura firmados por el Director y Administrador del Establecimiento.

Artículo 297. *Establecimientos penitenciarios de distribución.* Cuando un Establecimiento penitenciario tenga el carácter de depósito de suministros llevará un sistema especial de inventario que permita en todo momento conocer la distribución de productos realizada a otros Establecimientos y los niveles de producto en reserva.

CAPÍTULO III GESTIÓN DE ECONOMATOS, CAFETERÍAS Y COCINAS

Artículo 298. *Servicio de economato.* Los economatos de los Establecimientos penitenciarios son un servicio prestado por la institución penitenciaria a los internos que permite disponer de un sistema de adquisición de productos de naturaleza complementaria a los facilitados por la propia Administración penitenciaria.

Artículo 299. *Servicio de cafetería.* El servicio de cafetería se podrá prestar en los Establecimientos penitenciarios tanto al personal propio del Establecimiento como al personal de guardia exterior, al que preste algún servicio relacionado con el centro penitenciario y a las visitas de cualquier naturaleza.

Artículo 300. *Sistemas de gestión.* 1. Los servicios de economato, de cocina y de cafetería podrán ser gestionados por:

- a) La propia Administración penitenciaria.
- b) El Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, mediante la fórmula de taller productivo.
- c) Empresas externas adjudicatarias por contrato administrativo de servicios.

2. Cuando la gestión de los servicios de economato o cafetería se realice por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias, éstos adoptarán la naturaleza de taller productivo. Los beneficios obtenidos corresponderán al citado organismo autónomo.

3. En el supuesto de que el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias gestione el servicio de cocina mediante la fórmula de taller productivo, la provisión de víveres para elaborar los racionados se efectuará bajo la responsabilidad del citado organismo.

4. Cuando los servicios de economato o cafetería sean gestionados por la propia Administración penitenciaria o por una empresa externa, los beneficios generados para la Administración penitenciaria se ingresarán en el Tesoro Público para su posterior incorporación, mediante generaciones de crédito, a aquellos conceptos presupuestarios del presupuesto de gastos de la Administración penitenciaria que mejor contribuyan al cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria establecidos en el artículo 2 de este Reglamento. En el supuesto de gestión por la propia Administración penitenciaria, se entenderá por beneficios los obtenidos una vez sufragados los gastos correspondientes a la compra de géneros, las recompensas a internos y la depreciación de existencias.

Artículo 301. *Sistemas de pago en el economato.* 1. Queda prohibido a los internos el uso de dinero de curso legal, salvo en los Establecimientos de régimen abierto o en situaciones excepcionales debidamente autorizadas por el centro directivo. Las normas de régimen interior de cada centro penitenciario establecerán la obligatoriedad para los internos de efectuar las compras en los Establecimientos mediante tarjeta-valor, tarjeta magnética, tarjeta con microchip u otro sistema análogo.

2. Las prescripciones técnicas del sistema establecido para las compras se fijarán por el centro directivo.

3. Por el centro directivo se establecerán las normas reguladoras para cada uno de los sistemas de compra indicados.

4. Cuando el interno sea excarcelado, disfrute de permiso de salida o sea trasladado a otro Establecimiento penitenciario se canjeará la tarjeta de compras de que sea titular por su importe en metálico.

Artículo 302. *Normas reguladoras de los servicios.* 1. Por el centro directivo se establecerán las normas reguladoras de cada uno de los sistemas de gestión previstos.

2. La lista actualizada de productos y precios de economato se deberá exponer a la población reclusa junto a la ventanilla del despacho donde se dispensen los mismos.

3. La lista actualizada de productos y precios de la cafetería deberá exponerse en un lugar visible para los usuarios, dentro del local utilizado para la misma.

Artículo 303. *Productos autorizados para la venta en economatos.* 1. En el economato podrán expenderse los siguientes productos:

- a) Comestibles que no precisen ser cocinados.
- b) Tabaco.
- c) Ropa de uso interior y exterior.
- d) Productos de aseo personal.
- e) Cuantos otros bienes o productos necesiten los reclusos, siempre que no estén prohibidos por las normas de régimen interior del centro y, en general, siempre que su uso y consumo no implique riesgo para el correcto funcionamiento regimental del Establecimiento.

2. En ningún caso podrán venderse en el economato ningún tipo de bebidas alcohólicas ni de productos farmacéuticos.

Artículo 304. *Otros servicios a favor del interno.* En caso de necesidad, apreciada por la Dirección del centro, se podrá autorizar, previa solicitud del interno, la compra en el exterior a costa del recluso de algún producto autorizado no disponible en el economato. El procedimiento de estas adquisiciones se determinará por la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios.

Artículo 305. *Naturaleza de los servicios de economato, cafetería y cocina.* 1. Cuando el economato, la cafetería o la cocina sean gestionados por la propia Administración penitenciaria, las prestaciones que deban realizar los internos en servicios auxiliares o mecánicos de los mismos no tendrán, en ningún caso, la naturaleza de relación laboral especial penitenciaria, sin perjuicio de las recompensas y beneficios penitenciarios que se les puedan conceder.

2. Cuando el economato, la cafetería o la cocina sean gestionados por el Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias mediante la fórmula de taller productivo, los servicios auxiliares o mecánicos de los mismos desempeñados por los internos tendrán la naturaleza de relación laboral especial penitenciaria.

3. Cuando el economato, la cafetería o la cocina sean gestionados por una empresa externa adjudicataria del servicio ningún interno podrá desempeñar servicios auxiliares o mecánicos en los mismos, salvo cuando la proposición económica de la empresa adjudicataria contenga expresamente la previsión de la contratación laboral común de internos, en cuyo caso todas las obligaciones empresariales derivadas del contrato de trabajo serán satisfechas por la empresa adjudicataria.

Artículo 306. *Acciones contra los intereses del economato, cafetería y cocina.* Cuando algún interno sustraiga fondos o efectos del economato, cafetería o cocina o provoque intencionadamente

el deterioro de sus productos, será separado de dichos servicios y se le exigirá la responsabilidad pecuniaria que proceda, sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias y penales en que hubiera podido incurrir.

CAPÍTULO IV **GESTIÓN ECONÓMICO-ADMINISTRATIVA DE LOS GASTOS DE ALIMENTACIÓN**

Artículo 307. *Justificación de racionados.* 1. Los internos devengarán la ración según su hora de ingreso y salida del Establecimiento penitenciario, procurándose en todo momento que la imputación del gasto quede claramente individualizada para cada Establecimiento penitenciario, sin que, en los supuestos de traslado, pueda efectuarse la doble imputación de racionados en ningún caso.

2. Las raciones de enfermería que supongan incremento del racionado común deberán acreditarse mediante informe del médico y del Administrador del Establecimiento penitenciario.

3. Los gastos de alimentación, estancia y tratamiento originados por los internos destinados en unidades dependientes o en unidades extrapenitenciarias podrán ser compensados por la Administración penitenciaria en la forma que se determine en las normas de desarrollo de este Reglamento.

Artículo 308. *Valores de racionados y lotes higiénicos.* 1. Por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios se fijarán anualmente los valores de las raciones alimenticias por día y plaza de interno, distinguiendo, al menos, las siguientes categorías:

- a) Internos sanos.
- b) Internos jóvenes.
- c) Ración de enfermería.

Estos valores podrán ser distintos para los diferentes centros penitenciarios en función de la agrupación que se establezca exclusivamente para este fin.

Véase Res. 1 diciembre 2004, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, por la que se actualizan las consignaciones económicas para la alimentación de los internos (BOE 21 diciembre).

2. Asimismo, anualmente y por resolución de la Secretaría de Estado, se fijará la composición de las dotaciones para higiene personal que se facilitarán a los internos en los Establecimientos penitenciarios.

Artículo 309. *Seguimiento contable de los gastos de alimentación.* Los gastos de alimentación serán objeto de un seguimiento contable especial, con los formatos y periodicidad que el centro directivo determine. Dichos gastos se elevarán a la Junta Económico-Administrativa del Establecimiento para su examen e informe.

Artículo 310. *Recepcionado de mercancías para la preparación del racionado.* 1. En el supuesto de que la gestión de cocina se realice directamente por la Administración penitenciaria, diariamente, el funcionario del servicio de alimentación recepcionará las mercancías para la preparación de las comidas según los racionados, comprobando calidad y peso de los artículos.

2. El Médico del Establecimiento comprobará el estado sanitario de los artículos suministrados y dictaminará los que por la citada razón deban ser desechados.

Artículo 311. *Renuncia a ración alimenticia.* Si algún interno renunciase a su ración, quedará ésta en beneficio de los demás, no de persona determinada, sin que por tal renuncia se le deba indemnización alguna.

Artículo 312. *Sistemas de gestión de los gastos de alimentación.* Cuando la gestión de cocina se realice directamente por la Administración penitenciaria, la adquisición de productos de ali-

mentación se podrá llevar a cabo por el Establecimiento penitenciario o por los servicios centrales, utilizando proveedores ajenos a la propia Administración, vía pagos a justificar, anticipos de caja fija o expedientes de contratación administrativa de suministros.

CAPÍTULO V GESTIÓN ECONÓMICA DEL VESTUARIO, EQUIPO Y UTENSILIO DE LOS INTERNOS

Artículo 313. *Dotación.* 1. El centro directivo de la Administración penitenciaria correspondiente proveerá, dentro de sus disponibilidades presupuestarias, a todos los centros penitenciarios que dependan de la misma, del vestuario, equipo y utensilios que necesiten los reclusos de uno y otro sexo. La composición del vestuario se determinará por resolución del centro directivo correspondiente, teniendo en cuenta las condiciones climatológicas de las diferentes estaciones del año y las distintas tipologías y ubicaciones geográficas de los Establecimientos.

2. Los internos trabajadores de uno y otro sexo dispondrán, además, de la ropa apropiada para desarrollar las actividades laborales.

3. Los niños internados con sus madres también dispondrán del vestuario adecuado.

4. El equipo para las camas, aseo personal e higiene íntima y los utensilios para las comidas se determinarán por resolución de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios u órgano autónomo equivalente.

Artículo 314. *Períodos de reposición.* 1. La duración mínima de cada una de las prendas, calzado y equipo se determinará por el centro directivo correspondiente.

2. Los Establecimientos justificarán en los estados de vestuario las altas y bajas de las prendas.

3. No se fijarán plazos mínimos de duración para el utensilio, sino que los Directores de los centros penitenciarios deberán solicitar en cada caso la correspondiente autorización del centro directivo para dar de baja los efectos que queden inutilizados por el uso y poder efectuar las correspondientes reposiciones de material.

Artículo 315. *Enajenación de material no inventariable.* Los utensilios y efectos dados de baja serán enajenados conforme a las normas dictadas por el centro directivo correspondiente. La venta constará en acta y su producto se ingresará en el Tesoro Público.

Artículo 316. *Lotes higiénicos.* 1. Los Establecimientos penitenciarios solicitarán mensualmente, en función de la previsión de población interna existente y de sus características personales y penitenciarias, las necesidades de dotación en lotes higiénicos.

2. Mensualmente se remitirá inventario de estos productos al centro directivo en donde quede recogido el número de lotes higiénicos distribuidos entre la población interna y los remanentes pendientes de distribución del mes anterior.

CAPÍTULO VI CUSTODIA DE LOS OBJETOS DE VALOR DE LOS INTERNOS

Artículo 317. *Custodia de dinero, alhajas, joyas y otros objetos de valor.* Salvo en los Establecimientos de régimen abierto, los internos no tendrán en su poder dinero o títulos que lo representen ni objetos de valor. Todo ello les será intervenido al ingresar con arreglo a las siguientes normas:

1.^a Los objetos de valor se custodiarán por el Subdirector de Seguridad en la caja del Establecimiento o en lugar seguro y el dinero será custodiado por el Administrador. Al interno se le

entregará una hoja individual de cuenta de peculio, iniciada con las cantidades que le fueron recogidas, y se le expedirán los resguardos que acrediten el depósito de los objetos de valor.

2.^a Los internos podrán autorizar para que de lo intervenido se haga cargo alguna persona y, en tal caso, la entrega se hará mediante la justificación de su personalidad, debiendo firmar con el Subdirector de Seguridad o el Administrador, según proceda, la diligencia de la entrega. También podrán autorizar la realización en su caso, de los títulos legítimos representativos de dinero.

3.^a No se dará cumplimiento a lo establecido en la norma anterior cuando existan dudas acerca de la legítima procedencia del dinero u objetos de valor intervenidos y se pondrá en conocimiento de la autoridad competente la retención para que se resuelva lo procedente.

4.^a Cuando el dinero consista en moneda o billetes que puedan o deban ser objeto de intervención oficial, se cumplirá lo que al respecto determine la legislación correspondiente, sin perjuicio de asegurarlo en la caja como otro valor cualquiera y de entregar al recluso un resguardo suficientemente expresivo de las cantidades y efectos depositados, pero no se le dará ingreso en el peculio de libre disposición.

5.^a Cuando la autoridad judicial disponga la intervención de todo o parte del dinero de un interno, se procederá a inmovilizar las cantidades indicadas en la orden correspondiente, que quedarán a disposición de dicha autoridad para el destino que proceda, de todo lo cual se dará conocimiento al interesado.

Artículo 318. *Traslado de material.* 1. Todo interno que sea trasladado a otro Establecimiento penitenciario tendrá derecho a que la Administración penitenciaria realice el traslado de sus pertenencias personales por un peso que nunca podrá ser superior a los 25 kilogramos, siendo con cargo al interno el traslado de todo aquel material que exceda del peso indicado.

2. Para los casos excepcionales de internos sin medios económicos se estudiarán por parte de la Junta Económico-Administrativa del Establecimiento penitenciario las posibles medidas a adoptar, que deberán ser aprobadas por el centro directivo.

CAPÍTULO VII PECULIO DE RECLUSOS

Artículo 319. *Constitución del fondo o cuentas individuales de peculio.* 1. El fondo de peculio se constituirá con las cantidades que los reclusos tengan en su poder al ingresar en el Establecimiento y con las que reciban posteriormente por cualquier concepto de procedencia legítima.

2. Estos fondos podrán ser gestionados por la Administración penitenciaria o por entidades financieras colaboradoras, mediante convenio suscrito con la Administración penitenciaria, como cuentas bancarias individuales de peculio abiertas para cada interno.

3. Por el centro directivo se establecerán las normas reguladoras de la información contable del fondo de peculio a suministrar por los Establecimientos penitenciarios y su periodicidad, así como de la contabilidad que deban rendir las entidades financieras colaboradoras.

Artículo 320. *Seguimiento contable.* 1. Si la gestión del fondo de peculio se realiza por la Administración penitenciaria, a cada partícipe del fondo se le proveerá de una hoja personal en que se le inscribirán los ingresos a su nombre y las extracciones autorizadas semanalmente, con expresión del saldo, datos que estarán en consonancia con las partidas correspondientes en el libro general de peculio que lleve la Administración.

2. Si la gestión de peculio se realiza por una entidad financiera, cada recluso tendrá una cartilla o similar que contendrá los datos indicados en el apartado anterior.

3. Por el centro directivo se establecerán las normas que permitan realizar un seguimiento mensual de los saldos del fondo de peculio en cada Establecimiento penitenciario y sus correspondientes saldos de intereses.

Artículo 321. *Utilización del peculio de libre disposición.* Con el peculio de libre disposición podrán los internos:

a) Atender los gastos que les estén permitidos, solicitando y recibiendo de la Administración una cantidad prudencial que se fijará por el centro directivo atendiendo a criterios de seguridad y orden del Establecimiento.

b) Ordenar transferencias a su familia o a otras personas, previa autorización del Administrador del Establecimiento.

Artículo 322. *Transferencias del fondo de peculio.* 1. Al ser puesto en libertad un interno, le será practicada la liquidación de su peculio y entregado el saldo que resulte o la cartilla bancaria, así como los objetos de valor que la Administración tenga en depósito, previa presentación de los oportunos resguardos.

2. En caso de traslado del interno a otro Establecimiento, se le entregará en metálico, de su peculio, una cantidad prudencial para sus gastos. El resto le será remitido por el Administrador del Establecimiento de origen al de destino o, si el peculio se gestiona por una entidad financiera, se trasladará la cuenta a la localidad de destino. Los objetos de valor depositados en la Administración le serán entregados contra la presentación del resguardo correspondiente.

Artículo 323. *Peculio de fallecidos.* El peculio de reclusos fallecidos será entregado al primer heredero del recluso que lo solicite, contra el que podrán repetir, en su caso, los restantes miembros de la comunidad hereditaria.

Artículo 324. *Intereses de los fondos de peculio.* 1. En los supuestos de cuentas bancarias individuales de peculio abiertas para cada interno, los intereses y los gastos generados, según la normativa aplicable a dichas cuentas, se repercutirán sobre las mismas.

2. Si los fondos de peculio son gestionados por la Administración penitenciaria, los intereses que genere la cuenta fondo de peculio se ingresarán en el Tesoro Público para su posterior incorporación, mediante generaciones de crédito, a aquellos conceptos presupuestarios del presupuesto de gastos de la Administración penitenciaria que mejor contribuyan al cumplimiento de los fines de la actividad penitenciaria establecidos en el artículo 2 de este Reglamento.

CAPÍTULO VIII NORMAS RELATIVAS AL ORGANISMO AUTÓNOMO TRABAJO Y PRESTACIONES PENITENCIARIAS

Artículo 325. *Gestión económico-administrativa del Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias.* 1. La gestión económica, administrativa y patrimonial desarrollada en los centros penitenciarios relativa al Organismo Autónomo Trabajo y Prestaciones Penitenciarias se regirá por su normativa propia y, en su defecto, por las disposiciones de este Reglamento y de sus normas de desarrollo que resulten directamente aplicables.

2. Los gastos y pagos derivados de obligaciones del organismo autónomo que deban realizarse en los centros penitenciarios serán efectuados por quienes tengan reconocida en cada centro la competencia para realizarlos.

§ 9. LEY DE 18 DE JUNIO DE 1870, DE REGLAS PARA EL EJERCICIO DE LA GRACIA DE INDULTO

(GACETA de 24 de junio de 1870)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

En el artículo 73 de la Constitución del Estado se otorga al Rey la facultad de conceder indultos particulares con sujeción a las leyes. Es, por consiguiente, manifiesto que debe haber una ley con arreglo a cuyas disposiciones la Corona ha de ejercer tan preciosa prerrogativa. He aquí por qué el Ministro de Gracia y Justicia tiene el honor de someter a la aprobación de las Cortes Constituyentes el adjunto Proyecto.

En la actualidad véase el artículo 62 i) de la Constitución 1978.

Cuatro han sido las principales disposiciones, en diversas épocas publicadas, para regular el ejercicio de la gracia de indulto, mereciendo por su importancia en primer lugar, entre ellas, el Decreto de 7 de diciembre de 1866.

La carencia de fuerza verdaderamente legislativa de estos decretos, simplemente administrativos, y la naturaleza misma de la prerrogativa de indultar, en cuyo ejercicio el sentimiento se sobrepone fácilmente a la razón, han sido indudablemente las causas más importantes y permanentes que produjeron con frecuencia lamentable la inobservancia de aquellas disposiciones, y dieron margen a la abusiva facilidad con que los delincuentes lograron muchas veces eximirse del cumplimiento de las penas a que se habían hecho acreedores por sus crímenes.

La necesidad cada vez más apremiante de hacer de una vez imposibles para siempre estos abusos, que tanto quebrantan la recta administración de justicia, el prestigio de los Tribunales, y la misma moralidad y orden público, reclamarían este proyecto de ley, si el precepto constitucional no lo hubiese hecho indispensable.

Cree, pues, el Ministro, que al presentarla, a la vez que cumple un deber constitucional, satisface también una necesidad fuertemente sentida por todos los hombres honrados, que exigen con perfecto derecho que la garantía judicial de su honra, de su vida y de su fortuna, no pierda su eficacia por una compasión indiscreta y ya intolerable.

El artículo 74 de la Constitución prescribe que no se concedan amnistías e indultos generales sino en virtud de una ley especial. La forma y solemnidades, por lo tanto, de la concesión de estas gracias generales, que en último término vienen a ofrecer la importancia y a producir los efectos de una derogación transitoria de la ley penal, no es ya hoy cuestión en la esfera del derecho escrito, como antes de ahora lo era en la de la ciencia.

A los indultos particulares se limita este proyecto. Y el Ministro, al redactarlo, ha procurado evitar, así los males consiguientes a la facilidad exagerada e irreflexiva en conceder las gracias de esta clase, como las consecuencias siempre lamentables de la inflexibilidad de la sentencia eje-

cutoria, que por mil variadas causas conviene en ciertos y determinados casos suavizar, a fin de que la equidad, que se inspira en la prudencia, no choque nunca con el rigor característico de la justicia.

Se divide el proyecto en tres capítulos. En el primero se declara quiénes pueden obtener la gracia de indulto, quedando de ella excluidos los que no hayan sido aún condenados por sentencia firme, por no ser conocida la pena de que convenga eximirles; los que se hallan en rebeldía, y los reincidentes en la misma clase de delito, a no concurrir circunstancias especiales; porque no son dignos de la gracia, que si se les otorgase produciría el funesto efecto de favorecer la impunidad y de alentar al delincuente en la senda del crimen.

Los reos de los delitos de sedición y rebelión podrán, no obstante, ser indultados, aunque se hallaren en estas circunstancias. La naturaleza de los delitos de esta clase, el carácter y condiciones de la sociedad de nuestra época, y aun altas consideraciones de gobierno, demuestran la necesidad de esta excepción.

En el capítulo II se prefijan las clases y efectos de los indultos. Se establece el principio de que en rarísimos casos debe ser concedido el indulto total, y aun en ellos tan sólo cuando estén conformes el Tribunal sentenciador y el Consejo de Estado respecto a la justicia o conveniencia pública de la concesión. Más que eximirse de la pena, se debe tan sólo en el mayor número de los casos conmutarla en otra menos grave, pero que por su naturaleza tenga con el delito la analogía a que se aspira en el Código Penal, por la clasificación de las penas en las escalas graduales. Por esto se prescribe en el artículo del proyecto que la conmutación se hará dentro de la escala a que corresponda la pena conmutada.

El indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social. Por esto se prohíben en absoluto y se declara la nulidad de los que se concedan en términos generales y sin determinar la pena que se remite. Los indultos de este modo concedidos llevarán en sí mismos la prueba más incontrovertible de la ligereza o de la irreflexión con que habían sido otorgados.

Por el indulto vuelve el delincuente a adquirir los siempre importantes derechos de que le había privado justamente la sentencia. Esta sola indicación es suficiente para demostrar cuán necesario es alejar hasta la sombra de la duda sobre los efectos que ha de producir la gracia que se otorgue. En esta necesidad se halla el fundamento de lo prescrito en los artículos 6.º, 8.º, 13, 14, 15, 16 y 18 del proyecto.

El indulto no puede perjudicar los derechos de tercera persona. Por esto, el que se conceda de las penas pecuniarias accesorias no alcanzará nunca a la remisión del pago de las que no correspondan al Estado. Por la misma razón no podrá concederse, y en todo caso no podrá llevarse a efecto, el indulto que cause perjuicio a tercero o lesione su derecho, ni el de pena impuesta por delito privado, si no ha otorgado el perdón al delincuente la parte ofendida. El respeto debido al derecho individual es causa suficientemente legítima de esta limitación impuesta al poder social.

Pero, una vez concedido el indulto, debe tener toda la fuerza de una sentencia ejecutoria. Los intereses más sagrados lo exigen así. Los principios más elementales de justicia lo proclaman también. Por esto se declaran irrevocables las concesiones de estas gracias, según las condiciones con que hayan sido hechas.

En el capítulo III se establece el procedimiento que se ha de observar en la petición y concesión de los indultos. Para pedir el perdón de un semejante, todo ciudadano, todo hombre, está suficientemente autorizado. Nadie, pues, necesitará poder escrito para satisfacer los impulsos de su piadoso corazón. El hombre siempre tiene para hacer el bien poder bastante de Dios. Los mismos Tribunales, al cumplir la severa misión de aplicar la ley, y aun el Fiscal encargado de pedir su cumplimiento, podrán proponer el indulto del sentenciado cuando crean que la justicia o la equidad pueden sufrir agravio por el inflexible rigor del precepto escrito.

Mas, si debe ser ilimitada la libertad de pedir, es necesario poner fuertes trabas a la de conceder el indulto. Por esto no podrá otorgarse desde luego y sin que antes sean conocidos todos los hechos y circunstancias, así como la opinión del Tribunal que haya sentenciado al reo y la del Consejo de Estado.

Ilustrado así el Gobierno, no son de temer las consecuencias de la precipitación y ligereza en tan delicada materia.

Y para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un decreto motivado, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional.

Los Gobiernos que se inspiran en el cumplimiento de sus deberes no temen la publicidad y el juicio de la opinión. Por esto, los decretos de indulto se habrán de insertar en la Gaceta de Madrid.

Si todavía altas consideraciones, a que da margen el estado social de España, no permiten borrar de nuestras leyes la horrible pena de muerte, conviene, sin embargo, ya reducir su aplicación a los raros casos en que ni la justicia, ni la equidad, ni la conveniencia social consientan por ningún concepto su conmutación en otra menos terrible. Por otra parte, tampoco está en armonía con nuestros hábitos el rigor absoluto de la ley con muchos de los que, más por un extravío de su razón que por la perversidad de corazón, alteran el orden público o se alzan en armas contra los poderes del Estado. Por esto, el Gobierno podrá otorgar la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por delitos de rebelión y sedición en otras menos graves, sin necesidad de oír previamente al Tribunal sentenciador y al Consejo de Estado.

Es altamente necesario que el indulto, aun en los casos en que más justificado sea, no quebrante el prestigio de que deben gozar siempre los Tribunales, y sin el cual se haría imposible su misión social. Por esto, al Tribunal sentenciador habrá de encargarse la aplicación de la gracia, a fin de que el delincuente reciba, de la misma mano que le impuso la pena, el beneficio del perdón que se le otorgue.

La naturaleza de la última pena y lo irreparable de sus efectos, además de lo ya indicado sobre ella, inspiraron al Ministro la excepción contenida en el último artículo del proyecto, que a la vez se halla en armonía con lo que sobre las causas de muerte se establece en el de casación criminal.

La pena de muerte no se impondrá sin que antes haya sido propuesto el indulto y el Gobierno haya tenido tiempo suficiente para resolver acerca de él.

He aquí las más capitales prescripciones que el proyecto contiene y los principales fundamentos en que descansan. Ahora falta que las Cortes Constituyentes, con la sabiduría que tanto resalta siempre en sus deliberaciones, lo purifiquen de los defectos de que sin duda adolece, imprimiendo hasta donde sea posible el sello de la perfección en el modesto trabajo que el Ministerio tiene el honor de ofrecerles.

CAPÍTULO PRIMERO DE LOS QUE PUEDEN SER INDULTADOS

Artículo 1. Los reos de toda clase de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido.

Artículo 2. Se exceptúan de lo establecido en el artículo anterior:

- 1.º Los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme.
- 2.º Los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena.

3.º Los reincidentes en el mismo o en otro cualquier delito, por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme. Se exceptúa, sin embargo, el caso en que, a juicio del Tribunal sentenciador, hubiese razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarles la gracia.

Artículo 2 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 3. Lo dispuesto en el artículo anterior no será aplicable a los penados por delitos comprendidos en el capítulo I, secciones primera y segunda del capítulo II, y en los capítulos III, IV y V, todos del título II del libro II del Código Penal.

Artículo 3 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

CAPÍTULO II DE LAS CLASES Y EFECTOS DEL INDULTO

Artículo 4. El indulto podrá ser total o parcial.

Será indulto total, la remisión de todas las penas a que hubiese sido condenado y que todavía no hubiese cumplido el delincuente.

Será indulto parcial la remisión de alguna o algunas de las penas impuestas, o de parte de todas las en que hubiese incurrido y no hubiese cumplido todavía el delincuente.

Se reputará también indulto parcial la conmutación de la pena o penas impuestas al delincuente en otras menos graves.

Artículo 5. Será nula, y no producirá efecto ni deberá ejecutarse por el Tribunal a quien corresponda, la concesión del indulto en que no se hiciese mención expresa, a lo menos, de la pena principal sobre que recaiga la gracia.

Artículo 6. El indulto de la pena principal llevará consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la Autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas, si de ellas no se hubiese hecho mención especial en la concesión.

Tampoco se comprenderá nunca en ésta la indemnización civil.

Artículo 7. Podrá concederse indulto de las penas accesorias, con exclusión de las principales y viceversa, a no ser de aquellas que sean inseparables por su naturaleza y efectos.

Artículo 8. El indulto de pena pecuniaria eximirá al indultado del pago de la cantidad que aún no hubiese satisfecho; pero no comprenderá la devolución de la ya pagada, a no ser que así se determine expresamente.

Artículo 9. El indulto no se extenderá a las costas procesales.

Artículo 9 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 10. Si el penado hubiere fallecido al tiempo o después de existir causas bastantes para la concesión de su indulto, podrá relevarse a sus herederos de la pena accesoria de multa, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 8.º y 9.º.

Artículo 11. El indulto total se otorgará a los penados tan sólo en el caso de existir a su favor razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador.

Artículo 11 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 12. En los demás casos se concederá tan sólo el parcial y con preferencia la conmutación de la pena impuesta en otra menos grave dentro de la misma escala gradual.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, podrá también conmutarse la pena en otra de distinta escala cuando haya méritos suficientes para ello, a juicio del Tribunal sentenciador o del Consejo de Estado, y el penado además se conformare con la conmutación.

Artículo 13. Conmutada la pena principal, se entenderán también conmutadas las accesorias por las que correspondan, según las prescripciones del Código, a la que hubiere de sufrir el indultado.

Se exceptúa, sin embargo, el caso en que se hubiere dispuesto otra cosa en la concesión de la gracia.

Artículo 14. La conmutación de la pena quedará sin efecto desde el día en que el indultado deje de cumplir por cualquier causa dependiente de su voluntad la pena a que por la conmutación hubiere quedado sometido.

Artículo 15. Serán condiciones tácitas de todo indulto:

1.^a Que no causen perjuicio a tercera persona o no lastime sus derechos.

2.^a Que haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por el que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte.

Artículo 15 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 16. Podrán además imponerse al penado en la concesión de la gracia las demás condiciones que la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen.

Artículo 17. El Tribunal sentenciador no dará cumplimiento a ninguna concesión de indulto cuyas condiciones no hayan sido previamente cumplidas por el penado, salvo las que por su naturaleza no lo permitan.

Artículo 18. La concesión del indulto es por su naturaleza irrevocable, con arreglo a las cláusulas con que hubiere sido otorgado.

CAPÍTULO III

DEL PROCEDIMIENTO PARA SOLICITAR Y CONCEDER LA GRACIA DE INDULTO

Artículo 19. Pueden solicitar el indulto los penados, sus parientes o cualquier otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación.

Artículo 20. Puede también proponer el indulto el Tribunal sentenciador, o el Tribunal Supremo, o el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo a lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal, y se disponga además en las leyes de procedimiento y casación criminal.

La propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia, con su vista, decrete la formación del oportuno expediente.

Artículo 20 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Véase el artículo 4.3 del Código Penal 1995.

Artículo 21. Podrá también el Gobierno mandar formar el oportuno expediente, con arreglo a las disposiciones de esta ley, para la concesión de indultos que no hubiesen sido solicitados por los particulares ni propuestos por los Tribunales de Justicia.

Artículo 22. Las solicitudes de indulto se dirigirán al Ministro de Justicia por conducto del Tribunal sentenciador, del Jefe del establecimiento o del Gobernador de la provincia en que el penado se halle cumpliendo la condena, según los respectivos casos.

Artículo 22 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 23. Las solicitudes de indulto, incluso las que directamente se presentaren al Ministro de Justicia, se remitirán a informe del Tribunal sentenciador.

Artículo 23 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 24. Este pedirá a su vez informe sobre la conducta del penado al Jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena, o al Gobernador de la provincia de su residencia, si la pena no consistiese en la privación de la libertad, y oír después al Fiscal y a la parte ofendida, si la hubiere.

Artículo 24 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 25. El Tribunal sentenciador hará constar en su informe, siendo posible, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna, si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

Artículo 26. El Tribunal sentenciador remitirá con su informe al Ministro de Justicia la hoja histórico-penal y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, con los demás documentos que considere necesarios para la justificación de los hechos.

Artículo 26 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 27. Los Tribunales Supremo o sentenciador que de oficio propongan al Gobierno el indulto de un penado acompañarán desde luego con la propuesta el informe y documentos a que se refieren los artículos anteriores.

Artículo 28. Los expedientes que se formen al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del Código Penal se tramitarán en turno preferente cuando los informes del Ministerio Fiscal y del Establecimiento Penitenciario y del ofendido, en su caso, no se opusieran a la propuesta del Tribunal.

También se tramitarán en turno preferente los expedientes calificados de especial urgencia o importancia.

Artículo 28 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Véase el artículo 4.3 del Código Penal 1995.

Artículo 29. Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, podrá concederse la conmutación de la pena de muerte y de las impuestas por los delitos comprendidos en los *capítulos*

I y II, Título II, libro II, y capítulos I, II y III, Título III del mismo libro del Código Penal, últimamente reformado, sin oír previamente al Tribunal sentenciador.

Artículo 29 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 30. La concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado.

Artículo 30 redactado por Ley 1/1988, 14 enero, por la que se modifica la Ley 18 junio 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (BOE 15 enero).

Artículo 31. La aplicación de la gracia habrá de encomendarse indispensablemente al Tribunal sentenciador.

Artículo 32. La solicitud o propuesta de indulto no suspenderá el cumplimiento de la sentencia ejecutoria, salvo el caso en que la pena impuesta fuese la de muerte, la cual no se ejecutará hasta que el Gobierno haya acusado el recibo de la solicitud o propuesta al Tribunal sentenciador.

§ 10. LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO, REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES

(BOE de 13 de enero de 2000)

JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley Orgánica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.

1. La promulgación de la presente Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores era una necesidad impuesta por lo establecido en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; en la moción aprobada por el Congreso de los Diputados el 10 de mayo de 1994, y en el artículo 19 de la vigente Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

2. La Ley Orgánica 4/1992, promulgada como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, texto refundido de 11 de junio de 1948, establece un marco flexible para que los Juzgados de Menores puedan determinar las medidas aplicables a éstos en cuanto infractores penales, sobre la base de valorar especialmente el interés del menor, entendiendo por menores a tales efectos a las personas comprendidas entre los doce y los dieciséis años. Simultáneamente, encomienda al Ministerio Fiscal la iniciativa procesal, y le concede amplias facultades para acordar la terminación del proceso con la intención de evitar, dentro de lo posible, los efectos aflictivos que el mismo pudiera llegar a producir. Asimismo, configura al equipo técnico como instrumento imprescindible para alcanzar el objetivo que persiguen las medidas y termina estableciendo un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa, al que otorga todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional, en sintonía con lo establecido en la aludida sentencia del Tribunal Constitucional y lo dispuesto en el artículo 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Dado que la expresada Ley Orgánica se reconocía a sí misma expresamente «el carácter de una reforma urgente, que adelanta parte de una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores», es evidente la oportunidad de la presente Ley Orgánica, que constituye esa necesaria reforma legislativa, partiendo de los principios básicos que ya guiaron la redacción de aquélla (especialmente, el principio del superior interés del menor), de las garantías de nuestro ordenamiento constitucional, y de las normas de Derecho internacional,

con particular atención a la citada Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, y esperando responder de este modo a las expectativas creadas en la sociedad española, por razones en parte coyunturales y en parte permanentes, sobre este tema concreto.

3. Los principios expuestos en la moción aprobada unánimemente por el Congreso de los Diputados el día 10 de mayo de 1994, sobre medidas para mejorar el marco jurídico vigente de protección del menor, se refieren esencialmente al establecimiento de la mayoría de edad penal en los dieciocho años y a la promulgación de «una ley penal del menor y juvenil que contemple la exigencia de responsabilidad para los jóvenes infractores que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal, fundamentada en principios orientados hacia la reeducación de los menores de edad infractores, en base a las circunstancias personales, familiares y sociales, y que tenga especialmente en cuenta las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia...».

4. El artículo 19 del vigente Código Penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, fija efectivamente la mayoría de edad penal en los dieciocho años y exige la regulación expresa de la responsabilidad penal de los menores de dicha edad en una Ley independiente. También para responder a esta exigencia se aprueba la presente Ley Orgánica, si bien lo dispuesto en este punto en el Código Penal debe ser complementado en un doble sentido. En primer lugar, asentando firmemente el principio de que la responsabilidad penal de los menores presenta frente a la de los adultos un carácter primordial de intervención educativa que trasciende a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias entre el sentido y el procedimiento de las sanciones en uno y otro sector, sin perjuicio de las garantías comunes a todo justiciable. En segundo término, la edad límite de dieciocho años establecida por el Código Penal para referirse a la responsabilidad penal de los menores precisa de otro límite mínimo a partir del cual comience la posibilidad de exigir esa responsabilidad y que se ha concretado en los catorce años, con base en la convicción de que las infracciones cometidas por los niños menores de esta edad son en general irrelevantes y que, en los escasos supuestos en que aquéllas pueden producir alarma social, son suficientes para darles una respuesta igualmente adecuada los ámbitos familiar y asistencial civil, sin necesidad de la intervención del aparato judicial sancionador del Estado.

5. Asimismo, han sido criterios orientadores de la redacción de la presente Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, los contenidos en la doctrina del Tribunal Constitucional, singularmente en los fundamentos jurídicos de las sentencias 36/1991, de 14 de febrero, y 60/1995, de 17 de marzo, sobre las garantías y el respeto a los derechos fundamentales que necesariamente han de imperar en el procedimiento seguido ante los Juzgados de Menores, sin perjuicio de las modulaciones que, respecto del procedimiento ordinario, permiten tener en cuenta la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.

II.

6. Como consecuencia de los principios, criterios y orientaciones a que se acaba de hacer referencia, puede decirse que la redacción de la presente Ley Orgánica ha sido conscientemente guiada por los siguientes principios generales: naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa del procedimiento y de las medidas aplicables a los infractores menores de edad, reconocimiento expreso de todas las garantías que se derivan del respeto de los derechos constitucionales y de las especiales exigencias del interés del menor, diferenciación de diversos tramos a efectos procesales y sancionadores en la categoría de infractores menores de edad, flexibilidad en la adopción y ejecución de las medidas aconsejadas por las circunstancias del caso concreto, competencia de las entidades autonómicas relacionadas con la reforma y protección de

menores para la ejecución de las medidas impuestas en la sentencia y control judicial de esta ejecución.

7. La presente Ley Orgánica tiene ciertamente la naturaleza de disposición sancionadora, pues desarrolla la exigencia de una verdadera responsabilidad jurídica a los menores infractores, aunque referida específicamente a la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas por el Código Penal y las restantes leyes penales especiales. Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor, como el ejercicio de la acción por la víctima o por otros particulares.

Y es que en el Derecho penal de menores ha de primar, como elemento determinante del procedimiento y de las medidas que se adopten, el superior interés del menor. Interés que ha de ser valorado con criterios técnicos y no formalistas por equipos de profesionales especializados en el ámbito de las ciencias no jurídicas, sin perjuicio desde luego de adecuar la aplicación de las medidas a principios garantistas generales tan indiscutibles como el principio acusatorio, el principio de defensa o el principio de presunción de inocencia.

8. Sin embargo, la Ley tampoco puede olvidar el interés propio del perjudicado o víctima del hecho cometido por el menor, estableciendo un procedimiento singular, rápido y poco formalista para el resarcimiento, en su caso, de daños y perjuicios, dotando de amplias facultades al Juez de Menores para la incorporación a los autos de documentos y testimonios relevantes de la causa principal. En este ámbito de atención a los intereses y necesidades de las víctimas, la Ley introduce el principio en cierto modo revolucionario de la responsabilidad solidaria con el menor responsable de los hechos de sus padres, tutores, acogedores o guardadores, si bien permitiendo la moderación judicial de la misma y recordando expresamente la aplicabilidad en su caso de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Asimismo la Ley regula, para procedimientos por delitos graves cometidos por mayores de dieciséis años, un régimen de intervención del perjudicado en orden a salvaguardar el interés de la víctima en el esclarecimiento de los hechos y su enjuiciamiento por el orden jurisdiccional competente, sin contaminar el procedimiento propiamente educativo y sancionador del menor.

Esta Ley arbitra un amplio derecho de participación a las víctimas ofreciéndoles la oportunidad de intervenir en las actuaciones procesales proponiendo y practicando prueba, formulando conclusiones e interponiendo recursos. Sin embargo, esta participación se establece de un modo limitado ya que respecto de los menores no cabe reconocer a los particulares el derecho a constituirse propiamente en parte acusadora con plenitud de derechos y cargas procesales. No existe aquí ni la acción particular de los perjudicados por el hecho criminal, ni la acción popular de los ciudadanos, porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor.

9. Conforme a las orientaciones declaradas por el Tribunal Constitucional, anteriormente aludidas, se instaura un sistema de garantías adecuado a la pretensión procesal, asegurando que la imposición de la sanción se efectuará tras vencer la presunción de inocencia, pero sin obstaculizar los criterios educativos y de valoración del interés del menor que presiden este proceso, haciendo al mismo tiempo un uso flexible del principio de intervención mínima, en el sentido de dotar de relevancia a las posibilidades de no apertura del procedimiento o renuncia al mismo, al resarcimiento anticipado o conciliación entre el infractor y la víctima, y a los supuestos de suspensión condicional de la medida impuesta o de sustitución de la misma durante su ejecución.

La competencia corresponde a un Juez ordinario, que, con categoría de Magistrado y preferentemente especialista, garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos en conflicto. La posición del Ministerio Fiscal es relevante, en su doble condición de institución que constitucionalmente tiene encomendada la función de promover la acción de la Justicia y la defensa de la legalidad, así como de los derechos de los menores, velando por el interés de éstos. El letrado del menor tiene participación en todas y cada una de las fases del proceso, conociendo en todo momento el contenido del expediente, pudiendo proponer pruebas e interviniendo en todos los actos que se refieren a la valoración del interés del menor y a la ejecución de la medida, de la que puede solicitar la modificación.

La adopción de medidas cautelares sigue el modelo de solicitud de parte, en audiencia contradictoria, en la que debe valorarse especialmente, una vez más, el superior interés del menor.

En defensa de la unidad de doctrina, el sistema de recursos ordinario se confía a las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, que habrán de crearse, las cuales, con la inclusión de Magistrados especialistas, aseguran y refuerzan la efectividad de la tutela judicial en relación con las finalidades que se propone la Ley. En el mismo sentido, procede destacar la instauración del recurso de casación para unificación de doctrina, reservado a los casos de mayor gravedad, en paralelismo con el proceso penal de adultos, reforzando la garantía de la unidad de doctrina en el ámbito del derecho sancionador de menores a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

10. Conforme a los principios señalados, se establece, inequívocamente, el límite de los catorce años de edad para exigir este tipo de responsabilidad sancionadora a los menores de edad penal y se diferencian, en el ámbito de aplicación de la Ley y de la graduación de las consecuencias por los hechos cometidos, dos tramos, de catorce a dieciséis y de diecisiete a dieciocho años, por presentar uno y otro grupo diferencias características que requieren, desde un punto de vista científico y jurídico, un tratamiento diferenciado, constituyendo una agravación específica en el tramo de los mayores de dieciséis años la comisión de delitos que se caracterizan por la violencia, intimidación o peligro para las personas.

La aplicación de la presente Ley a los mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, prevista en el artículo 69 del Código Penal vigente, podrá ser acordada por el Juez atendiendo a las circunstancias personales y al grado de madurez del autor, y a la naturaleza y gravedad de los hechos. Estas personas reciben, a los efectos de esta Ley, la denominación genérica de «jóvenes».

Se regulan expresamente, como situaciones que requieren una respuesta específica, los supuestos en los que el menor presente síntomas de enajenación mental o la concurrencia de otras circunstancias modificativas de su responsabilidad, debiendo promover el Ministerio Fiscal, tanto la adopción de las medidas más adecuadas al interés del menor que se encuentre en tales situaciones, como la constitución de los organismos tutelares previstos por las leyes. También se establece que las acciones u omisiones imprudentes no puedan ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

11. Con arreglo a las orientaciones expuestas, la Ley establece un amplio catálogo de medidas aplicables, desde la referida perspectiva sancionadora-educativa, debiendo primar nuevamente el interés del menor en la flexible adopción judicial de la medida más idónea, dadas las características del caso concreto y de la evolución personal del sancionado durante la ejecución de la medida. La concreta finalidad que las ciencias de la conducta exigen que se persiga con cada una de las medidas relacionadas, se detalla con carácter orientador en el apartado III de esta exposición de motivos.

12. La ejecución de las medidas judicialmente impuestas corresponde a las entidades públicas de protección y reforma de menores de las Comunidades Autónomas, bajo el inexcusable control del Juez de Menores.

Se mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor intermediación que el

Estado. El Juez de Menores, a instancia de las partes y oídos los equipos técnicos del propio Juzgado y de la entidad pública de la correspondiente Comunidad Autónoma, dispone de amplias facultades para suspender o sustituir por otras las medidas impuestas, naturalmente sin mengua de las garantías procesales que constituyen otro de los objetivos primordiales de la nueva regulación, o permitir la participación de los padres del menor en la aplicación y consecuencias de aquéllas.

13. Un interés particular revisten en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que, en aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro.

La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepienta y se disculpe, y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones, adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado.

III.

14. En la medida de amonestación, el Juez, en un acto único que tiene lugar en la sede judicial, manifiesta al menor de modo concreto y claro las razones que hacen socialmente intolerables los hechos cometidos, le expone las consecuencias que para él y para la víctima han tenido o podían haber tenido tales hechos, y le formula recomendaciones para el futuro.

15. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, que, en consonancia con el artículo 25.2 de nuestra Constitución, no podrá imponerse sin consentimiento del menor, consiste en realizar una actividad, durante un número de sesiones previamente fijado, bien sea en beneficio de la colectividad en su conjunto, o de personas que se encuentren en una situación de precariedad por cualquier motivo. Preferentemente, se buscará relacionar la naturaleza de la actividad en que consista esta medida con la de los bienes jurídicos afectados por los hechos cometidos por el menor.

Lo característico de esta medida es que el menor ha de comprender, durante su realización, que la colectividad o determinadas personas han sufrido de modo injustificado unas consecuencias negativas derivadas de su conducta. Se pretende que el sujeto comprenda que actuó de modo incorrecto, que merece el reproche formal de la sociedad, y que la prestación de los trabajos que se le exigen es un acto de reparación justo.

16. Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza peculiarmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas. El objetivo prioritario de la medida es disponer de un ambiente que provea de las condiciones educativas adecuadas para que el menor pueda reorientar aquellas disposiciones o deficiencias que han caracterizado su comportamiento antisocial, cuando para ello sea necesario, al menos de manera temporal, asegurar la estancia del infractor en un régimen físicamente restrictivo de su libertad. La mayor o menor intensidad de tal

restricción da lugar a los diversos tipos de internamiento, a los que se va a aludir a continuación. El internamiento, en todo caso, ha de proporcionar un clima de seguridad personal para todos los implicados, profesionales y menores infractores, lo que hace imprescindible que las condiciones de estancia sean las correctas para el normal desarrollo psicológico de los menores.

El internamiento en régimen cerrado pretende la adquisición por parte del menor de los suficientes recursos de competencia social para permitir un comportamiento responsable en la comunidad, mediante una gestión de control en un ambiente restrictivo y progresivamente autónomo.

El internamiento en régimen semiabierto implica la existencia de un proyecto educativo en donde desde el principio los objetivos sustanciales se realizan en contacto con personas e instituciones de la comunidad, teniendo el menor su residencia en el centro, sujeto al programa y régimen interno del mismo.

El internamiento en régimen abierto implica que el menor llevará a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual.

El internamiento terapéutico se prevé para aquellos casos en los que los menores, bien por razón de su adicción al alcohol o a otras drogas, bien por disfunciones significativas en su psiquismo, precisan de un contexto estructurado en el que poder realizar una programación terapéutica, no dándose, ni, de una parte, las condiciones idóneas en el menor o en su entorno para el tratamiento ambulatorio, ni, de otra parte, las condiciones de riesgo que exigirían la aplicación a aquél de un internamiento en régimen cerrado.

17. En la asistencia a un centro de día, el menor es derivado a un centro plenamente integrado en la comunidad, donde se realizan actividades educativas de apoyo a su competencia social. Esta medida sirve el propósito de proporcionar a un menor un ambiente estructurado durante buena parte del día, en el que se lleven a cabo actividades socio-educativas que puedan compensar las carencias del ambiente familiar de aquél. Lo característico del centro de día es que en ese lugar es donde toma cuerpo lo esencial del proyecto socio-educativo del menor, si bien éste puede asistir también a otros lugares para hacer uso de otros recursos de ocio o culturales. El sometido a esta medida puede, por lo tanto, continuar residiendo en su hogar, o en el de su familia, o en el establecimiento de acogida.

18. En la medida de libertad vigilada, el menor infractor está sometido, durante el tiempo establecido en la sentencia, a una vigilancia y supervisión a cargo de personal especializado, con el fin de que adquiera las habilidades, capacidades y actitudes necesarias para un correcto desarrollo personal y social. Durante el tiempo que dure la libertad vigilada, el menor también deberá cumplir las obligaciones y prohibiciones que, de acuerdo con esta Ley, el Juez puede imponerle.

19. La realización de tareas socio-educativas consiste en que el menor lleve a cabo actividades específicas de contenido educativo que faciliten su reinserción social. Puede ser una medida de carácter autónomo o formar parte de otra más compleja. Empleada de modo autónomo, pretende satisfacer necesidades concretas del menor percibidas como limitadoras de su desarrollo integral. Puede suponer la asistencia y participación del menor a un programa ya existente en la comunidad, o bien a uno creado «ad hoc» por los profesionales encargados de ejecutar la medida. Como ejemplos de tareas socio-educativas, se pueden mencionar las siguientes: asistir a un taller ocupacional, a un aula de educación compensatoria o a un curso de preparación para el empleo; participar en actividades estructuradas de animación sociocultural, asistir a talleres de aprendizaje para la competencia social, etc.

20. El tratamiento ambulatorio es una medida destinada a los menores que disponen de las condiciones adecuadas en su vida para beneficiarse de un programa terapéutico que les ayude a superar procesos adictivos o disfunciones significativas de su psiquismo. Previsto para los menores

que presenten una dependencia al alcohol o las drogas, y que en su mejor interés puedan ser tratados de la misma en la comunidad, en su realización pueden combinarse diferentes tipos de asistencia médica y psicológica. Resulta muy apropiado para casos de desequilibrio psicológico o perturbaciones del psiquismo que puedan ser atendidos sin necesidad de internamiento. La diferencia más clara con la tarea socio-educativa es que ésta pretende lograr una capacitación, un logro de aprendizaje, empleando una metodología, no tanto clínica, sino de orientación psicoeducativa. El tratamiento ambulatorio también puede entenderse como una tarea socio-educativa muy específica para un problema bien definido.

21. La permanencia de fin de semana es la expresión que define la medida por la que un menor se ve obligado a permanecer en su hogar desde la tarde o noche del viernes hasta la noche del domingo, a excepción del tiempo en que realice las tareas socio-educativas asignadas por el Juez. En la práctica, combina elementos del arresto de fin de semana y de la medida de tareas socio-educativas o prestaciones en beneficio de la comunidad. Es adecuada para menores que cometen actos de vandalismo o agresiones leves en los fines de semana.

22. La convivencia con una persona, familia o grupo educativo es una medida que intenta proporcionar al menor un ambiente de socialización positivo, mediante su convivencia, durante un periodo determinado por el Juez, con una persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo que se ofrezca a cumplir la función de la familia en lo que respecta al desarrollo de pautas socioafectivas prosociales en el menor.

23. La privación del permiso de conducir ciclomotores o vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de licencias administrativas para caza o para el uso de cualquier tipo de armas, es una medida accesoria que se podrá imponer en aquellos casos en los que el hecho cometido tenga relación con la actividad que realiza el menor y que ésta necesite autorización administrativa.

24. Por último, procede poner de manifiesto que los principios científicos y los criterios educativos a que han de responder cada una de las medidas, aquí sucintamente expuestos, se habrán de regular más extensamente en el Reglamento que en su día se dicte en desarrollo de la presente Ley Orgánica.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. Declaración general. 1. Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales.

2. Las personas a las que se aplique la presente Ley gozarán de todos los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, particularmente en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España.

Número 2 del artículo 1 renumerado por el apartado uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 3 del mismo artículo, procediéndose a suprimir asimismo los anteriores apartados 2 y 4.

Vigencia: 5 febrero 2007

TÍTULO I

Del ámbito de aplicación de la Ley

Artículo 2. Competencia de los Jueces de Menores. 1. Los Jueces de Menores serán competentes para conocer de los hechos cometidos por las personas mencionadas en el artículo 1 de

esta Ley, así como para hacer ejecutar las sentencias, sin perjuicio de las facultades atribuidas por esta Ley a las Comunidades Autónomas respecto a la protección y reforma de menores.

Número 1 del artículo 2 redactado por el apartado dos del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Los Jueces de Menores serán asimismo competentes para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos por las personas a las que resulta aplicable la presente Ley.

3. La competencia corresponde al Juez de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 20.3 de esta Ley.

4. La competencia para conocer de los delitos previstos en los artículos 571 a 580 del Código Penal corresponderá al Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional.

La referencia del último inciso del apartado 4 del artículo 17 y cuantas otras se contienen en la presente Ley al Juez de Menores se entenderán hechas al Juez Central de Menores en lo que afecta a los menores imputados por cualquiera de los delitos a que se refieren los artículos 571 a 580 del Código Penal.

Número 4 del artículo 2 introducido por el apartado dos del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 3. Régimen de los menores de catorce años. Cuando el autor de los hechos mencionados en los artículos anteriores sea menor de catorce años, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la presente Ley, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. El Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

Artículos 172, 173, 173 bis, 174, 299, 299 bis, 302, 320 y 321 CC.

Artículo 1.1 de la presente Ley.

Artículo 40.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990 (BOE 31 diciembre 1990).

Artículo 4. Derechos de las víctimas y de los perjudicados. El Ministerio Fiscal y el Juez de Menores velarán en todo momento por la protección de los derechos de las víctimas y de los perjudicados por las infracciones cometidas por los menores.

De manera inmediata se les instruirá de las medidas de asistencia a las víctimas que prevé la legislación vigente.

Las víctimas y los perjudicados tendrán derecho a personarse y ser parte en el expediente que se incoe al efecto, para lo cual el secretario judicial les informará en los términos previstos en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instruyéndoles de su derecho a nombrar abogado o instar el nombramiento de abogado de oficio en caso de ser titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Asimismo, les informará de que, de no personarse en el expediente y no hacer renuncia ni reserva de acciones civiles, el Ministerio Fiscal las ejercerá si correspondiere.

Los que se personaren podrán desde entonces tomar conocimiento de lo actuado e instar la práctica de diligencias y cuanto a su derecho convenga.

Sin perjuicio de lo anterior, el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses.

En especial, cuando el Ministerio Fiscal, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18 de esta Ley, desista de la incoación del expediente deberá inmediatamente ponerlo en conocimiento de las víctimas y perjudicados haciéndoles saber su derecho a ejercitar las acciones civiles que les asisten ante la jurisdicción civil.

Del mismo modo, el secretario judicial notificará por escrito la sentencia que se dicte a las víctimas y perjudicados por la infracción penal, aunque no se hayan mostrado parte en el expediente.

Artículo 4 redactado por el apartado tres del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 5. Bases de la responsabilidad de los menores. 1. Los menores serán responsables con arreglo a esta Ley cuando hayan cometido los hechos a los que se refiere el artículo 1 y no concurra en ellos ninguna de las causas de exención o extinción de la responsabilidad criminal previstas en el vigente Código Penal.

2. No obstante lo anterior, a los menores en quienes concurran las circunstancias previstas en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo 20 del vigente Código Penal les serán aplicables, en caso necesario, las medidas terapéuticas a las que se refiere el artículo 7.1, letras d) y e), de la presente Ley.

3. Las edades indicadas en el articulado de esta Ley se han de entender siempre referidas al momento de la comisión de los hechos, sin que el haberse rebasado las mismas antes del comienzo del procedimiento o durante la tramitación del mismo tenga incidencia alguna sobre la competencia atribuida por esta misma Ley a los Jueces y Fiscales de Menores.

Artículos 637, 666, 675 y 782.1 LECrim.

Artículos 20 a 23, 101, 102, 103 y 135 CP 1995.

Artículo 40 Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas 20 noviembre 1989. Instrumento de ratificación 30 noviembre 1990 (BOE 31 diciembre 1990).

Artículos 1.1, 7.1.d) y e), 10 y 29 de la presente Ley.

Artículo 6. De la intervención del Ministerio Fiscal. Corresponde al Ministerio Fiscal la defensa de los derechos que a los menores reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento, para lo cual dirigirá personalmente la investigación de los hechos y ordenará que la policía judicial practique las actuaciones necesarias para la comprobación de aquéllos y de la participación del menor en los mismos, impulsando el procedimiento.

Artículo 124.1 CE.

Artículos 105, 306 y 773 LECrim.

Artículos 16, 18, 19, 23, 28, 30 y 61 de la presente Ley.

Artículo 541 LOPJ.

Artículos 1, 3.7.º y 13.º y 18.1 de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 enero 1982).

TÍTULO II De las medidas

Artículo 7. *Definición de las medidas susceptibles de ser impuestas a los menores y reglas generales de determinación de las mismas.* 1. Las medidas que pueden imponer los Jueces de Menores, ordenadas según la restricción de derechos que suponen, son las siguientes:

a) Internamiento en régimen cerrado. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro y desarrollarán en el mismo las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio.

b) Internamiento en régimen semiabierto. Las personas sometidas a esta medida residirán en el centro, pero podrán realizar fuera del mismo alguna o algunas de las actividades formativas, educativas, laborales y de ocio establecidas en el programa individualizado de ejecución de la medida. La realización de actividades fuera del centro quedará condicionada a la evolución de la persona y al cumplimiento de los objetivos previstos en las mismas, pudiendo el Juez de Menores suspenderlas por tiempo determinado, acordando que todas las actividades se lleven a cabo dentro del centro.

c) Internamiento en régimen abierto. Las personas sometidas a esta medida llevarán a cabo todas las actividades del proyecto educativo en los servicios normalizados del entorno, residiendo en el centro como domicilio habitual, con sujeción al programa y régimen interno del mismo.

d) Internamiento terapéutico en régimen cerrado, semiabierto o abierto. En los centros de esta naturaleza se realizará una atención educativa especializada o tratamiento específico dirigido a personas que padezcan anomalías o alteraciones psíquicas, un estado de dependencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que determinen una alteración grave de la conciencia de la realidad. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

e) Tratamiento ambulatorio. Las personas sometidas a esta medida habrán de asistir al centro designado con la periodicidad requerida por los facultativos que las atiendan y seguir las pautas fijadas para el adecuado tratamiento de la anomalía o alteración psíquica, adicción al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, o alteraciones en la percepción que padezcan. Esta medida podrá aplicarse sola o como complemento de otra medida prevista en este artículo. Cuando el interesado rechace un tratamiento de deshabituación, el Juez habrá de aplicarle otra medida adecuada a sus circunstancias.

f) Asistencia a un centro de día. Las personas sometidas a esta medida residirán en su domicilio habitual y acudirán a un centro, plenamente integrado en la comunidad, a realizar actividades de apoyo, educativas, formativas, laborales o de ocio.

g) Permanencia de fin de semana. Las personas sometidas a esta medida permanecerán en su domicilio o en un centro hasta un máximo de treinta y seis horas entre la tarde o noche del viernes y la noche del domingo, a excepción, en su caso, del tiempo que deban dedicar a las tareas socio-educativas asignadas por el Juez que deban llevarse a cabo fuera del lugar de permanencia.

h) Libertad vigilada. En esta medida se ha de hacer un seguimiento de la actividad de la persona sometida a la misma y de su asistencia a la escuela, al centro de formación profesional o al lugar de trabajo, según los casos, procurando ayudar a aquélla a superar los factores que determinaron la infracción cometida. Asimismo, esta medida obliga, en su caso, a seguir las pautas socio-educativas que señale la entidad pública o el profesional encargado de su seguimiento, de acuerdo con el programa de intervención elaborado al efecto y aprobado por el Juez de Menores. La persona sometida a la medida también queda obligada a mantener con dicho profesional las entrevistas establecidas en el programa y a cumplir, en su caso, las reglas de conducta impuestas por el Juez, que podrán ser alguna o algunas de las siguientes:

1.^a Obligación de asistir con regularidad al centro docente correspondiente, si el menor está en edad de escolarización obligatoria, y acreditar ante el Juez dicha asistencia regular o justificar en su caso las ausencias, cuantas veces fuere requerido para ello.

2.^a Obligación de someterse a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, laboral, de educación sexual, de educación vial u otros similares.

3.^a Prohibición de acudir a determinados lugares, establecimientos o espectáculos.

4.^a Prohibición de ausentarse del lugar de residencia sin autorización judicial previa.

5.^a Obligación de residir en un lugar determinado.

6.^a Obligación de comparecer personalmente ante el Juzgado de Menores o profesional que se designe, para informar de las actividades realizadas y justificarlas.

7.^a Cualesquiera otras obligaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, estime convenientes para la reinserción social del sentenciado, siempre que no atenten contra su dignidad como persona. Si alguna de estas obligaciones implicase la imposibilidad del menor de continuar conviviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

i) La prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez. Esta medida impedirá al menor acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual. Si esta medida implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.

j) Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo. La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización.

k) Prestaciones en beneficio de la comunidad. La persona sometida a esta medida, que no podrá imponerse sin su consentimiento, ha de realizar las actividades no retribuidas que se le indiquen, de interés social o en beneficio de personas en situación de precariedad.

l) Realización de tareas socio-educativas. La persona sometida a esta medida ha de realizar, sin internamiento ni libertad vigilada, actividades específicas de contenido educativo encaminadas a facilitarle el desarrollo de su competencia social.

m) Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro.

n) Privación del permiso de conducir ciclomotores y vehículos a motor, o del derecho a obtenerlo, o de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas. Esta medida podrá imponerse como accesoria cuando el delito o falta se hubiere cometido utilizando un ciclomotor o un vehículo a motor, o un arma, respectivamente.

ñ) Inhabilitación absoluta. La medida de inhabilitación absoluta produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos sobre el que recayere, aunque sean electivos; así como la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos o empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público, durante el tiempo de la medida.

2. Las medidas de internamiento constarán de dos períodos: el primero se llevará a cabo en el centro correspondiente, conforme a la descripción efectuada en el apartado anterior de este artículo, el segundo se llevará a cabo en régimen de libertad vigilada, en la modalidad elegida por el Juez. La duración total no excederá del tiempo que se expresa en los artículos 9 y 10. El equipo técnico deberá informar respecto del contenido de ambos períodos, y el Juez expresará la duración de cada uno en la sentencia.

3. Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley. El Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor.

4. El Juez podrá imponer al menor una o varias medidas de las previstas en esta Ley con independencia de que se trate de uno o más hechos, sujetándose si procede a lo dispuesto en el artículo 11 para el enjuiciamiento conjunto de varias infracciones; pero, en ningún caso, se impondrá a un menor en una misma resolución más de una medida de la misma clase, entendiendo por tal cada una de las que se enumeran en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 7 redactado por el apartado cuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).
Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 8. Principio acusatorio. El Juez de Menores no podrá imponer una medida que suponga una mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la medida solicitada por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular.

Párrafo 1.º del artículo 8 redactado por el apartado primero de la disposición final segunda de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 noviembre).
Vigencia: 27 noviembre 2003

Tampoco podrá exceder la duración de las medidas privativas de libertad contempladas en el artículo 7.1.a), b), c), d) y g), en ningún caso, del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad que se le hubiere impuesto por el mismo hecho, si el sujeto, de haber sido mayor de edad, hubiera sido declarado responsable, de acuerdo con el Código Penal.

Artículo 9. Régimen general de aplicación y duración de las medidas. No obstante lo establecido en los apartados 3 y 4 del artículo 7, la aplicación de las medidas se atenderá a las siguientes reglas:

1. Cuando los hechos cometidos sean calificados de falta, sólo se podrán imponer las medidas de libertad vigilada hasta un máximo de seis meses, amonestación, permanencia de fin de semana hasta un máximo de cuatro fines de semana, prestaciones en beneficio de la comunidad hasta cincuenta horas, privación del permiso de conducir o de otras licencias administrativas hasta un año, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez hasta seis meses, y la realización de tareas socio-educativas hasta seis meses.

2. La medida de internamiento en régimen cerrado sólo podrá ser aplicable cuando:

a) Los hechos estén tipificados como delito grave por el Código Penal o las leyes penales especiales.

b) Tratándose de hechos tipificados como delito menos grave, en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación en las personas o se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad física de las mismas.

c) Los hechos tipificados como delito se cometan en grupo o el menor pertenezca o actúe al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedican a la realización de tales actividades.

3. La duración de las medidas no podrá exceder de dos años, computándose, en su caso, a estos efectos el tiempo ya cumplido por el menor en medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.5 de la presente Ley. La medida de prestaciones en beneficio de la comunidad no podrá superar las cien horas. La medida de permanencia de fin de semana no podrá superar los ocho fines de semana.

4. Las acciones u omisiones imprudentes no podrán ser sancionadas con medidas de internamiento en régimen cerrado.

5. Cuando en la postulación del Ministerio Fiscal o en la resolución dictada en el procedimiento se aprecien algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 5.2 de esta Ley, sólo podrán aplicarse las medidas terapéuticas descritas en el artículo 7.1, letras d) y e) de la misma.

Artículo 9 redactado por el apartado cinco del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 10. Reglas especiales de aplicación y duración de las medidas. 1. Cuando se trate de los hechos previstos en el apartado 2 del artículo anterior, el Juez, oído el Ministerio Fiscal, las partes personadas y el equipo técnico, actuará conforme a las reglas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, la medida podrá alcanzar tres años de duración. Si se trata de prestaciones en beneficio de la comunidad, dicho máximo será de ciento cincuenta horas, y de doce fines de semana si la medida impuesta fuere la de permanencia de fin de semana.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, la duración máxima de la medida será de seis años; o, en sus respectivos casos, de doscientas horas de prestaciones en beneficio de la comunidad o permanencia de dieciséis fines de semana.

En este supuesto, cuando el hecho revista extrema gravedad, el Juez deberá imponer una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a seis años, complementada sucesivamente con otra medida de libertad vigilada con asistencia educativa hasta un máximo de cinco años. Sólo podrá hacerse uso de lo dispuesto en los artículos 13 y 51.1 de esta Ley Orgánica una vez transcurrido el primer año de cumplimiento efectivo de la medida de internamiento.

A los efectos previstos en el párrafo anterior, se entenderán siempre supuestos de extrema gravedad aquellos en los que se apreciara reincidencia.

2. Cuando el hecho sea constitutivo de alguno de los delitos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal, o de cualquier otro delito que tenga señalada en dicho Código o en las leyes penales especiales pena de prisión igual o superior a quince años, el Juez deberá imponer las medidas siguientes:

a) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere catorce o quince años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a cinco años de duración, complementada en su caso por otra medida de libertad vigilada de hasta tres años.

b) si al tiempo de cometer los hechos el menor tuviere dieciséis o diecisiete años de edad, una medida de internamiento en régimen cerrado de uno a ocho años de duración, complementada en su caso por otra de libertad vigilada con asistencia educativa de hasta cinco años. En este supuesto sólo podrá hacerse uso de las facultades de modificación, suspensión o sustitución de la medida

impuesta a las que se refieren los artículos 13, 40 y 51.1 de esta Ley Orgánica, cuando haya transcurrido al menos, la mitad de la duración de la medida de internamiento impuesta.

3. En el caso de que el delito cometido sea alguno de los comprendidos en los artículos 571 a 580 del Código Penal, el Juez, sin perjuicio de las demás medidas que correspondan con arreglo a esta Ley, también impondrá al menor una medida de inhabilitación absoluta por un tiempo superior entre cuatro y quince años al de la duración de la medida de internamiento en régimen cerrado impuesta, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el menor.

4. Las medidas de libertad vigilada previstas en este artículo deberán ser ratificadas mediante auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor y del representante de la entidad pública de protección o reforma de menores al finalizar el internamiento, y se llevará a cabo por las instituciones públicas encargadas del cumplimiento de las penas.

Artículo 10 redactado por el apartado seis del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 11. Pluralidad de infracciones. 1. Los límites máximos establecidos en el artículo 9 y en el apartado 1 del artículo 10 serán aplicables, con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 7, apartados 3 y 4, aunque el menor fuere responsable de dos o más infracciones, en el caso de que éstas sean conexas o se trate de una infracción continuada, así como cuando un sólo hecho constituya dos o más infracciones. No obstante, en estos casos, el Juez, para determinar la medida o medidas a imponer, así como su duración, deberá tener en cuenta, además del interés del menor, la naturaleza y el número de las infracciones, tomando como referencia la más grave de todas ellas.

Si pese a lo dispuesto en el artículo 20.1 de esta Ley dichas infracciones hubiesen sido objeto de diferentes procedimientos, el último Juez sentenciador señalará la medida o medidas que debe cumplir el menor por el conjunto de los hechos, dentro de los límites y con arreglo a los criterios expresados en el párrafo anterior.

2. Cuando alguno o algunos de los hechos a los que se refiere el apartado anterior fueren de los mencionados en el artículo 10.2 de esta Ley, la medida de internamiento en régimen cerrado podrá alcanzar una duración máxima de diez años para los mayores de dieciséis años y de seis años para los menores de esa edad, sin perjuicio de la medida de libertad vigilada que, de forma complementaria, corresponda imponer con arreglo a dicho artículo.

3. Cuando el menor hubiere cometido dos o más infracciones no comprendidas en el apartado 1 de este artículo será de aplicación lo dispuesto en el artículo 47 de la presente Ley.

Artículo 11 redactado por el apartado siete del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 12. Procedimiento de aplicación de medidas en supuestos de pluralidad de infracciones. 1. A los fines previstos en el artículo anterior, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes en ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, impuestas al mismo menor por otros jueces de menores en anteriores sentencias, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, ordenará al secretario judicial que dé traslado del testimonio de su sentencia, por el medio más rápido posible, al Juez que haya dictado la primera sentencia firme, el cual será el competente para la ejecución de todas, asumiendo las funciones previstas en el apartado 2 de este artículo.

2. El Juez competente para la ejecución procederá a la refundición y a ordenar la ejecución de todas las medidas impuestas conforme establece el artículo 47 de esta Ley. Desde ese momento, pasará a ser competente a todos los efectos con exclusión de los órganos judiciales que hubieran dictado las posteriores resoluciones.

Artículo 12 redactado por el apartado ocho del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 13. Modificación de la medida impuesta. 1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, previa audiencia de éstos e informe del equipo técnico y, en su caso, de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá en cualquier momento dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste el reproche merecido por su conducta.

2. En los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

Artículo 13 reenumerado y redactado por el apartado nueve del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre). Se corresponde con el anterior artículo 14.

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 14. Mayoría de edad del condenado. 1. Cuando el menor a quien se le hubiere impuesto una medida de las establecidas en esta Ley alcanzase la mayoría de edad, continuará el cumplimiento de la medida hasta alcanzar los objetivos propuestos en la sentencia en que se le impuso conforme a los criterios expresados en los artículos anteriores.

2. Cuando se trate de la medida de internamiento en régimen cerrado y el menor alcance la edad de dieciocho años sin haber finalizado su cumplimiento, el Juez de Menores, oído el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá ordenar en auto motivado que su cumplimiento se lleve a cabo en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria si la conducta de la persona internada no responde a los objetivos propuestos en la sentencia.

3. No obstante lo señalado en los apartados anteriores, cuando las medidas de internamiento en régimen cerrado sean impuestas a quien haya cumplido veintiún años de edad o, habiendo sido impuestas con anterioridad, no hayan finalizado su cumplimiento al alcanzar la persona dicha edad, el Juez de Menores, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor, el equipo técnico y la entidad pública de protección o reforma de menores, ordenará su cumplimiento en centro penitenciario conforme al régimen general previsto en la Ley Orgánica General Penitenciaria, salvo que, excepcionalmente, entienda en consideración a las circunstancias concurrentes que procede la utilización de las medidas previstas en los artículos 13 y 51 de la presente Ley o su permanencia en el centro en cumplimiento de tal medida cuando el menor responda a los objetivos propuestos en la sentencia.

4. Cuando el menor pase a cumplir la medida de internamiento en un centro penitenciario, quedarán sin efecto el resto de medidas impuestas por el Juez de Menores que estuvieren pendientes de cumplimiento sucesivo o que estuviera cumpliendo simultáneamente con la de internamiento, si éstas no fueren compatible con el régimen penitenciario, todo ello sin perjuicio de que excepcionalmente proceda la aplicación de los artículos 13 y 51 de esta Ley.

5. La medida de internamiento en régimen cerrado que imponga el Juez de Menores con arreglo a la presente Ley se cumplirá en un centro penitenciario conforme al régimen general previsto en

la Ley Orgánica General Penitenciaria siempre que, con anterioridad al inicio de la ejecución de dicha medida, el responsable hubiera cumplido ya, total o parcialmente, bien una pena de prisión impuesta con arreglo al Código Penal, o bien una medida de internamiento ejecutada en un centro penitenciario conforme a los apartados 2 y 3 de este artículo.

Artículo 14 redactado por el apartado diez del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 15. De la prescripción. 1. Los hechos delictivos cometidos por los menores prescriben:

1.º Con arreglo a las normas contenidas en el Código Penal, cuando se trate de los hechos delictivos tipificados en los artículos 138, 139, 179, 180 y 571 a 580 del Código Penal o cualquier otro sancionado en el Código Penal o en las leyes penales especiales con pena de prisión igual o superior a quince años.

2.º A los cinco años, cuando se trate de un delito grave sancionado en el Código Penal con pena superior a diez años.

3.º A los tres años, cuando se trate de cualquier otro delito grave.

4.º Al año, cuando se trate de un delito menos grave.

5.º A los tres meses, cuando se trate de una falta.

2. Las medidas que tengan una duración superior a los dos años prescribirán a los tres años. Las restantes medidas prescribirán a los dos años, excepto la amonestación, las prestaciones en beneficio de la comunidad y la permanencia de fin de semana, que prescribirán al año.

Artículo 15 redactado por el apartado once del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

TÍTULO III

De la instrucción del procedimiento

CAPÍTULO I

REGLAS GENERALES

Artículo 16. Incoación del expediente. 1. Corresponde al Ministerio Fiscal la instrucción de los procedimientos por los hechos a los que se refiere el artículo 1 de esta Ley.

2. Quienes tuvieren noticia de algún hecho de los indicados en el apartado anterior, presuntamente cometido por un menor de dieciocho años, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, el cual admitirá o no a trámite la denuncia, según que los hechos sean o no indiciariamente constitutivos de delito; custodiará las piezas, documentos y efectos que le hayan sido remitidos, y practicará, en su caso, las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión, pudiendo resolver el archivo de las actuaciones cuando los hechos no constituyan delito o no tengan autor conocido. La resolución recaída sobre la denuncia deberá notificarse a quienes hubieran formulado la misma.

3. Una vez efectuadas las actuaciones indicadas en el apartado anterior, el Ministerio Fiscal dará cuenta de la incoación del expediente al Juez de Menores, quien iniciará las diligencias de trámite correspondientes.

4. El Juez de Menores ordenará al propio tiempo la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil, que se tramitará conforme a lo establecido en las reglas del artículo 64 de esta Ley.

Número 4 del artículo 16 redactado por el apartado doce del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

5. Cuando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo.

Número 5 del artículo 16 redactado por el apartado doce del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 17. Detención de los menores. 1. Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle, en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos. También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales.

2. Toda declaración del detenido, se llevará a cabo en presencia de su letrado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del instructor del expediente.

El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.

Párrafo 2.º del número 2 del artículo 17 introducido por el apartado trece del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. Mientras dure la detención, los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas y separadas de las que se utilicen para los mayores de edad, y recibirán los cuidados, protección y asistencia social, psicológica, médica y física que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

4. La detención de un menor por funcionarios de policía no podrá durar más tiempo del estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, el menor detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición del Ministerio Fiscal. Se aplicará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 520 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyendo la competencia para las resoluciones judiciales previstas en dicho precepto al Juez de Menores.

Véase la Disposición Adicional 4.ª 2 g) de la presente Ley.

5. Cuando el detenido sea puesto a disposición del Ministerio Fiscal, éste habrá de resolver, dentro de las cuarenta y ocho horas a partir de la detención, sobre la puesta en libertad del menor, sobre el desistimiento al que se refiere el artículo siguiente, o sobre la incoación del expediente, poniendo a aquél a disposición del Juez de Menores competente e instando del mismo las oportunas medidas cautelares, con arreglo a lo establecido en el artículo 28.

6. El Juez competente para el procedimiento de *habeas corpus* en relación a un menor será el Juez de Instrucción del lugar en el que se encuentre el menor privado de libertad; si no constare, el del lugar donde se produjo la detención, y, en defecto de los anteriores, el del lugar donde se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del menor detenido.

Cuando el procedimiento de *habeas corpus* sea instado por el propio menor, la fuerza pública responsable de la detención lo notificará inmediatamente al Ministerio Fiscal, además de dar curso al procedimiento conforme a la ley orgánica reguladora.

Artículo 18. *Desistimiento de la incoación del expediente por corrección en el ámbito educativo y familiar.* El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoación del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el artículo 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado.

Párrafo primero del artículo 18 redactado por el apartado catorce del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

No obstante, cuando conste que el menor ha cometido con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, el Ministerio Fiscal deberá incoar el expediente y, en su caso, actuar conforme autoriza el artículo 27.4 de la presente Ley.

Artículo 19. *Sobreseimiento del expediente por conciliación o reparación entre el menor y la víctima.* 1. También podrá el Ministerio Fiscal desistir de la continuación del expediente, atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor, de modo particular a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos, y a la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima o haya asumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito, o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

El desistimiento en la continuación del expediente sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la conciliación cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por reparación el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil.

Número 2 del artículo 19 redactado por el apartado quince del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. El correspondiente equipo técnico realizará las funciones de mediación entre el menor y la víctima o perjudicado, a los efectos indicados en los apartados anteriores, e informará al Ministerio Fiscal de los compromisos adquiridos y de su grado de cumplimiento.

4. Una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido, o cuando una u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor, el Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado.

5. En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

6. En los casos en los que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso al que se refiere el presente artículo habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Artículo 20. Unidad de expediente. 1. El Ministerio Fiscal incoará un procedimiento por cada hecho delictivo, salvo cuando se trate de hechos delictivos conexos.

2. Todos los procedimientos tramitados a un mismo menor se archivarán en el expediente personal que del mismo se haya abierto en la Fiscalía. De igual modo se archivarán las diligencias en el Juzgado de Menores respectivo.

3. En los casos en los que los delitos atribuidos al menor expedientado hubieran sido cometidos en diferentes territorios, la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de todos ellos en unidad de expediente, así como de las entidades públicas competentes para la ejecución de las medidas que se apliquen, se hará teniendo en cuenta el lugar del domicilio del menor y, subsidiariamente, los criterios expresados en el artículo 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

4. Los procedimientos de la competencia de la Audiencia Nacional no podrán ser objeto de acumulación con otros procedimientos instruidos en el ámbito de la jurisdicción de menores, sean o no los mismos los sujetos imputados.

Artículo 20 redactado por el apartado dieciséis del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 21. Remisión al órgano competente. Cuando el conocimiento de los hechos no corresponda a la competencia de los Juzgados de Menores, el Fiscal acordará la remisión de lo actuado al órgano legalmente competente.

Artículos 19 a 45 LECrim.

Artículos 42 a 45 LOPJ.

Artículo 3.8 Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 enero 1982).

Artículo 22. De la incoación del expediente. 1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:

a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal, o agente de policía de los derechos que le asisten.

b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración.

c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la práctica de diligencias.

d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.

e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique el menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia.

f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores.

2. El expediente será notificado al menor desde el momento mismo de su incoación, a salvo lo dispuesto en el artículo 24. A tal fin, el Fiscal requerirá al menor y a sus representantes legales para que designen letrado en el plazo de tres días, advirtiéndoles que, de no hacerlo, se le nombrará de oficio de entre los integrantes del turno de especialistas del correspondiente Colegio de Abogados. Una vez producida dicha designación, el Fiscal la comunicará al Juez de Menores.

Número 2 del artículo 22 redactado por el apartado diecisiete del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. Igualmente, el Ministerio Fiscal notificará a quien aparezca como perjudicado, desde el momento en que así conste en la instrucción del expediente, la posibilidad de ejercer las acciones civiles que le puedan corresponder, personándose ante el Juez de Menores en la pieza de responsabilidad civil que se tramitará por el mismo.

Artículo 23. Actuación instructora del Ministerio Fiscal. 1. La actuación instructora del Ministerio Fiscal tendrá como objeto, tanto valorar la participación del menor en los hechos para expresarle el reproche que merece su conducta, como proponer las concretas medidas de contenido educativo y sancionador adecuadas a las circunstancias del hecho y de su autor y, sobre todo, al interés del propio menor valorado en la causa.

2. El Ministerio Fiscal deberá dar vista del expediente al letrado del menor y, en su caso, a quien haya ejercitado la acción penal, en un plazo no superior a veinticuatro horas, tantas veces como aquel lo solicite.

Número 2 del artículo 23 redactado por el apartado dieciocho del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. El Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones. El Juez de Menores resolverá sobre esta petición por auto motivado. La práctica de tales diligencias se documentará en pieza separada.

Artículo 24. Secreto del expediente. El Juez de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, o de quien ejercite la acción penal, podrá decretar mediante auto motivado el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un período limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor y quien ejercite la acción penal deberán, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones. Este incidente se tramitará por el Juzgado en pieza separada.

Artículo 24 redactado por el apartado diecinueve del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 25. *De la acusación particular.* Podrán personarse en el procedimiento como acusadores particulares, a salvo de las acciones previstas por el artículo 61 de esta ley, las personas directamente ofendidas por el delito, sus padres, sus herederos o sus representantes legales si fueran menores de edad o incapaces, con las facultades y derechos que derivan de ser parte en el procedimiento, entre los que están, entre otros, los siguientes:

- a) Ejercitar la acusación particular durante el procedimiento.
- b) Instar la imposición de las medidas a las que se refiere esta ley.
- c) Tener vista de lo actuado, siendo notificado de las diligencias que se soliciten y acuerden.
- d) Proponer pruebas que versen sobre el hecho delictivo y las circunstancias de su comisión, salvo en lo referente a la situación psicológica, educativa, familiar y social del menor.
- e) Participar en la práctica de las pruebas, ya sea en fase de instrucción ya sea en fase de audiencia; a estos efectos, el órgano actuante podrá denegar la práctica de la prueba de careo, si esta fuera solicitada, cuando no resulte fundamental para la averiguación de los hechos o la participación del menor en los mismos.
- f) Ser oído en todos los incidentes que se tramiten durante el procedimiento.
- g) Ser oído en caso de modificación o de sustitución de medidas impuestas al menor.
- h) Participar en las vistas o audiencias que se celebren.
- i) Formular los recursos procedentes de acuerdo con esta ley.

Una vez admitida por el Juez de Menores la personación del acusador particular, se le dará traslado de todas las actuaciones sustanciadas de conformidad con esta ley y se le permitirá intervenir en todos los trámites en defensa de sus intereses.

Artículo 25 redactado por el apartado segundo de la disposición final segunda de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 noviembre).

Vigencia: 27 noviembre 2003

Artículo 26. *Diligencias propuestas por las partes.* 1. Las partes podrán solicitar del Ministerio Fiscal la práctica de cuantas diligencias consideren necesarias. El Ministerio Fiscal decidirá sobre su admisión, mediante resolución motivada que notificará al letrado del menor y a quien en su caso ejercite la acción penal y que pondrá en conocimiento del Juez de Menores. Las partes podrán, en cualquier momento, reproducir ante el Juzgado de Menores la petición de las diligencias no practicadas.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando alguna de las partes proponga que se lleve a efecto la declaración del menor, el Ministerio Fiscal deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción y el expediente hubiese sido elevado al Juzgado de Menores.

3. Si las diligencias propuestas por alguna de las partes afectaren a derechos fundamentales del menor o de otras personas, el Ministerio Fiscal, de estimar pertinente la solicitud, se dirigirá al Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el artículo 23.3, sin perjuicio de la facultad de quien haya propuesto la diligencia de reproducir su solicitud ante el Juez de Menores conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.

Artículo 26 redactado por el apartado veinte del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 27. *Informe del equipo técnico.* 1. Durante la instrucción del expediente, el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico, que a estos efectos dependerá funcionalmente de aquél sea cual fuere su dependencia orgánica, la elaboración de un informe o actualización de los anteriormente emitidos, que deberá serle entregado en el plazo máximo de diez días, prorrogable por

un período no superior a un mes en casos de gran complejidad, sobre la situación psicológica, educativa y familiar del menor, así como sobre su entorno social, y en general sobre cualquier otra circunstancia relevante a los efectos de la adopción de alguna de las medidas previstas en la presente Ley.

2. El equipo técnico podrá proponer, asimismo, una intervención socio-educativa sobre el menor, poniendo de manifiesto en tal caso aquellos aspectos del mismo que considere relevantes en orden a dicha intervención.

3. De igual modo, el equipo técnico informará, si lo considera conveniente y en interés del menor, sobre la posibilidad de que éste efectúe una actividad reparadora o de conciliación con la víctima, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 de esta Ley, con indicación expresa del contenido y la finalidad de la mencionada actividad. En este caso, no será preciso elaborar un informe de las características y contenidos del apartado 1 de este artículo.

4. Asimismo podrá el equipo técnico proponer en su informe la conveniencia de no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido expresado suficientemente el reproche al mismo a través de los trámites ya practicados, o por considerar inadecuada para el interés del menor cualquier intervención, dado el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos. En estos casos, si se reunieran los requisitos previstos en el artículo 19.1 de esta Ley, el Ministerio Fiscal podrá remitir el expediente al Juez con propuesta de sobreseimiento, remitiendo además, en su caso, testimonio de lo actuado a la entidad pública de protección de menores que corresponda, a los efectos de que actúe en protección del menor.

5. En todo caso, una vez elaborado el informe del equipo técnico, el Ministerio Fiscal lo remitirá inmediatamente al Juez de Menores y dará copia del mismo al letrado del menor.

6. El informe al que se refiere el presente artículo podrá ser elaborado o complementado por aquellas entidades públicas o privadas que trabajen en el ámbito de la educación de menores y conozcan la situación del menor expedientado.

Artículos 456 a 485 LECrim.

Artículos 4, 7.2, 9.4, 13, 14.1, 17.3, 19.4, 22.1.f), 28.1 y 2, 35.1, 37.2, 40.1, 40.2.c), 41.1, 47.2.5, 47.3, 50.2, 51.2, Disp. Final 3.ª y Disp. Transit. única 3.ª de la presente Ley.

CAPÍTULO II DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Artículo 28. Reglas generales. 1. El Ministerio Fiscal, de oficio o a instancia de quien haya ejercitado la acción penal, cuando existan indicios racionales de la comisión de un delito y el riesgo de eludir u obstruir la acción de la justicia por parte del menor o de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima, podrá solicitar del Juez de Menores, en cualquier momento, la adopción de medidas cautelares para la custodia y defensa del menor expedientado o para la debida protección de la víctima.

Dichas medidas podrán consistir en internamiento en centro en el régimen adecuado, libertad vigilada, prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, o convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.

El Juez, oído el letrado del menor, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, que informarán especialmente sobre la naturaleza de la medida cautelar, resolverá sobre lo propuesto tomando en especial consideración el interés del menor. La medida cautelar adoptada podrá mantenerse hasta que recaiga sentencia firme.

Número 1 del artículo 28 redactado por el apartado veintiuno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Para la adopción de la medida cautelar de internamiento se atenderá a la gravedad de los hechos, valorando también las circunstancias personales y sociales del menor, la existencia de un peligro cierto de fuga, y, especialmente, el que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos graves de la misma naturaleza.

El Juez de Menores resolverá, a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, en una comparecencia a la que asistirán también el letrado del menor, las demás partes personadas, el representante del equipo técnico y el de la entidad pública de protección o reforma de menores, los cuales informarán al Juez sobre la conveniencia de la adopción de la medida solicitada en función de los criterios consignados en este artículo. En dicha comparecencia el Ministerio Fiscal y las partes personadas podrán proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto o dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Número 2 del artículo 28 redactado por el apartado veintiuno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. El tiempo máximo de la medida cautelar de internamiento será de seis meses, y podrá prorrogarse, a instancia del Ministerio Fiscal, previa audiencia del letrado del menor y mediante auto motivado, por otros tres meses como máximo.

Número 3 del artículo 28 redactado por el apartado veintiuno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

4. Las medidas cautelares se documentarán en el Juzgado de Menores en pieza separada del expediente.

5. El tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares se abonará en su integridad para el cumplimiento de las medidas que se puedan imponer en la misma causa o, en su defecto, en otras causas que hayan tenido por objeto hechos anteriores a la adopción de aquéllas. El Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor y el equipo técnico que informó la medida cautelar, ordenará que se tenga por ejecutada la medida impuesta en aquella parte que estime razonablemente compensada por la medida cautelar.

Artículo 29. *Medidas cautelares en los casos de exención de la responsabilidad.* Si en el transcurso de la instrucción que realice el Ministerio Fiscal quedara suficientemente acreditado que el menor se encuentra en situación de enajenación mental o en cualquiera otra de las circunstancias previstas en los apartados 1.º, 2.º ó 3.º del artículo 20 del Código Penal vigente, se adoptarán las medidas cautelares precisas para la protección y custodia del menor conforme a los preceptos civiles aplicables, instando en su caso las actuaciones para la incapacitación del menor y la constitución de los organismos tutelares conforme a derecho, sin perjuicio todo ello de concluir la instrucción y de efectuar las alegaciones previstas en esta Ley conforme a lo que establecen sus artículos 5.2 y 9, y de solicitar, por los trámites de la misma, en su caso, alguna medida terapéutica adecuada al interés del menor de entre las previstas en esta Ley.

Artículo 20.1º, 2º y 3º CP 1995.

Artículos 7.1.d) y e), 8 y 41.3 de la presente Ley.

Artículos 222 a 258 CC.

CAPÍTULO III DE LA CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

Artículo 30. *Remisión del expediente al Juez de Menores.* 1. Acabada la instrucción, el Ministerio Fiscal resolverá la conclusión del expediente, notificándosela a las partes personadas, y remitirá al Juzgado de Menores el expediente, junto con las piezas de convicción y demás efectos que pudieran existir, con un escrito de alegaciones en el que constará la descripción de los hechos, la valoración jurídica de los mismos, el grado de participación del menor, una breve reseña de las circunstancias personales y sociales de éste, la proposición de alguna medida de las previstas en esta Ley con exposición razonada de los fundamentos jurídicos y educativos que la aconsejen, y, en su caso, la exigencia de responsabilidad civil.

Número 1 del artículo 30 redactado por el apartado veintidós del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. En el mismo acto propondrá el Ministerio Fiscal la prueba de que intente valerse para la defensa de su pretensión procesal.

3. Asimismo, podrá proponer el Ministerio Fiscal la participación en el acto de la audiencia de aquellas personas o representantes de instituciones públicas y privadas que puedan aportar al proceso elementos valorativos del interés del menor y de la conveniencia o no de las medidas solicitadas. En todo caso serán llamadas al acto de audiencia las personas o instituciones perjudicadas civilmente por el delito, así como los responsables civiles.

Número 3 del artículo 30 redactado por el apartado veintidós del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

4. El Ministerio Fiscal podrá también solicitar del Juez de Menores el sobreseimiento de las actuaciones por alguno de los motivos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la remisión de los particulares necesarios a la entidad pública de protección de menores en su caso.

TÍTULO IV De la fase de audiencia

Artículo 31. *Apertura de la fase de audiencia.* Recibido el escrito de alegaciones con el expediente, las piezas de convicción, los efectos y demás elementos relevantes para el proceso remitidos por el Ministerio Fiscal, el secretario del Juzgado de Menores los incorporará a las diligencias, y el Juez de Menores procederá a abrir el trámite de audiencia, para lo cual el secretario judicial dará traslado simultáneamente a quienes ejerciten la acción penal y la civil para que en un plazo común de cinco días hábiles formulen sus respectivos escritos de alegaciones y propongan las pruebas que consideren pertinentes. Evacuado este trámite, el secretario judicial dará traslado de todo lo actuado al letrado del menor y, en su caso, a los responsables civiles, para que en un plazo de cinco días hábiles formule a su vez escrito de alegaciones y proponga la prueba que considere pertinente.

Artículo 31 redactado por el apartado veintitrés del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 32. *Sentencia de conformidad.* Si el escrito de alegaciones de la acusación solicitara la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en las letras e) a ñ) del apartado 1 del

artículo 7, y hubiere conformidad del menor y de su letrado, así como de los responsables civiles, la cual se expresará en comparecencia ante el Juez de Menores en los términos del artículo 36, éste dictará sentencia sin más trámite.

Cuando el menor y su letrado disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará la audiencia a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.

Cuando la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquella.

Artículo 32 redactado por el apartado veinticuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 33. Otras decisiones del Juez de Menores. En los casos no previstos en el artículo anterior, a la vista de la petición del Ministerio Fiscal y de los escritos de alegaciones de las partes, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones:

a) La celebración de la audiencia.
b) El sobreseimiento, mediante auto motivado, de las actuaciones.
c) El archivo por sobreseimiento de las actuaciones con remisión de particulares a la entidad pública de protección de menores correspondiente cuando así se haya solicitado por el Ministerio Fiscal.

d) La remisión de las actuaciones al Juez competente, cuando el Juez de Menores considere que no le corresponde el conocimiento del asunto.

e) Practicar por sí las pruebas propuestas por las partes y que hubieran sido denegadas por el Fiscal durante la instrucción, conforme a lo dispuesto en el artículo 26.1 de la presente Ley, y que no puedan celebrarse en el transcurso de la audiencia, siempre que considere que son relevantes a los efectos del proceso. Una vez practicadas, dará traslado de los resultados al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, antes de iniciar las sesiones de la audiencia.

Contra las precedentes resoluciones cabrán los recursos previstos en esta Ley.

Artículo 33 redactado por el apartado veinticinco del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 34. Pertinencia de pruebas y señalamiento de la audiencia. El Juez de Menores, dentro del plazo de cinco días desde la presentación del escrito de alegaciones del letrado del menor y, en su caso, de los responsables civiles, o una vez transcurrido el plazo para la presentación sin que ésta se hubiere efectuado, acordará, en su caso, lo procedente sobre la pertinencia de las pruebas propuestas, mediante auto de apertura de la audiencia, y el secretario judicial señalará el día y hora en que deba comenzar ésta dentro de los diez días siguientes.

Artículo 34 redactado por el apartado veintiséis del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 35. Asistentes y no publicidad de la audiencia. 1. La audiencia se celebrará con asistencia del Ministerio Fiscal, de las partes personadas, del letrado del menor, de un representante del equipo técnico que haya evacuado el informe previsto en el artículo 27 de esta Ley, y del propio menor, el cual podrá estar acompañado de sus representantes legales, salvo que el Juez, oídos los citados Ministerio Fiscal, letrado del menor y representante del equipo técnico, acuerde lo contrario. También podrá asistir el representante de la entidad pública de protección o reforma de

menores que haya intervenido en las actuaciones de la instrucción, cuando se hubiesen ejecutado medidas cautelares o definitivas impuestas al menor con anterioridad. Igualmente, deberán comparecer la persona o personas a quienes se exija responsabilidad civil; aunque su inasistencia injustificada no será por sí misma causa de suspensión de la audiencia.

Número 1 del artículo 35 redactado por el apartado veintisiete del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. El Juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación.

3. Quienes ejerciten la acción penal en el procedimiento regulado en la presente Ley, habrán de respetar rigurosamente el derecho del menor a la confidencialidad y a la no difusión de sus datos personales o de los datos que obren en el expediente instruido, en los términos que establezca el Juez de Menores. Quien infrinja esta regla será acreedor de las responsabilidades civiles y penales a que haya lugar.

Número 3 del artículo 35 introducido por el apartado veintisiete del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 36. Conformidad del menor. 1. El secretario judicial informará al menor expedientado, en un lenguaje comprensible y adaptado a su edad, de las medidas y responsabilidad civil solicitadas por el Ministerio Fiscal y, en su caso, la acusación particular y el actor civil, en sus escritos de alegaciones, así como de los hechos y de la causa en que se funden.

2. El Juez seguidamente preguntará al menor si se declara autor de los hechos y si está de acuerdo con las medidas solicitadas y con la responsabilidad civil. Si mostrase su conformidad con dichos extremos, oídos el letrado del menor y la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil, el Juez podrá dictar resolución de conformidad. Si el letrado no estuviese de acuerdo con la conformidad prestada por el propio menor, el Juez resolverá sobre la continuación o no de la audiencia, razonando esta decisión en la sentencia.

3. Si el menor estuviere conforme con los hechos pero no con la medida solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar la aplicación de dicha medida o su sustitución por otra más adecuada al interés del menor y que haya sido propuesta por alguna de las partes.

4. Cuando el menor o la persona o personas contra quienes se dirija la acción civil no estuvieren conformes con la responsabilidad civil solicitada, se sustanciará el trámite de la audiencia sólo en lo relativo a este último extremo, practicándose la prueba propuesta a fin de determinar el alcance de aquélla.

Artículo 36 redactado por el apartado veintiocho del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 37. Celebración de la audiencia. 1. Cuando proceda la celebración de la audiencia, el Juez invitará al Ministerio Fiscal, a quienes hayan ejercitado, en su caso, la acción penal, al letrado del menor, y eventualmente y respecto de las cuestiones que estrictamente tengan que ver con la responsabilidad civil al actor civil y terceros responsables civilmente, a que manifiesten lo que tengan por conveniente sobre la práctica de nuevas pruebas o sobre la vulneración de algún

derecho fundamental en la tramitación del procedimiento, o, en su caso, les pondrá de manifiesto la posibilidad de aplicar una distinta calificación o una distinta medida de las que hubieran solicitado. Seguidamente, el Juez acordará la continuación de la audiencia o la subsanación del derecho vulnerado, si así procediere. Si acordara la continuación de la audiencia, el Juez resolverá en la sentencia sobre los extremos planteados.

Número 1 del artículo 37 redactado por el apartado veintinueve del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Seguidamente se iniciará la práctica de la prueba propuesta y admitida y la que, previa declaración de pertinencia, ofrezcan las partes para su práctica en el acto, oyéndose, asimismo, al equipo técnico sobre las circunstancias del menor. A continuación, el Juez oír al Ministerio Fiscal, a quien haya ejercitado en su caso la acción penal, al letrado del menor y al actor civil y terceros responsables civilmente respecto de los derechos que le asisten, sobre la valoración de la prueba, su calificación jurídica y la procedencia de las medidas propuestas; sobre este último punto, se oír también al equipo técnico y, en su caso, a la entidad pública de protección o reforma de menores. Por último, el Juez oír al menor, dejando el expediente visto para sentencia.

Número 2 del artículo 37 redactado por el apartado veintinueve del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. En su caso, en este procedimiento se aplicará lo dispuesto en la legislación relativa a la protección de testigos y peritos en causas penales.

4. Si en el transcurso de la audiencia el Juez considerara, de oficio o a solicitud de las partes, que el interés del menor aconseja que éste abandone la sala, podrá acordarlo así motivadamente, ordenando que continúen las actuaciones hasta que el menor pueda retornar a aquélla.

TÍTULO V **De la sentencia**

Artículo 38. *Plazo para dictar sentencia.* Finalizada la audiencia, el Juez de Menores dictará sentencia en un plazo máximo de cinco días.

Artículo 38 redactado por el apartado treinta del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 39. *Contenido y registro de la sentencia.* 1. La sentencia contendrá todos los requisitos previstos en la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial y en ella, valorando las pruebas practicadas, las razones expuestas por el Ministerio Fiscal, por las partes personadas y por el letrado del menor, lo manifestado en su caso por éste, tomando en consideración las circunstancias y gravedad de los hechos, así como todos los datos debatidos sobre la personalidad, situación, necesidades y entorno familiar y social del menor, la edad de éste en el momento de dictar la sentencia, y la circunstancia de que el menor hubiera cometido o no con anterioridad otros hechos de la misma naturaleza, resolverá sobre la medida o medidas propuestas, con indicación expresa de su contenido, duración y objetivos a alcanzar con las mismas. La sentencia será motivada, consignando expresamente los hechos que se declaren probados y los medios probatorios de los que resulte la convicción judicial.

En la misma sentencia se resolverá sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta, con el contenido indicado en el artículo 115 del Código Penal.

También podrá ser anticipado oralmente el fallo al término de las sesiones de la audiencia, sin perjuicio de su documentación con arreglo al artículo 248.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial.

Número 1 del artículo 39 redactado por el apartado treinta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. El Juez, al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor.

3. Cada Juzgado de Menores llevará un registro de sentencias en el que se incluirán firmadas todas las definitivas. La llevanza y custodia de dicho registro es responsabilidad del secretario judicial.

Número 3 del artículo 39 redactado por el apartado treinta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 40. *Suspensión de la ejecución del fallo.* 1. El Juez competente para la ejecución, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, y oídos en todo caso éstos, así como el representante del equipo técnico y de la entidad pública de protección o reforma de menores, podrá acordar motivadamente la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia, cuando la medida impuesta no sea superior a dos años de duración, durante un tiempo determinado y hasta un máximo de dos años. Dicha suspensión se acordará en la propia sentencia o por auto motivado del Juez competente para la ejecución cuando aquella sea firme, debiendo expresar, en todo caso, las condiciones de la misma. Se exceptúa de la suspensión el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta.

Número 1 del artículo 40 redactado por el apartado treinta y dos del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Las condiciones a las que estará sometida la suspensión de la ejecución del fallo contenido en la sentencia dictada por el Juez de Menores serán las siguientes:

a) No ser condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión, si ha alcanzado la mayoría de edad, o no serle aplicada medida en sentencia firme en procedimiento regulado por esta Ley durante el tiempo que dure la suspensión.

b) Que el menor asuma el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones.

c) Además, el Juez puede establecer la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo.

3. Si las condiciones expresadas en el apartado anterior no se cumplieran, el Juez alzaré la suspensión y se procederá a ejecutar la sentencia en todos sus extremos. Contra la resolución que así lo acuerde se podrán interponer los recursos previstos en esta Ley.

TÍTULO VI Del régimen de recursos

Artículo 41. *Recursos procedentes y tramitación.* 1. Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores en el procedimiento regulado en esta Ley cabe recurso de apelación ante la corres-

pondiente Audiencia Provincial, que se interpondrá ante el Juez que dictó aquélla en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, y se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada. A la vista deberán asistir las partes y, si el Tribunal lo considera oportuno, el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto. El recurrente podrá solicitar del Tribunal la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

*Número 1 del artículo 41 redactado por el artículo 6 de la LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 23 diciembre).
Vigencia: 13 enero 2001*

Redacción originaria:

1. Contra la sentencia dictada por el Juez de Menores en el procedimiento regulado en esta Ley cabe recurso de apelación ante la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, que se interpondrá ante el Juez que dictó aquélla en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, y se resolverá previa celebración de vista pública, salvo que en interés de la persona imputada o de la víctima, el Juez acuerde que se celebre a puerta cerrada. A la vista deberán asistir las partes y, si el Tribunal lo considera oportuno, el representante del equipo técnico y el representante de la entidad pública de protección o reforma de menores que hayan intervenido en el caso concreto. El recurrente podrá solicitar de la Sala la práctica de la prueba que, propuesta y admitida en la instancia, no se hubiera celebrado, conforme a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2. Contra los autos y providencias de los Jueces de Menores cabe recurso de reforma ante el propio órgano, que se interpondrá en el plazo de tres días a partir de la notificación. El auto que resuelva la impugnación de la providencia será susceptible de recurso de apelación.

3. Contra los autos que pongan fin al procedimiento o resuelvan el incidente de los artículos 13, 28, 29 y 40 de esta Ley, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial por los trámites que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el procedimiento abreviado.

*La referencia al artículo 13 contenida en el número 3 del artículo 41 ha sido introducida por el apartado treinta y tres del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre), en sustitución de la anterior referencia al artículo 14.
Vigencia: 5 febrero 2007*

4. Contra los autos y sentencias dictados por el Juzgado Central de Menores de la Audiencia Nacional cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

*Número 4 del artículo 41 introducido por el apartado treinta y cuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).
Vigencia: 5 febrero 2007*

5. Contra las resoluciones dictadas por los secretarios judiciales caben los mismos recursos que los expresados en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se sustanciarán en la forma que en ella se determina.

*Número 5 del artículo 41 introducido por el apartado treinta y cuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).
Vigencia: 5 febrero 2007*

*Rúbrica del artículo 41 redactada por el apartado treinta y cuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).
Vigencia: 5 febrero 2007*

Artículo 42. *Recurso de casación para unificación de doctrina.* 1. Son recurribles en casación, ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Nacional y por las Audiencias Provinciales cuando se hubiere impuesto una de las medidas a las que se refiere el artículo 10.

2. El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en apelación que fueran contradictorias entre sí, o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de hechos y valoraciones de las circunstancias del menor que, siendo sustancialmente iguales, hayan dado lugar, sin embargo, a pronunciamientos distintos.

3. El recurso podrá prepararlo el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes que pretenda la indicada unificación de doctrina dentro de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia de la Audiencia Nacional o Provincial, en escrito dirigido a la misma.

El escrito de preparación deberá contener una relación precisa y circunstanciada de la contradicción alegada, con designación de las sentencias aludidas y de los informes en que se funde el interés del menor valorado en sentencia.

4. Si la Audiencia Nacional o Provincial ante quien se haya preparado el recurso estimara acreditados los requisitos a los que se refiere el apartado anterior, el secretario judicial requerirá testimonio de las sentencias citadas a los Tribunales que las dictaron, y en un plazo de diez días remitirá la documentación a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, emplazando al recurrente y al Ministerio Fiscal, si no lo fuera, ante dicha Sala.

5. El recurso de casación se interpondrá ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, siendo de aplicación en la interposición, sustanciación y resolución del recurso lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en cuanto resulte aplicable.

Artículo 42 redactado por el apartado treinta y cinco del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

TÍTULO VII

De la ejecución de las medidas

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 43. *Principio de legalidad.* 1. No podrá ejecutarse ninguna de las medidas establecidas en esta Ley sino en virtud de sentencia firme dictada de acuerdo con el procedimiento regulado en la misma.

2. Tampoco podrán ejecutarse dichas medidas en otra forma que la prescrita en esta Ley y en los reglamentos que la desarrollen.

Artículos 1, 983 y ss. LECrim.

Artículo 3 CP 1995.

Artículo 1 de la presente Ley.

Artículo 3.1 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 44. *Competencia judicial.* 1. La ejecución de las medidas previstas en esta Ley se realizará bajo el control del Juez de Menores que haya dictado la sentencia correspondiente, salvo cuando por aplicación de lo dispuesto en los artículos 12 y 47 de esta Ley sea competente otro, el cual resolverá por auto motivado, oídos el Ministerio Fiscal, el letrado del menor y la represen-

tación de la entidad pública que ejecute aquélla, sobre las incidencias que se puedan producir durante su transcurso.

Número 1 del artículo 44 redactado por el apartado treinta y seis.1 del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Para ejercer el control de la ejecución, corresponden especialmente al Juez de Menores, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, las funciones siguientes:

a) Adoptar todas las decisiones que sean necesarias para proceder a la ejecución efectiva de las medidas impuestas.

b) Resolver las propuestas de revisión de las medidas.

Letra b) del número 2 del artículo 44 redactada por el apartado treinta y seis.2 del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

c) Aprobar los programas de ejecución de las medidas.

d) Conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas.

e) Resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones dictadas para la ejecución de las medidas, conforme establece el artículo 52 de esta Ley.

f) Acordar lo que proceda en relación a las peticiones o quejas que puedan plantear los menores sancionados sobre el régimen, el tratamiento o cualquier otra circunstancia que pueda afectar a sus derechos fundamentales.

g) Realizar regularmente visitas a los centros y entrevistas con los menores.

h) Formular a la entidad pública de protección o reforma de menores correspondiente las propuestas y recomendaciones que considere oportunas en relación con la organización y el régimen de ejecución de las medidas.

i) Adoptar las resoluciones que, en relación con el régimen disciplinario, les atribuye el artículo 60 de esta Ley.

3. Cuando, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 14 de esta Ley, la medida de internamiento se cumpla en un establecimiento penitenciario, el Juez de Menores competente para la ejecución conservará la competencia para decidir sobre la pervivencia, modificación o sustitución de la medida en los términos previstos en esta Ley, asumiendo el Juez de Vigilancia Penitenciaria el control de las incidencias de la ejecución de la misma en todas las cuestiones y materias a que se refiere la legislación penitenciaria.

Número 3 del artículo 44 introducido por el apartado treinta y seis.3 del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 45. Competencia administrativa. 1. La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, con arreglo a la disposición final vigésima segunda de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Dichas entidades públicas llevarán a cabo, de acuerdo con sus respectivas normas de organización, la creación, dirección, organización y gestión de los servicios, instituciones y programas adecuados para garantizar la correcta ejecución de las medidas previstas en esta Ley.

Véase el Capítulo V «Programas de reinserción» del Título II de la Ley [COMUNIDAD VALENCIANA] 7/1994, 5 diciembre, de la Generalitat Valenciana, de la Infancia («D.O.G.V.» 16 diciembre).

Véase el Título III «Gestión de las medidas de reforma» de la Ley [REGIÓN DE MURCIA] 3/1995, 21 marzo, de la Infancia de la Región de Murcia («B.O.R.M.» 12 abril).

Véase el Título III «De la ejecución de medidas adoptadas por los jueces de menores» de la Ley [ANDALUCÍA] 1/1998, 20 abril, de los Derechos y la Atención al Menor («B.O.J.A.» 12 mayo).

Véase el Título III «Ejecución de las medidas judiciales» de la Ley [CASTILLA-LA MANCHA] 3/1999, 31 marzo, del Menor («D.O.C.M.» 16 abril).

Decreto [GALICIA] 427/2001, 11 diciembre, por el que se aprueba el texto del Reglamento de funcionamiento interno de los centros de reeducación para menores y jóvenes sometidos a medidas privativas de libertad («D.O.G.» 21 enero 2002).

Véanse el Título IV «de los menores en conflicto social» de la Ley [ARAGÓN] 12/2001, 2 julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón («B.O.A.» 20 julio) y el D [ARAGÓN] 165/1992, 17 septiembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el reglamento de régimen interior de los centros de educación e internamiento por medida judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón («B.O.A.» 30 septiembre).

Véase Ley [CATALUÑA] 27/2001, 31 diciembre, de justicia juvenil («D.O.G.C.» 15 enero 2002).

Véase D [CANARIAS] 36/2002, 8 abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de los centros para la ejecución de medidas de internamiento de menores y jóvenes infractores dictadas por los Juzgados de Menores («B.O.I.C.» 24 abril).

Véase el Título IV «De los menores infractores» de la Ley [CASTILLA Y LEÓN] 14/2002, 25 julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León («B.O.C.L.» 29 julio).

Véase Ley [COMUNIDAD DE MADRID] 3/2004, 10 diciembre, de creación de la Agencia de la Comunidad de Madrid para la Reeducación y Reinserción del Menor Infractor («B.O.C.M.» 14 diciembre).

Véase el Título V «De las actuaciones en el sistema de reforma» de la Ley Foral [COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA] 15/2005, 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.N.» 14 diciembre).

Véase el Título IV «Atención socioeducativa a personas infractoras menores de edad» de la Ley [PAÍS VASCO] 3/2005, 18 febrero, de Atención y Protección a la Infancia y la Adolescencia («B.O.P.V.» 30 marzo).

Véase el Capítulo IV del Título II de la Ley [LA RIOJA] 1/2006, 28 febrero, de Protección de Menores de La Rioja («B.O.L.R.» 9 marzo).

Véase D [PRINCIPADO DE ASTURIAS] 40/2006, 4 mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de los centros específicos para la ejecución de medidas privativas de libertad de menores y jóvenes infractores («B.O.P.A.» 1 junio).

Véase el Título V «Actuaciones en materia de personas menores de edad infractoras» de la Ley [BALEARES] 17/2006, 13 noviembre, integral de la atención y de los derechos de la infancia y la adolescencia de las Illes Balears («B.O.I.B.» 18 noviembre).

2. La ejecución de las medidas corresponderá a las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el Juzgado de Menores que haya dictado la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo siguiente.

3. Las Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla podrán establecer los convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, bien sean públicas, de la Administración del Estado, Local o de otras Comunidades Autónomas, o privadas sin ánimo de lucro, para la ejecución de las medidas de su competencia, bajo su directa supervisión, sin que ello suponga en ningún caso la cesión de la titularidad y responsabilidad derivada de dicha ejecución.

Artículos 148.1.20ª y 149.1.1ª y 6ª CE.

Artículo 44 de la presente Ley.

Véanse los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las diferentes Comunidades Autónomas, para la realización de los programas de ejecución de medidas para menores infractores (medidas alternativas al internamiento dictadas por los jueces de menores y de ca-

pacitación de profesionales de las Comunidades Autónomas), publicados por Resoluciones de 15 de febrero de 2006 (BOE 14 marzo).

CAPÍTULO II REGLAS PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS

Artículo 46. *Liquidación de la medida y traslado del menor a un centro.* 1. Una vez firme la sentencia y aprobado el programa de ejecución de la medida impuesta, el secretario del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida practicará la liquidación de dicha medida, indicando las fechas de inicio y de terminación de la misma, con abono en su caso del tiempo cumplido por las medidas cautelares impuestas al interesado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 28.5. Al propio tiempo, abrirá un expediente de ejecución en el que se harán constar las incidencias que se produzcan en el desarrollo de aquélla conforme a lo establecido en la presente Ley.

2. De la liquidación mencionada en el apartado anterior y del testimonio de particulares que el Juez considere necesario y que deberá incluir los informes técnicos que obren en la causa, el secretario judicial dará traslado a la entidad pública de protección o reforma de menores competente para el cumplimiento de las medidas acordadas en la sentencia firme. También notificará al Ministerio Fiscal el inicio de la ejecución, y al letrado del menor si así lo solicitara del Juez de Menores.

3. Recibidos por la entidad pública el testimonio y la liquidación de la medida indicados en el apartado anterior, aquélla designará de forma inmediata un profesional que se responsabilizará de la ejecución de la medida impuesta, y, si ésta fuera de internamiento, designará el centro más adecuado para su ejecución de entre los más cercanos al domicilio del menor en los que existan plazas disponibles para la ejecución por la entidad pública competente en cada caso. El traslado a otro centro distinto de los anteriores sólo se podrá fundamentar en el interés del menor de ser alejado de su entorno familiar y social y requerirá en todo caso la aprobación del Juzgado de Menores competente para la ejecución de la medida. En todo caso los menores pertenecientes a una banda, organización o asociación no podrán cumplir la medida impuesta en el mismo centro, debiendo designárseles uno distinto aunque la elección del mismo suponga alejamiento del entorno familiar o social.

Artículo 46 redactado por el apartado treinta y siete del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 47. *Refundición de medidas impuestas.* 1. Si se hubieran impuesto al menor varias medidas en la misma resolución judicial, y no fuere posible su cumplimiento simultáneo, el Juez competente para la ejecución ordenará su cumplimiento sucesivo conforme a las reglas establecidas en el apartado 5 de este artículo.

La misma regla se aplicará a las medidas impuestas en distintas resoluciones judiciales, siempre y cuando dichas medidas sean de distinta naturaleza entre sí. En este caso será el Juez competente para la ejecución quien ordene el cumplimiento simultáneo o sucesivo con arreglo al apartado 5 de este artículo, según corresponda.

2. Si se hubieren impuesto al menor en diferentes resoluciones judiciales dos o más medidas de la misma naturaleza, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, refundirá dichas medidas en una sola, sumando la duración de las mismas, hasta el límite del doble de la más grave de las refundidas.

El Juez, previa audiencia del letrado del menor, deberá proceder de este modo respecto de cada grupo de medidas de la misma naturaleza que hayan sido impuestas al menor, de modo que una

vez practicada la refundición no quedará por ejecutar más de una medida de cada clase de las enumeradas en el artículo 7 de esta Ley.

3. En caso de que, estando sujeto a la ejecución de una medida, el menor volviera a cometer un hecho delictivo, el Juez competente para la ejecución, previa audiencia del letrado del menor, dictará la resolución que proceda en relación a la nueva medida que, en su caso se haya impuesto, conforme a lo dispuesto en los dos apartados anteriores. En este caso podrá aplicar además las reglas establecidas en el artículo 50 para el supuesto de quebrantamiento de la ejecución.

4. A los fines previstos en este artículo, en cuanto el Juez sentenciador tenga conocimiento de la existencia de otras medidas firmes de ejecución, pendientes de ejecución o suspendidas condicionalmente, y una vez que la medida o medidas por él impuestas sean firmes, procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de esta Ley.

5. Cuando las medidas de distinta naturaleza, impuestas directamente o resultantes de la refundición prevista en los números anteriores, hubieren de ejecutarse de manera sucesiva, se atenderá a los siguientes criterios:

- a) La medida de internamiento terapéutico se ejecutará con preferencia a cualquier otra.
- b) La medida de internamiento en régimen cerrado se ejecutará con preferencia al resto de las medidas de internamiento.
- c) La medida de internamiento se cumplirá antes que las no privativas de libertad, y en su caso interrumpirá la ejecución de éstas.
- d) Las medidas de libertad vigilada contempladas en el artículo 10 se ejecutarán una vez finalizado el internamiento en régimen cerrado que se prevé en el mismo artículo.
- e) En atención al interés del menor, el Juez podrá, previo informe del Ministerio Fiscal, de las demás partes y de la entidad pública de reforma o protección de menores, acordar motivadamente la alteración en el orden de cumplimiento previsto en las reglas anteriores.

6. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las previsiones del artículo 14 para el caso de que el menor pasare a cumplir una medida de internamiento en centro penitenciario al alcanzar la mayoría de edad.

7. Cuando una persona que se encuentre cumpliendo una o varias medidas impuestas con arreglo a esta Ley sea condenada a una pena o medida de seguridad prevista en el Código Penal o en leyes penales especiales, se ejecutarán simultáneamente aquéllas y éstas si fuere materialmente posible, atendida la naturaleza de ambas, su forma de cumplimiento o la eventual suspensión de la pena impuesta, cuando proceda.

No siendo posible la ejecución simultánea, se cumplirá la sanción penal, quedando sin efecto la medida o medidas impuestas en aplicación de la presente Ley, salvo que se trate de una medida de internamiento y la pena impuesta sea de prisión y deba efectivamente ejecutarse. En este último caso, a no ser que el Juez de Menores adopte alguna de las resoluciones previstas en el artículo 13 de esta Ley, la medida de internamiento terminará de cumplirse en el centro penitenciario en los términos previstos en el artículo 14, y una vez cumplida se ejecutará la pena.

Artículo 47 redactado por el apartado treinta y ocho del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 48. *Expediente personal de la persona sometida a la ejecución de una medida.* 1. La entidad pública abrirá un expediente personal único a cada menor respecto del cual tenga encomendada la ejecución de una medida, en el que se recogerán los informes relativos a aquél, las resoluciones judiciales que le afecten y el resto de la documentación generada durante la ejecución.

2. Dicho expediente tendrá carácter reservado y solamente tendrán acceso al mismo el Defensor del Pueblo o institución análoga de la correspondiente Comunidad Autónoma, los Jueces de Menores competentes, el Ministerio Fiscal y las personas que intervengan en la ejecución y estén autorizadas por la entidad pública de acuerdo con sus normas de organización. El menor, su letrado y, en su caso, su representante legal, también tendrán acceso al expediente.

3. La recogida, cesión y tratamiento automatizado de datos de carácter personal de las personas a las que se aplique la presente Ley, sólo podrá realizarse en ficheros informáticos de titularidad pública dependientes de las entidades públicas de protección de menores, Administraciones y Juzgados de Menores competentes o del Ministerio Fiscal, y se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus normas de desarrollo.

Artículos 3 a 10 LO 15/1999, 13 diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE 14 diciembre).

Véase RD 232/2002, 1 marzo, por el que se regula el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores (BOE 16 marzo).

Disp. Adic. 3ª de la presente Ley.

Artículo 49. Informes sobre la ejecución. 1. La entidad pública remitirá al Juez de Menores y al Ministerio Fiscal, con la periodicidad que se establezca reglamentariamente en cada caso y siempre que fuese requerida para ello o la misma entidad lo considerase necesario, informes sobre la ejecución de la medida y sus incidencias, y sobre la evolución personal de los menores sometidos a las mismas. Dichos informes se remitirán también al letrado del menor si así lo solicitare a la entidad pública competente.

2. En los indicados informes la entidad pública podrá solicitar del Ministerio Fiscal, cuando así lo estime procedente, la revisión judicial de las medidas en el sentido propugnado por el artículo 13.1 de la presente Ley.

La referencia al artículo 13.1 contenida en el número 2 del artículo 49 ha sido introducida por el apartado treinta y nueve del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre), en sustitución de la anterior referencia al artículo 14.1.

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 50. Quebrantamiento de la ejecución. 1. Cuando el menor quebrantare una medida privativa de libertad, se procederá a su reingreso en el mismo centro del que se hubiera evadido o en otro adecuado a sus condiciones, o, en caso de permanencia de fin de semana, en su domicilio, a fin de cumplir de manera ininterrumpida el tiempo pendiente.

2. Si la medida quebrantada no fuere privativa de libertad, el Ministerio Fiscal podrá instar del Juez de Menores la sustitución de aquélla por otra de la misma naturaleza. Excepcionalmente, y a propuesta del Ministerio Fiscal, oídos el letrado y el representante legal del menor, así como el equipo técnico, el Juez de Menores podrá sustituir la medida por otra de internamiento en centro semiabierto, por el tiempo que reste para su cumplimiento.

3. Asimismo, el Juez de Menores acordará que el secretario judicial remita testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento de la medida al Ministerio Fiscal, por si el hecho fuese constitutivo de alguna de las infracciones a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley Orgánica y merecedora de reproche sancionador.

Número 3 del artículo 50 redactado por el apartado cuarenta del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 51. Sustitución de las medidas. 1. Durante la ejecución de las medidas el Juez de Menores competente para la ejecución podrá, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, del letrado del menor o de la Administración competente, y oídas las partes, así como el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, dejar sin efecto aquellas o sustituirlas por otras que se estimen más adecuadas de entre las previstas en esta Ley, por tiempo igual o inferior al que reste para su cumplimiento, siempre que la nueva medida pudiera haber sido impuesta inicialmente atendiendo a la infracción cometida. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo anterior y de acuerdo con el artículo 13 de la presente Ley.

Número 1 del artículo 51 redactado por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. Cuando el Juez de Menores haya sustituido la medida de internamiento en régimen cerrado por la de internamiento en régimen semiabierto o abierto, y el menor evolucione desfavorablemente, previa audiencia del letrado del menor, podrá dejar sin efecto la sustitución, volviéndose a aplicar la medida sustituida de internamiento en régimen cerrado. Igualmente, si la medida impuesta es la de internamiento en régimen semiabierto y el menor evoluciona desfavorablemente, el Juez de Menores podrá sustituirla por la de internamiento en régimen cerrado, cuando el hecho delictivo por la que se impuso sea alguno de los previstos en el artículo 9.2 de esta Ley.

Número 2 del artículo 51 introducido en su actual redacción por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

3. La conciliación del menor con la víctima, en cualquier momento en que se produzca el acuerdo entre ambos a que se refiere el artículo 19 de la presente Ley, podrá dejar sin efecto la medida impuesta cuando el Juez, a propuesta del Ministerio Fiscal o del letrado del menor y oídos el equipo técnico y la representación de la entidad pública de protección o reforma de menores, juzgue que dicho acto y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente el reproche que merecen los hechos cometidos por el menor.

Número 3 del artículo 51 renumerado por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre). Su contenido literal se corresponde con el del anterior apartado 2 del mismo artículo.

Vigencia: 5 febrero 2007

4. En todos los casos anteriores, el Juez resolverá por auto motivado, contra el cual se podrán interponer los recursos previstos en la presente Ley.

Número 4 del artículo 51 renumerado por el apartado cuarenta y uno del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre). Su contenido literal se corresponde con el del anterior número 3 del mismo artículo.

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 52. Presentación de recursos. 1. Cuando el menor pretenda interponer ante el Juez de Menores recurso contra cualquier resolución adoptada durante la ejecución de las medidas que le hayan sido impuestas, lo presentará de forma escrita ante el Juez o Director del centro de internamiento, quien lo pondrá en conocimiento de aquél dentro del siguiente día hábil.

El menor también podrá presentar un recurso ante el Juez de forma verbal, o manifestar de forma verbal su intención de recurrir al Director del centro, quien dará traslado de esta manifestación al

Juez de Menores en el plazo indicado. En este último caso, el Juez de Menores adoptará las medidas que resulten procedentes a fin de oír la alegación del menor.

El letrado del menor también podrá interponer los recursos, en forma escrita, ante las autoridades indicadas en el párrafo primero.

2. Si el Juez de Menores admitiese a trámite el recurso, el secretario judicial recabará informe del Ministerio Fiscal y, previa audiencia del letrado del menor, aquél resolverá el recurso en el plazo de dos días, mediante auto motivado. Contra este auto cabrá recurso de apelación ante la correspondiente Audiencia Provincial, conforme a lo dispuesto en el artículo 41 de la presente Ley.

Número 2 del artículo 52 redactado por el apartado cuarenta y dos del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Artículo 53. Cumplimiento de la medida. 1. Una vez cumplida la medida, la entidad pública remitirá a los destinatarios designados en el artículo 49.1 un informe final, y el Juez de Menores dictará auto acordando lo que proceda respecto al archivo de la causa. Dicho auto será notificado por el secretario judicial al Ministerio Fiscal, al letrado del menor, a la entidad pública y a la víctima.

Número 1 del artículo 53 redactado por el apartado cuarenta y tres del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. El Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores, una vez cumplida la medida impuesta, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del Código Civil, cuando el interés de aquél así lo requiera.

CAPÍTULO III

REGLAS ESPECIALES PARA LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Artículo 54. Centros para la ejecución de las medidas privativas de libertad. 1. Las medidas privativas de libertad, la detención y las medidas cautelares de internamiento que se impongan de conformidad con esta Ley se ejecutarán en centros específicos para menores infractores, diferentes de los previstos en la legislación penitenciaria para la ejecución de las condenas penales y medidas cautelares privativas de libertad impuestas a los mayores de edad penal.

La ejecución de la detención preventiva, de las medidas cautelares de internamiento o de las medidas impuestas en la sentencia, acordadas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional, se llevará a cabo en los establecimientos y con el control del personal especializado que el Gobierno ponga a disposición de la Audiencia Nacional, en su caso, mediante convenio con las Comunidades Autónomas.

La ejecución de las medidas impuestas por el Juez Central de Menores o por la Sala correspondiente de la Audiencia Nacional será preferente sobre las impuestas, en su caso, por otros Jueces o Salas de Menores.

Número 1 del artículo 54 redactado por el apartado cuarenta y cuatro del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las medidas de internamiento también podrán ejecutarse en centros socio-sanitarios cuando la medida impuesta así lo requiera. En todo caso se requerirá la previa autorización del Juez de Menores.

3. Los centros estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de una convivencia ordenada, que permita la ejecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados.

Artículo 55. Principio de resocialización. 1. Toda la actividad de los centros en los que se ejecuten medidas de internamiento estará inspirada por el principio de que el menor internado es sujeto de derecho y continúa formando parte de la sociedad.

2. En consecuencia, la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o para su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con los familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente.

3. A tal fin se fijarán reglamentariamente los permisos ordinarios y extraordinarios de los que podrá disfrutar el menor internado, a fin de mantener contactos positivos con el exterior y preparar su futura vida en libertad.

Artículos 3.3, 41 a 51, 62, 154 a 162 y 173 a 177 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 47 y 48, 51 a 53 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Reglas 79 y 80 de las Reglas de las Naciones Unidas para los menores privados de libertad.

Artículo 56. Derechos de los menores internados. 1. Todos los menores internados tienen derecho a que se respete su propia personalidad, su libertad ideológica y religiosa y los derechos e intereses legítimos no afectados por el contenido de la condena, especialmente los inherentes a la minoría de edad civil cuando sea el caso.

Artículo 3 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Artículo 4 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

2. En consecuencia, se reconocen a los menores internados los siguientes derechos:

a) Derecho a que la entidad pública de la que depende el centro vele por su vida, su integridad física y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas.

Artículo 15 CE.

Artículo 533 CP 1995.

b) Derecho del menor de edad civil a recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos y a la protección específica que por su condición le dispensan las leyes.

Artículo 27 CE.

Artículo 57.h) de la presente Ley.

Artículos 55 a 58 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

c) Derecho a que se preserve su dignidad y su intimidad, a ser designados por su propio nombre y a que su condición de internados sea estrictamente reservada frente a terceros.

Artículo 18.1 CE.

d) Derecho al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, religiosos, económicos y culturales que les correspondan, salvo cuando sean incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena.

Artículos 16, 20, 23 y 44 CE

e) Derecho a estar en el centro más cercano a su domicilio, de acuerdo a su régimen de internamiento, y a no ser trasladados fuera de su Comunidad Autónoma excepto en los casos y con los requisitos previstos en esta Ley y sus normas de desarrollo.

Artículos 46.3 y Disp. Adic. 4ª 2.d) de la presente Ley.

Artículo 12 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

f) Derecho a la asistencia sanitaria gratuita, a recibir la enseñanza básica obligatoria que corresponda a su edad, cualquiera que sea su situación en el centro, y a recibir una formación educativa o profesional adecuada a sus circunstancias.

Artículo 43 CE.

Artículos 36 a 40 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

g) Derecho de los sentenciados a un programa de tratamiento individualizado y de todos los internados a participar en las actividades del centro.

Artículos 44.2.c) y 46.1 de la presente Ley.

Artículo 3.4 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 24 y 62 a 65 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

h) Derecho a comunicarse libremente con sus padres, representantes legales, familiares u otras personas, y a disfrutar de salidas y permisos, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley y sus normas de desarrollo.

Artículo 160 CC.

Artículos 41 a 51 y 154 a 162 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 47, 48 y 51 a 53 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

i) Derecho a comunicarse reservadamente con sus letrados, con el Juez de Menores competente, con el Ministerio Fiscal y con los servicios de Inspección de centros de internamiento.

Artículos 48 y 49 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 51.2 y 3 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

j) Derecho a una formación laboral adecuada, a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la entidad pública, y a las prestaciones sociales que pudieran corresponderles, cuando alcancen la edad legalmente establecida.

Artículo 57.h) de la presente Ley.

Artículos 132, 133 y 153 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 26 a 35 LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Téngase en cuenta que el artículo 39 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 31 diciembre), establece que se considerará relación laboral de carácter especial la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento.

Véase el párrafo 3.º del número 1 de la disposición adicional trigésima de la LGSS.

k) Derecho a formular peticiones y quejas a la Dirección del centro, a la entidad pública, a las autoridades judiciales, al Ministerio Fiscal, al Defensor del Pueblo o institución análoga de su

Comunidad Autónoma y a presentar todos los recursos legales que prevé esta Ley ante el Juez de Menores competente, en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Artículos 53 y 54 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 50 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

l) Derecho a recibir información personal y actualizada de sus derechos y obligaciones, de su situación personal y judicial, de las normas de funcionamiento interno de los centros que los acojan, así como de los procedimientos concretos para hacer efectivos tales derechos, en especial para formular peticiones, quejas o recursos.

Artículos 49 y 50 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Artículo 52 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

m) Derecho a que sus representantes legales sean informados sobre su situación y evolución y sobre los derechos que a ellos les corresponden, con los únicos límites previstos en esta Ley.

Artículos 178 a 181 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 17 de LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

n) Derecho de las menores internadas a tener en su compañía a sus hijos menores de tres años, en las condiciones y con los requisitos que se establezcan reglamentariamente.

Artículo 3 de la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Artículo 57. Deberes de los menores internados. Los menores internados estarán obligados a:

a) Permanecer en el centro a disposición de la autoridad judicial competente hasta el momento de su puesta en libertad, sin perjuicio de las salidas y actividades autorizadas que puedan realizar en el exterior.

b) Recibir la enseñanza básica obligatoria que legalmente les corresponda.

c) Respetar y cumplir las normas de funcionamiento interno del centro y las directrices o instrucciones que reciban del personal de aquél en el ejercicio legítimo de sus funciones.

d) Colaborar en la consecución de una actividad ordenada en el interior del centro y mantener una actitud de respeto y consideración hacia todos, dentro y fuera del centro, en especial hacia las autoridades, los trabajadores del centro y los demás menores internados.

e) Utilizar adecuadamente las instalaciones del centro y los medios materiales que se pongan a su disposición.

f) Observar las normas higiénicas y sanitarias, y sobre vestuario y aseo personal establecidas en el centro.

g) Realizar las prestaciones personales obligatorias previstas en las normas de funcionamiento interno del centro para mantener el buen orden y la limpieza del mismo.

h) Participar en las actividades formativas, educativas y laborales establecidas en función de su situación personal a fin de preparar su vida en libertad.

Artículo 5 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 58. Información y reclamaciones. 1. Los menores recibirán, a su ingreso en el centro, información escrita sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en el que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. La información se les facilitará en un idioma que entiendan. A los que tengan cualquier género de

dificultad para comprender el contenido de esta información se les explicará por otro medio adecuado.

2. Todos los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, en sobre abierto o cerrado, peticiones y quejas a la entidad pública sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al Director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la entidad pública o autoridades competentes, en caso contrario.

Artículo 44.2.f) de la presente Ley.

Artículos 21, 52, 53 y 54 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 49 y 50 LO 1/1979, 26 septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Artículo 59. Medidas de vigilancia y seguridad. 1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca reglamentariamente, inspecciones de los locales y dependencias, así como registros de personas, ropas y enseres de los menores internados.

2. De igual modo se podrán utilizar exclusivamente los medios de contención que se establezcan reglamentariamente para evitar actos de violencia o lesiones de los menores, para impedir actos de fuga y daños en las instalaciones del centro o ante la resistencia activa o pasiva a las instrucciones del personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo.

Artículos 68, 69, 71 y 72 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículo 45 de LO 1/1979, 26 septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

Artículo 60. Régimen disciplinario. 1. Los menores internados podrán ser corregidos disciplinariamente en los casos y de acuerdo con el procedimiento que se establezca reglamentariamente, de acuerdo con los principios de la Constitución, de esta Ley y del Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respetando en todo momento la dignidad de aquéllos y sin que en ningún caso se les pueda privar de sus derechos de alimentación, enseñanza obligatoria y comunicaciones y visitas, previstos en esta Ley y disposiciones que la desarrollen.

2. Las faltas disciplinarias se clasificarán en muy graves, graves y leves, atendiendo a la violencia desarrollada por el sujeto, su intencionalidad, la importancia del resultado y el número de personas ofendidas.

3. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas muy graves serán las siguientes:

- a) La separación del grupo por un período de tres a siete días en casos de evidente agresividad, violencia y alteración grave de la convivencia.
- b) La separación del grupo durante tres a cinco fines de semana.
- c) La privación de salidas de fin de semana de quince días a un mes.
- d) La privación de salidas de carácter recreativo por un período de uno a dos meses.

4. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas graves serán las siguientes:

- a) Las mismas que en los cuatro supuestos del apartado anterior, con la siguiente duración: dos días, uno o dos fines de semana, uno a quince días, y un mes respectivamente.
- b) La privación de participar en las actividades recreativas del centro durante un período de siete a quince días.

5. Las únicas sanciones que se podrán imponer por la comisión de faltas leves serán las siguientes:

- a) La privación de participar en todas o algunas de las actividades recreativas del centro durante un período de uno a seis días.
- b) La amonestación.

6. La sanción de separación supondrá que el menor permanecerá en su habitación o en otra de análogas características a la suya, durante el horario de actividades del centro, excepto para asistir, en su caso, a la enseñanza obligatoria, recibir visitas y disponer de dos horas de tiempo al día al aire libre.

7. Las resoluciones sancionadoras podrán ser recurridas, antes del inicio de su cumplimiento, ante el Juez de Menores. A tal fin, el menor sancionado podrá presentar el recurso por escrito o verbalmente ante el Director del establecimiento, quien, en el plazo de veinticuatro horas, remitirá dicho escrito o testimonio de la queja verbal, con sus propias alegaciones, al Juez de Menores y éste, en el término de una audiencia y oído el Ministerio Fiscal, dictará auto, confirmando, modificando o anulando la sanción impuesta, sin que contra dicho auto quepa recurso alguno. El auto, una vez notificado al establecimiento, será de ejecución inmediata. En tanto se sustancia el recurso, en el plazo de dos días, la entidad pública ejecutora de la medida podrá adoptar las decisiones precisas para restablecer el orden alterado, aplicando al sancionado lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.

El letrado del menor también podrá interponer los recursos a que se refiere el párrafo anterior.

Artículos 24 y 25.1 CE.

Artículos 231 a 264 RD 190/1996, 9 febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (BOE 15 febrero).

Artículos 127 a 138 LRJAP.

Artículos 41 a 44 de LO 1/1979, 26 septiembre, General Penitenciaria (BOE 5 octubre).

TÍTULO VIII **De la responsabilidad civil**

Artículo 61. Reglas generales. 1. La acción para exigir la responsabilidad civil en el procedimiento regulado en esta Ley se ejercitará por el Ministerio Fiscal, salvo que el perjudicado renuncie a ella, la ejercite por sí mismo en el plazo de un mes desde que se le notifique la apertura de la pieza separada de responsabilidad civil o se la reserve para ejercitarla ante el orden jurisdiccional civil conforme a los preceptos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. Se tramitará una pieza separada de responsabilidad civil por cada uno de los hechos imputados.

3. Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos.

4. En su caso, se aplicará también lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y sus disposiciones complementarias.

Artículos 100 a 117 LECrim.

Artículos 109 a 122 CP 1995.

Artículo 1903 CC.

Artículos 16.4, 19 y 25 de la presente Ley.

Artículo 62. *Extensión de la responsabilidad civil.* La responsabilidad civil a la que se refiere el artículo anterior se regulará, en cuanto a su extensión, por lo dispuesto en el capítulo I del Título V del Libro I del Código Penal vigente.

Artículos 109 a 115 CP 1995.

Artículo 63. *Responsabilidad civil de los aseguradores.* Los aseguradores que hubiesen asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas de los actos de los menores a los que se refiere la presente Ley serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio de su derecho de repetición contra quien corresponda.

Artículos 762.3.ª, 764.1 y 765.1 LECrim.

Artículo 117 CP 1995.

Artículos 43 y 76 Ley 50/1980, 8 octubre, de Contrato de Seguro (BOE 17 octubre).

Artículo 64. *Reglas de procedimiento.* Los trámites para la exigencia de la responsabilidad civil aludida en los artículos anteriores se acomodarán a las siguientes reglas:

1.ª Tan pronto como el Juez de Menores reciba el parte de la incoación del expediente por el Ministerio Fiscal, ordenará abrir de forma simultánea con el proceso principal una pieza separada de responsabilidad civil, notificando el secretario judicial a quienes aparezcan como perjudicados su derecho a ser parte en la misma, y estableciendo el plazo límite para el ejercicio de la acción.

2.ª En la pieza de referencia, que se tramitará de forma simultánea con el proceso principal, podrán personarse los perjudicados que hayan recibido notificación al efecto del Juez de Menores o del Ministerio Fiscal, conforme establece el artículo 22 de la presente Ley, y también espontáneamente quienes se consideren como tales. Asimismo, podrán personarse las compañías aseguradoras que se tengan por partes interesadas, dentro del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad civil. En el escrito de personación, indicarán las personas que consideren responsables de los hechos cometidos y contra las cuales pretendan reclamar, bastando con la indicación genérica de su identidad.

3.ª El secretario judicial notificará al menor y a sus representantes legales, en su caso, su condición de posibles responsables civiles.

4.ª Una vez personados los presuntos perjudicados y responsables civiles, el Juez de Menores resolverá sobre su condición de partes, continuándose el procedimiento por las reglas generales.

5.ª La intervención en el proceso a los efectos de exigencia de responsabilidad civil se realizará en las condiciones que el Juez de Menores señale con el fin de preservar la intimidad del menor y que el conocimiento de los documentos obrantes en los autos se refiera exclusivamente a aquellos que tengan una conexión directa con la acción ejercitada por los mismos.

Artículo 64 redactado por el apartado cuarenta y cinco del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera derogada por la disposición derogatoria única de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Segunda. *Aplicación de medidas en casos de riesgo para la salud.* Cuando los Jueces de Menores aplicaren alguna de las medidas terapéuticas a las que se refieren los artículos 5.2, 7.1 y 29 de esta Ley, en caso de enfermedades transmisibles u otros riesgos para la salud de los menores o de quienes con ellos convivan, podrán encomendar a las autoridades o Servicios de Salud correspondientes su control y seguimiento, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

Tercera. *Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley.* En el Ministerio de Justicia se llevará un Registro de sentencias firmes dictadas en aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuyos datos sólo podrán ser utilizados por los Jueces de Menores y por el Ministerio Fiscal a efectos de lo establecido en los artículos 6, 30 y 47 de esta Ley, teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y sus disposiciones complementarias.

RD 232/2002, 1 marzo, por el que se regula el Registro de Sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores (BOE 16 marzo).

Disposición adicional cuarta derogada por la disposición derogatoria única de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

Quinta. El Gobierno dentro del plazo de cinco años desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica remitirá al Congreso de los Diputados un informe, en el que se analizarán y evaluarán los efectos y las consecuencias de la aplicación de la disposición adicional cuarta.

Disposición Adicional 5.ª introducida, con efectos desde el día 13 de enero de 2001, por el apartado 4.º del artículo 2 de la LO 7/2000, 22 diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, en relación con los delitos de terrorismo (BOE 23 diciembre).

Vigencia: 13 enero 2001

Sexta. Evaluada la aplicación de esta ley orgánica, oídos el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio Fiscal, las comunidades autónomas y los grupos parlamentarios, el Gobierno procederá a impulsar las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal.

A tal fin, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

Disposición adicional sexta introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE 26 noviembre).

Vigencia: 27 noviembre 2003

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

Régimen transitorio. 1. A los hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley por los menores sujetos a la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que se deroga, les será de aplicación la legislación vigente en el momento de su comisión. Quienes estuvieren cumpliendo una medida de las previstas en la citada Ley Orgánica 4/1992 continuarán dicho cumplimiento hasta la extinción de la responsabilidad en las condiciones previstas en dicha Ley.

2. A la entrada en vigor de la presente Ley, cesará inmediatamente el cumplimiento de todas las medidas previstas en la Ley Orgánica 4/1992 que estuvieren cumpliendo personas menores de catorce años, extinguiéndose las correspondientes responsabilidades.

3. A los menores de dieciocho años, juzgados con arreglo a lo dispuesto en el Código Penal de 1973, en las leyes penales especiales derogadas o en la disposición derogatoria del Código Penal vigente, a quienes se hubiere impuesto una pena de dos años de prisión menor o una pena de prisión superior a dos años, que estuvieren pendientes de cumplimiento a la entrada en vigor de la presente Ley, dichas penas les serán sustituidas por alguna de las medidas previstas en esta Ley, a instancia del Ministerio Fiscal, previo informe del equipo técnico o de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores. A tal efecto, se habrá de dar traslado al Ministerio Fiscal de la ejecutoria y de la liquidación provisional de las penas impuestas a los menores comprendidos en los supuestos previstos en este apartado.

4. Si, en los supuestos a los que se refiere el apartado anterior, la pena impuesta o pendiente de cumplimiento fuera de prisión inferior a dos años o de cualquiera otra naturaleza, se podrá imponer al condenado una medida de libertad vigilada simple por el tiempo que restara de cumplimiento de la condena, si el Juez de Menores, a petición del Ministerio Fiscal y oídos el letrado del menor, su representante legal, la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores y el propio sentenciado, lo considerara acorde con la finalidad educativa que persigue la presente Ley. En otro caso, el Juez de Menores podrá tener por cumplida la pena y extinguida la responsabilidad del sentenciado.

5. Las decisiones del Juez de Menores a que se refieren los apartados anteriores se adoptarán mediante auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Audiencia Provincial. Los Jueces de Menores deberán adoptar estas decisiones en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

Durante este plazo la situación del menor no se verá afectada.

Número 5 de la Disposición Transitoria Única redactado por el apartado 1 de la Disposición Adicional 3.ª de la LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 23 diciembre).

Vigencia: 13 enero 2001

Redacción originaria:

5. Las decisiones del Juez de Menores a que se refieren los apartados anteriores se adoptarán en auto recurrible directamente en apelación, en el plazo de cinco días hábiles, ante la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

6. En los procedimientos penales en curso a la entrada en vigor de la presente Ley, en los que haya imputadas personas por la comisión de hechos delictivos cuando aún no hayan cumplido los dieciocho años, el Juez o Tribunal competente remitirá las actuaciones practicadas al Ministerio Fiscal para que instruya el procedimiento regulado en la misma.

Los que se hallaren sujetos a prisión preventiva a la entrada en vigor de la Ley serán excarcelados y conducidos a un centro de reforma a disposición del Ministerio Fiscal. Si el Ministerio Fiscal estima procedente el mantenimiento del internamiento, deberá solicitarlo en el plazo de cuarenta y ocho horas del Juez de Menores, quien convocará la comparecencia prevista en el artículo 28.2.

Párrafo 2.º número 6 de la Disposición Transitoria Única introducido por el apartado 2.º de la Disposición Adicional 3.ª de la LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 23 diciembre).

Vigencia: 13 enero 2001

Si el imputado lo fuere por hechos cometidos cuando era mayor de dieciocho años y menor de veintiuno, el Juez instructor acordará lo que proceda, según lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Derecho supletorio. Tendrán el carácter de normas supletorias, para lo no previsto expresamente en esta Ley Orgánica, en el ámbito sustantivo, el Código Penal y las leyes penales especiales, y, en el ámbito del procedimiento, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular lo dispuesto para los trámites del procedimiento abreviado regulado en el Título III del Libro IV de la misma.

Segunda. Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. 1. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», elevará al Parlamento un proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la creación de las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y para la adecuación de la regulación y competencia de los Juzgados de Menores y de la composición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo a lo establecido en la presente Ley.

Véase a estos efectos el Capítulo II de la LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 23 diciembre).

2. El Gobierno, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», elevará al Parlamento un proyecto de Ley de reforma de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, a fin de adecuar la organización del Ministerio Fiscal a lo establecido en la presente Ley.

Ley 12/2000, 28 diciembre, de modificación de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 29 diciembre).

Tercera. Reformas en materia de personal. 1. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, oído el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado y las Comunidades Autónomas afectadas, en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado» adoptará las disposiciones oportunas para adecuar la planta de los Juzgados de Menores y las plantillas de las Carreras Judicial y Fiscal a las necesidades orgánicas que resulten de la aplicación de lo dispuesto en la presente Ley.

2. Las plazas de Jueces de Menores deberán ser servidas necesariamente por Magistrados pertenecientes a la Carrera Judicial. A la entrada en vigor de esta Ley los titulares de un Juzgado de Menores que ostenten la categoría de Juez deberán cesar en dicho cargo, quedando, en su caso, en la situación que prevé el artículo 118.2 y concordantes de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, procediéndose a cubrir tales plazas por concurso ordinario entre Magistrados.

3. El Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, a través de las correspondientes Consejerías, adecuarán las plantillas de funcionarios de la Administración de Justicia a las necesidades que presenten los Juzgados y las Fiscalías de Menores para la aplicación de la presente Ley. Asimismo, determinarán el número y plantilla de los Equipos Técnicos compuestos por personal funcionario o laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que actuarán bajo los principios de independencia, imparcialidad y profesionalidad.

Número 3 de la disposición final tercera redactado por el apartado cuarenta y seis del artículo único de la LO 8/2006, de 4 de diciembre de 2006, por la que se modifica la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 5 diciembre).

Vigencia: 5 febrero 2007

4. Asimismo, el Gobierno, a través del Ministerio del Interior, y sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas, adecuará las plantillas de los Grupos de Menores de las Brigadas

de Policía Judicial, con objeto de establecer la adscripción a las Secciones de Menores de las Fiscalías de los funcionarios necesarios a los fines propuestos por esta Ley.

5. ...

Número 5 de la Disposición Final 3.ª suprimido por la Disposición Adicional 4.ª de la LO 9/2000, 22 diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 23 diciembre).

Vigencia: 13 enero 2001

Redacción originaria:

5. El Gobierno a través del Ministerio de Justicia, sin perjuicio de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, y en el plazo de seis meses desde la publicación de la presente Ley en el «Boletín Oficial del Estado», adoptará las disposiciones oportunas para la creación de Cuerpos de Psicólogos y Educadores y Trabajadores Sociales Forenses.

Cuarta. Especialización de Jueces, Fiscales y abogados. 1. El Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Justicia, en el ámbito de sus competencias respectivas, procederán a la formación de miembros de la Carrera Judicial y Fiscal especialistas en materia de Menores con arreglo a lo que se establezca reglamentariamente. Dichos especialistas tendrán preferencia para desempeñar los correspondientes cargos en las Salas de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia y en los Juzgados y Fiscalías de Menores, conforme a lo que establezcan las leyes y reglamentos.

2. En todas las Fiscalías existirá una Sección de Menores compuesta por miembros de la Carrera Fiscal, especialistas, con las dotaciones de funcionarios administrativos que sean necesarios, según se determine reglamentariamente.

3. El Consejo General de la Abogacía deberá adoptar las disposiciones oportunas para que en los Colegios en los que resulte necesario se impartan cursos homologados para la formación de aquellos letrados que deseen adquirir la especialización en materia de menores a fin de intervenir ante los órganos de esta Jurisdicción.

Véase el párrafo 2.º del número uno del artículo dieciocho de la Ley 50/1981, 30 diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (BOE 13 enero 1982).

Quinta. Cláusula derogatoria. 1. Se derogan: la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948, modificada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio; los preceptos subsistentes del Reglamento para la ejecución de la Ley Orgánica reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948; la disposición transitoria duodécima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; y los artículos 8.2, 9.3, la regla 1.ª del artículo 20, en lo que se refiere al número 2.º del artículo 8, el segundo párrafo del artículo 22 y el artículo 65 del texto refundido del Código Penal, publicado por el Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

2. Quedan asimismo derogadas cuantas otras normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Sexta. Naturaleza de la presente Ley. Los artículos 16, 20, 21, 23 a 27, 30 a 35, 37 a 39, 41, 42 y 61 a 64, la disposición adicional tercera y la disposición final tercera de la presente Ley Orgánica tienen naturaleza de Ley ordinaria.

Séptima. Entrada en vigor y desarrollo reglamentario. 1. La presente Ley Orgánica entrará en vigor al año de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». En dicha fecha entrarán

también en vigor los artículos 19 y 69 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Téngase en cuenta que la entrada en vigor del artículo 69 del Código Penal y del artículo 4 y concordantes de la presente Ley está aplazada hasta el 1 de enero de 2007, en lo referente a los infractores de edades comprendidas entre los 18 y 21 años, conforme establece la disposición transitoria única de la LO 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y del Código Civil, sobre sustracción de menores (BOE 11 diciembre).

2. Durante el plazo mencionado en el apartado anterior, las Comunidades Autónomas con competencia respecto a la protección y reforma de menores adaptarán su normativa para la adecuada ejecución de las funciones que les otorga la presente Ley.

Véase RD 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE 30 agosto).

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

**§ 11. LEY ORGÁNICA 8/2006, DE 4 DE DICIEMBRE DE 2006,
POR LA QUE SE MODIFICA LA LEY ORGÁNICA 5/2000, DE 12 DE ENERO,
REGULADORA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MENORES**

(BOE de 5 de diciembre de 2006)

(...)

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, introducida por el apartado tercero de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, prevé que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. A tal fin, continúa señalando la disposición adicional, se establecerá la posibilidad de prolongar el tiempo de internamiento, su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas y la posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

En cumplimiento del mandato legal, una vez transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Existe el convencimiento de que la Ley en estos sus cinco primeros años de vigencia ofrece un balance y consideración positiva, y ello no impide reconocer que, como toda ley, en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir.

Las estadísticas revelan un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Junto a esto, debe reconocerse que, afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con el objetivo de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

El interés superior del menor, que va a seguir primando en la Ley, es perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido, pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima indi-

vidualización de la respuesta. De otro modo, nos llevaría a entender de un modo trivial que el interés superior del menor es no sólo superior, sino único y excluyente frente a otros bienes constitucionales a cuyo aseguramiento obedece toda norma punitiva o correccional.

Así, en primer lugar, se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor pertenciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por otra parte, se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años. Además, se añade una nueva medida, semejante a la prevista en el Código Penal, consistente en la prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez.

Se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida.

Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorrogable por otros tres meses.

Por otra parte, se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor.

Finalmente, se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles.

Un segundo objetivo de la Ley es recoger en el proceso de menores las nuevas misiones del secretario judicial previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003.

Por último, se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio).

(...)

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA

Para dar cumplimiento al principio de lealtad institucional previsto en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, el Consejo de Política

Fiscal y Financiera procederá a evaluar las obligaciones de gasto que, para las Comunidades Autónomas, pudieran derivarse de la aplicación de las disposiciones de la presente Ley Orgánica.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

Régimen transitorio. 1. Los hechos delictivos cometidos por menores hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación vigente en el momento de su comisión y las medidas impuestas se ejecutarán conforme a la legislación vigente en el momento de la comisión de los hechos. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el menor, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la medida que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores y de la reforma contenida en esta Ley.

3. En todo caso, será oído el menor y su representante legal.

4. En relación con las sentencias firmes que estuvieren ejecutándose o pendientes de ejecución, el Ministerio Fiscal, tras recabar los informes correspondientes, instará, si procede, al Juez de Menores a revisar la sentencia y, en tal caso, le informará sobre los términos de la revisión. A continuación, el Juez de Menores oír al menor sancionado y a su letrado en relación con la revisión propuesta por el Ministerio Fiscal. Una vez practicada la audiencia, el Juez de Menores revisará la sentencia aplicando la ley más favorable.

El Juez de Menores también revisará la sentencia a instancias del letrado del menor, oído el Ministerio Fiscal.

5. Lo previsto por el apartado 2 del artículo 14 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en su redacción dada por la presente Ley Orgánica, no se aplicará a quienes cumplan medidas impuestas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Cláusula derogatoria. Quedan derogadas cuantas disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley Orgánica y, en particular, las disposiciones adicionales primera y cuarta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera. *Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Se modifican los artículos 433, 448, 707 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los siguientes términos:

Uno. Se modifica el artículo 433, que tendrá la siguiente redacción:

«Al presentarse a declarar, los testigos entregarán al secretario la copia de la cédula de citación.

Los testigos mayores de edad penal prestarán juramento o promesa de decir todo lo que supieren respecto a lo que les fuere preguntado, estando el juez obligado a informarles, en un lenguaje claro y comprensible, de la obligación que tienen de ser veraces y de la posibilidad de incurrir en un delito de falso testimonio en causa criminal.

Toda declaración de un menor podrá realizarse ante expertos y siempre en presencia del Ministerio Fiscal. Quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor podrán estar presentes,

salvo que sean imputados o el juez, excepcionalmente y de forma motivada, acuerde lo contrario. El juez podrá acordar la grabación de la declaración.»

Dos. Se sustituye el último párrafo del artículo 448, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

Tres. Se sustituye el último párrafo del artículo 707, que tendrá la siguiente redacción:

«La declaración de los testigos menores de edad se llevará a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba.»

Cuatro. Se modifica el artículo 731 bis, que queda redactado como sigue:

«El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

Disposición final segunda. *Entrada en vigor.* La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», con excepción de su disposición final primera, que lo hará el día siguiente al de dicha publicación.

(...)

**§ 12. LEY 35/1995, DE 11 DE DICIEMBRE, DE AYUDAS Y ASISTENCIA
A LAS VÍCTIMAS DE DELITOS VIOLENTOS
Y CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

(BOE de 12 de diciembre de 1995)

Véase el RD 738/1997, 23 mayo, por el que se aprueba el reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual (BOE 27 mayo).

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La víctima del delito ha padecido un cierto abandono desde que el sistema penal sustituyó la venganza privada por una intervención pública e institucional, ecuánime y desapasionada, para resolver los conflictos generados por la infracción de la ley penal. Pero, desde una perspectiva más global, la pretensión punitiva del Estado debe acercarse al problema social y comunitario en que el delito consiste para prevenirlo y recuperar al infractor, desde luego, pero además, para reparar en lo posible el daño padecido por la víctima. En muchas ocasiones, el abandono social de la víctima a su suerte tras el delito, su etiquetamiento, la falta de apoyo psicológico, la misma intervención en el proceso, las presiones a que se ve sometida, la necesidad de revivir el delito a través del juicio oral, los riesgos que genera su participación en el mismo, etc., producen efectos tan dolorosos para la víctima como los que directamente se derivan del delito.

En esta línea, desde hace ya bastantes años la ciencia penal pone su atención en la persona de la víctima, reclamando una intervención positiva del Estado dirigida a restaurar la situación en que se encontraba antes de padecer el delito o al menos a paliar los efectos que el delito ha producido sobre ella.

En el caso de los delitos violentos, las víctimas sufren, además, las consecuencias de una alteración grave e imprevista de su vida habitual, evaluable en términos económicos. En el supuesto de que la víctima haya sufrido lesiones corporales, graves, la pérdida de ingresos y la necesidad de afrontar gastos extraordinarios acentúan los perjuicios del propio hecho delictivo. Si se ha producido la muerte, las personas dependientes del fallecido se ven abocadas a situaciones de dificultad económica, a menudo severa. Estas consecuencias económicas del delito golpean con especial dureza a las capas sociales más desfavorecidas y a las personas con mayores dificultades para insertarse plenamente en el tejido laboral y social.

II

La preocupación por la situación de las víctimas de los delitos registra ya importantes manifestaciones normativas tanto en Convenios y Recomendaciones de organismos internacionales como en la legislación comparada.

Debe destacarse el Convenio número 116, del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos. Su entrada en vigor se produjo en 1988 y aunque no firmado aún por España, constituye un referente jurídico de primer orden en el tratamiento de esta materia, al lado de la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, de 28 de junio de 1985, sobre la posición de la víctima en el marco del derecho penal y del proceso penal.

En el ámbito de la legislación comparada, aunque iniciándose en primer lugar en el área anglosajona, se ha ido extendiendo la protección a las víctimas por los países de nuestro entorno geográfico, a raíz de la aprobación del citado Convenio del Consejo de Europa.

Por otra parte, en el ámbito interno, el fenómeno de la victimización ha encontrado eco en los programas de partidos políticos y en iniciativas parlamentarias desde hace una década.

III

La Ley regula, por una parte, las ayudas de contenido económico a las víctimas de delitos violentos y, por otra parte, la asistencia a las víctimas de todo tipo de delitos.

El concepto legal de ayudas públicas contemplado en esta Ley debe distinguirse de figuras afines y, señaladamente, de la indemnización. No cabe admitir que la prestación económica que el Estado asume sea una indemnización ya que éste no puede asumir sustitutoriamente las indemnizaciones debidas por el culpable del delito ni, desde otra perspectiva, es razonable incluir el daño moral provocado por el delito. La Ley, por el contrario, se construye sobre el concepto de ayudas públicas -plenamente recogido en nuestro Ordenamiento- referido directamente al principio de solidaridad en que se inspira.

La presente Ley contempla los delitos violentos y dolosos cometidos en España. El concepto de dolo excluye de entrada los delitos de imprudencia cuya admisión haría inviable económicamente esta iniciativa legislativa. Por otra parte, tanto el Convenio del Consejo de Europa como el grueso de la legislación comparada aluden únicamente a los delitos intencionales, es decir, dolosos.

Los delitos susceptibles de generar ayudas públicas serán aquellos cuyo resultado sea la muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud física o mental. Por lo que respecta a la gravedad de las lesiones o los daños en la salud, la Ley se remite a efectos de su valoración a la legislación de la Seguridad Social.

De esta forma se opta por acotar aquellos delitos violentos con resultado de máxima gravedad con el propósito de avanzar de forma rigurosa aunque selectiva, cubriendo inicialmente los daños de carácter más grave pero afianzando la convicción social de que esta función debe ser paulatinamente ejercida por el Estado.

El concepto de beneficiario se ha construido atendiendo a considerar como víctimas tanto a quien sufre directamente las lesiones corporales o daños en su salud como a las personas que dependieran del fallecido en los supuestos con resultado de muerte.

La cuantificación de las ayudas es un aspecto central del sistema. Se parte de la fijación de cuantías máximas correspondientes a cada una de las clases de incapacidad contempladas por la legislación de la Seguridad Social. Sobre estos importes máximos la ayuda a percibir se establecerá aplicando coeficientes correctores en atención a la situación económica de la víctima, al número de personas que dependieran económicamente de ella y al grado de afectación o menoscabo sufrido. Igual criterio se sigue en el supuesto de muerte: fijación de una cuantía máxima de ayuda y aplicación sobre ella de coeficientes correctores.

La ayuda económica se declara incompatible con la percepción de las indemnizaciones de los perjuicios y daños causados por el delito que se establezcan mediante sentencia judicial. El círculo se cierra declarando la subrogación del Estado en los derechos que asistan a la víctima contra el autor del delito y hasta el total importe de la ayuda concedida.

La gestión de este sistema de ayudas se confía al Ministerio de Economía y Hacienda, con objeto de no crear una nueva estructura administrativa.

La revisión en vía administrativa de las resoluciones de dicho Departamento se encomienda a una Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, creada al amparo de las previsiones del artículo 107.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se considera que un procedimiento de impugnación ante una Comisión integrada por representantes de distintos Departamentos y, eventualmente, por representantes de organizaciones o sectores sociales especialmente vinculados a este tema permitirá una actuación más ajustada que la vía clásica del recurso administrativo ante el órgano superior jerárquico.

La concesión de la ayuda se condiciona, como regla general, a que se haya producido la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal. Los plazos con los que trabaja la Justicia penal hacen que esta solución sea insatisfactoria en aquellos casos en los que la precaria situación de la víctima reclame una ayuda económica desde el momento en que se ha cometido el delito. La Ley contempla la concesión de ayudas provisionales, atendiendo a la precaria situación de la víctima del delito.

Un punto particularmente sensible es el de la confluencia de este nuevo sistema de ayudas con el régimen de resarcimientos vigente para las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

Elementales razones de prudencia financiera impiden en estos momentos establecer un sistema de ayudas a las víctimas de los delitos violentos equiparable al de las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas, tanto en la cuantía de las ayudas como en la cobertura de los daños materiales. Por otra parte, una confluencia de regímenes que supusiera minorar las cuantías percibidas por las víctimas de delitos terroristas sería sin duda inaceptable para la actual sensibilidad política y social.

Se ha optado por una solución intermedia basada en dos elementos. Por una parte, se deslegaliza por completo el régimen de resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas. Por otra parte, se prevé la confluencia de ambos regímenes en sus aspectos procedimentales en el momento en que se apruebe el Reglamento de desarrollo de la presente Ley.

En cuanto a la asistencia a las víctimas, se contempla en la Ley como concepto diferenciado de las estrictas ayudas económicas a las víctimas de delitos violentos.

Con ello pretende generalizar la atención psicológica y social a las víctimas de delitos de todo tipo, a través de la red de Oficinas de asistencia a las víctimas, que canalizarán sus primeras necesidades atendiendo a las más perentorias que se produzcan como consecuencia del delito, generalizando las experiencias surgidas ya en varios puntos de la geografía española con resultado muy positivo.

CAPÍTULO PRIMERO AYUDAS PÚBLICAS

Artículo 1. *Objeto.* 1. Se establece un sistema de ayudas públicas en beneficio de las víctimas directas e indirectas de los delitos dolosos y violentos, cometidos en España, con el resultado de muerte, o de lesiones corporales graves, o de daños graves en la salud física o mental.

2. Se beneficiarán asimismo de las ayudas contempladas por esta Ley las víctimas de los delitos contra la libertad sexual aun cuando éstos se perpetraran sin violencia.

Artículo 2. *Beneficiarios.* 1. Podrán acceder a estas ayudas quienes, en el momento de perpetrarse el delito, sean españoles o nacionales de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o quienes, no siéndolo, residan habitualmente en España o sean nacionales de otro Estado que reconozca ayudas análogas a los españoles en su territorio.

En el caso de fallecimiento, lo previsto en el párrafo anterior será exigible respecto de los beneficiarios a título de víctimas indirectas, con independencia de la nacionalidad o residencia habitual del fallecido.

2. Podrán acceder a estas ayudas, a título de víctimas directas, las personas que sufran lesiones corporales graves o daños graves en su salud física o mental como consecuencia directa del delito.

3. Son beneficiarios a título de víctimas indirectas, en el caso de muerte, y con referencia siempre a la fecha de ésta, las personas que reúnan las condiciones que se indican a continuación:

a) El cónyuge del fallecido, si no estuviera separado legalmente, o la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

b) Los hijos del fallecido, siempre que dependieran económicamente de él, con independencia de su filiación y edad, o de su condición de póstumos.

c) Los hijos que, no siéndolo del fallecido, lo fueran de las personas contempladas en el párrafo a) anterior, siempre que dependieran económicamente de aquél.

d) En defecto de las personas contempladas por los párrafos a), b) y c) anteriores, serán beneficiarios los padres de la persona fallecida si dependieran económicamente de ella.

4. De concurrir varios beneficiarios a título de víctimas indirectas, la distribución de la cantidad a que ascienda la ayuda se efectuará de la siguiente forma:

a) La cantidad se dividirá en dos mitades. Corresponderá una al cónyuge o a la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido en los términos del párrafo a) del apartado anterior. Corresponderá la otra mitad a los hijos contemplados por los párrafos b) y c) del apartado anterior, y se distribuirá entre todos ellos por partes iguales.

b) De resultar beneficiarios los padres del fallecido, la cantidad a que ascienda la ayuda se repartirá entre ellos por partes iguales.

5. Serán también beneficiarios a título de víctimas indirectas los padres del menor que fallezca a consecuencia directa del delito.

Artículo 3. *Supuestos especiales de denegación o limitación.* 1. Se podrá denegar la ayuda pública o reducir su importe cuando su concesión total o parcial fuera contraria a la equidad o al orden público atendidas las siguientes circunstancias declaradas por sentencia:

a) El comportamiento del beneficiario si hubiera contribuido, directa o indirectamente, a la comisión del delito, o al agravamiento de sus perjuicios.

b) Las relaciones del beneficiario con el autor del delito, o su pertenencia a una organización dedicada a las acciones delictivas violentas.

2. Si el fallecido a consecuencia del delito estuviera incurso en alguna de las causas de denegación o limitación de las ayudas contempladas en el apartado anterior, podrán acceder a las mismas los beneficiarios a título de víctimas indirectas, si quedaran en situación de desamparo económico.

Artículo 4. *Concepto de lesiones y daños.* 1. A los efectos de la presente Ley, son lesiones graves aquellas que menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental y que incapaciten con carácter temporal o permanente a la persona que las hubiera sufrido.

No se considerará incapacidad permanente aquella que no suponga un grado de minusvalía de, al menos, el 33 por 100.

2. Las lesiones corporales o los daños a la salud física o mental habrán de tener entidad suficiente como para que, conforme a la legislación de la Seguridad Social, tuviera lugar una declaración de invalidez permanente en cualquiera de sus grados o una situación de incapacidad temporal superior a seis meses.

3. Reglamentariamente se determinarán el procedimiento y el órgano competente para la calificación de las lesiones o daños a la salud.

Artículo 5. Incompatibilidades. 1. La percepción de las ayudas reguladas en la presente Ley no será compatible con la percepción de las indemnizaciones por daños y perjuicios causados por el delito, que se establezcan mediante sentencia.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procederá el eventual abono de toda o parte de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo cuando el culpable del delito haya sido declarado en situación de insolvencia parcial, sin que en ningún caso pueda percibirse por ambos conceptos importe mayor del fijado en la resolución judicial.

2. Asimismo, las ayudas contempladas en esta Ley serán incompatibles con las indemnizaciones o ayudas económicas a que el beneficiario de las mismas tuviera derecho a través de un sistema de seguro privado, así como, en el supuesto de incapacidad temporal de la víctima, con el subsidio que pudiera corresponder por tal incapacidad en un régimen público de Seguridad Social.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, procedería el eventual abono de la ayuda regulada en la presente Ley y normas de desarrollo, al beneficiario de un seguro privado cuando el importe de la indemnización a percibir en virtud del mismo fuera inferior a la fijada en la sentencia sin que la diferencia a pagar pueda superar el baremo fijado.

3. En los supuestos de lesiones o daños determinantes de la incapacidad permanente o muerte de la víctima, la percepción de las ayudas será compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir.

4. Las ayudas por incapacidad permanente serán compatibles con las de incapacidad temporal.

Artículo 6. Criterios para determinar el importe de las ayudas. 1. El importe de las ayudas no podrá superar en ningún caso la indemnización fijada en la sentencia. Tal importe se determinará mediante la aplicación de las siguientes reglas, en cuanto no supere la cuantía citada:

a) De producirse situación de incapacidad temporal, la cantidad a percibir será la equivalente al duplo del salario mínimo interprofesional diario vigente, durante el tiempo en que el afectado se encuentre en tal situación después de transcurridos los seis primeros meses.

b) De producirse lesiones invalidantes, la cantidad a percibir como máximo se referirá al salario mínimo interprofesional mensual vigente en la fecha en que se consoliden las lesiones o daños a la salud y dependerá del grado de incapacitación de acuerdo con la siguiente escala:

Incapacidad permanente parcial: cuarenta mensualidades.

Incapacidad permanente total: sesenta mensualidades.

Incapacidad permanente absoluta: noventa mensualidades.

Gran invalidez: ciento treinta mensualidades.

c) En los casos de muerte, la ayuda máxima a percibir será de ciento veinte mensualidades del salario mínimo interprofesional vigente en la fecha en que se produzca el fallecimiento.

2. El importe de la ayuda se establecerá mediante la aplicación de coeficientes correctores sobre las cuantías máximas previstas en el apartado anterior, en la forma que reglamentariamente se determine y en atención a:

a) La situación económica de la víctima y del beneficiario.

b) El número de personas que dependieran económicamente de la víctima y del beneficiario.

c) El grado de afectación o menoscabo que sufriera la víctima dentro de los límites de aquella situación que le correspondiera de entre las previstas por el artículo 6.1.b) de esta Ley.

3. En el supuesto contemplado por el artículo 2.5 de esta Ley, la ayuda consistirá únicamente en el resarcimiento de los gastos funerarios que hubieran satisfecho efectivamente los padres o tutores del menor fallecido, en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

4. En los supuestos de delitos contra la libertad sexual que causaren a la víctima daños en su salud mental, el importe de la ayuda sufragará los gastos del tratamiento terapéutico libremente elegido por ella en la cuantía máxima que reglamentariamente se determine.

Será procedente la concesión de esta ayuda aun cuando las lesiones o daños sufridos por la víctima no sean determinantes de incapacidad temporal.

En cualquier caso, la ayuda prevista por este apartado será compatible con la que correspondiera a la víctima si las lesiones o daños sufridos produjeran incapacidad temporal o lesiones invalidantes.

Artículo 7. Prescripción de la acción. 1. La acción para solicitar las ayudas prescribe por el transcurso del plazo de un año, contado desde la fecha en que se produjo el hecho delictivo. El plazo de prescripción quedará suspendido desde que se inicie el proceso penal por dichos hechos, volviendo a correr una vez recaiga resolución judicial firme que ponga fin provisional o definitivamente al proceso y le haya sido notificada personalmente a la víctima.

2. En los supuestos en que a consecuencia directa de las lesiones corporales o daños en la salud se produjese el fallecimiento, se abrirá un nuevo plazo de igual duración para solicitar la ayuda o, en su caso, la diferencia que procediese entre la cuantía satisfecha por tales lesiones o daños y la que corresponda por el fallecimiento; lo mismo se observará cuando, como consecuencia directa de las lesiones o daños, se produjese una situación de mayor gravedad a la que corresponda una cantidad superior.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento para comprobar el nexo causal en los supuestos contemplados por este apartado.

Artículo 8. Competencias. 1. Las solicitudes de ayuda presentadas al amparo de la presente Ley serán tramitadas y resueltas por el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. Sus resoluciones y actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, podrán ser impugnadas por los interesados ante la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, creada por el artículo 11 de esta Ley.

Este procedimiento de impugnación tendrá carácter sustitutivo del recurso ordinario, en los términos del artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Artículo 9. Procedimiento. 1. Las solicitudes de las ayudas, dirigidas al Ministerio de Economía y Hacienda, se podrán presentar por el interesado o por su representante en cualquiera de las formas previstas por el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y contendrán los extremos a que se refiere el artículo 70.1 de dicha Ley.

2. Las solicitudes de ayuda que se formulen deberán contener además, los siguientes datos:

a) Acreditación documental del fallecimiento, en su caso, y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

b) Descripción de las circunstancias en que se hubiera cometido el hecho que presente caracteres de delito doloso violento, con indicación de la fecha y el lugar de su comisión.

c) Acreditación de que los hechos fueron denunciados ante la autoridad pública.

d) Declaración sobre las indemnizaciones y ayudas percibidas por el interesado o de los medios de que dispone para obtener cualquier tipo de indemnización o ayuda por dichos hechos.

e) Copia de la resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, ya sea sentencia, auto de rebeldía o que declare el archivo por fallecimiento del culpable, o declare el sobreseimiento

provisional de la causa o el sobreseimiento libre por darse los supuestos previstos por los artículos 641.2.º ó 637.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente.

3. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá solicitar a las autoridades policiales, al Ministerio Fiscal o a los Juzgados o Tribunales la información que necesite para resolver sobre las solicitudes de ayuda. Podrá proceder, u ordenar que se proceda, a cualquier clase de investigación pertinente a sus propios fines.

4. El Ministerio de Economía y Hacienda podrá también recabar de cualquier persona física o jurídica, entidad o Administración pública, la aportación de informes sobre la situación profesional, financiera, social o fiscal del autor del hecho delictivo y de la víctima, siempre que tal información resulte necesaria para la tramitación y resolución de los expedientes de concesión de ayudas, o el ejercicio de las acciones de subrogación o repetición. Podrá igualmente ordenar las investigaciones periciales precisas con vistas a la determinación de la duración y gravedad de las lesiones o daños a la salud producidas a la víctima. La información así obtenida no podrá ser utilizada para otros fines que los de la instrucción del expediente de solicitud de ayuda, quedando prohibida su divulgación.

A fin de que el órgano concedente de la ayuda constate con carácter previo el cumplimiento de las obligaciones fiscales a que se refiere el apartado anterior, aquél solicitará al órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria información sobre ello en relación con los beneficiarios de la correspondiente ayuda.

5. La resolución será adoptada tras oír las alegaciones del interesado en trámite de audiencia y conocer el informe del Servicio Jurídico del Estado, que intervendrá siempre en la tramitación de los expedientes.

Artículo 10. Concesión de ayudas provisionales. 1. Podrán concederse ayudas provisionales con anterioridad a que recaiga resolución judicial firme que ponga fin al proceso penal, siempre que quede acreditada la precaria situación económica en que hubiese quedado la víctima o sus beneficiarios.

Reglamentariamente se determinarán los criterios en virtud de los cuales se considerará precaria la situación económica de la víctima del delito, a los efectos de poder acceder a la concesión de ayudas provisionales.

2. Podrá solicitarse la ayuda provisional una vez que la víctima haya denunciado los hechos ante las autoridades competentes o cuando se siga de oficio proceso penal por los mismos.

3. La solicitud de ayuda provisional deberá contener, además de los extremos a que se refiere el artículo 70.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los siguientes datos:

a) La calificación de las lesiones o daños a la salud, realizada por el órgano y mediante el procedimiento que se determine reglamentariamente.

b) Acreditación documental del fallecimiento en su caso y de la condición de beneficiario a título de víctima indirecta.

c) Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios razonables para suponer que el fallecimiento, las lesiones o los daños se han producido por un hecho con caracteres de delito violento y doloso.

4. La ayuda provisional no podrá ser superior al 80 por 100 del importe máximo de ayuda establecido por esta Ley para los supuestos de muerte, lesiones corporales graves o daños graves en la salud, según corresponda.

Su cuantía se establecerá mediante la aplicación de los coeficientes correctores a los que se refiere el artículo 6.2.

5. La ayuda provisional podrá ser satisfecha de una sola vez o mediante abonos periódicos, que se suspenderán de producirse alguno de los supuestos previstos por el artículo 14 de esta Ley.

Artículo 11. *Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.* 1. Se crea la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, que será competente para resolver los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas reguladas por esta Ley.

La Comisión Nacional no estará sometida a instrucciones jerárquicas y resolverá los procedimientos de impugnación de las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda, así como los recursos extraordinarios de revisión contra sus propios acuerdos con respeto a los principios, garantías y plazos que las leyes reconocen a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

2. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia, de Economía y Hacienda y del Interior, establecerá la composición y el régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional. Estará presidida por un Magistrado nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, e integrada por representantes de la Administración General del Estado y, en su caso, de las organizaciones vinculadas a la asistencia y defensa de las víctimas. En cualquier caso, corresponderá una de sus vocalías a un representante del Ministerio Fiscal, nombrado a propuesta del Fiscal General del Estado.

Número 2 del artículo 11 redactado por Ley 38/1998, 27 noviembre (BOE 28 noviembre), por la que se modifica la composición de la Comisión Nacional de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

3. Los acuerdos de la Comisión Nacional, al resolver los procedimientos de impugnación previstos por la presente Ley, pondrán fin a la vía administrativa.

Artículo 12. *Procedimiento de impugnación.* 1. Los interesados podrán impugnar las resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda en materia de las ayudas reguladas por esta Ley ante la Comisión Nacional en el plazo de un mes desde su notificación personal a los interesados.

Transcurrido dicho plazo sin haberse impugnado la resolución, ésta será firme a todos los efectos, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión ante el Ministerio de Economía y Hacienda.

2. La impugnación podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos.

3. La impugnación podrá formularse ante el Ministerio de Economía y Hacienda o ante la Comisión Nacional.

De formularse ante el Ministerio de Economía y Hacienda, éste deberá remitirla a la Comisión Nacional en el plazo de diez días, con su informe y una copia completa y ordenada del expediente.

4. Transcurridos tres meses desde la formulación de la impugnación sin que se adopte acuerdo por la Comisión Nacional, se podrá entender desestimada la impugnación, salvo en el supuesto previsto por el artículo 43.3.b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y quedará expedita la vía del recurso contencioso-administrativo.

Artículo 13. *Acción de subrogación del Estado.* El Estado se subrogará de pleno derecho, hasta el total importe de la ayuda provisional o definitiva satisfecha a la víctima o beneficiarios

en los derechos que asistan a los mismos contra el obligado civilmente por el hecho delictivo. La repetición del importe de la ayuda contra el obligado civilmente por el hecho delictivo se realizará, en su caso, mediante el procedimiento administrativo de apremio previsto en el Reglamento General de Recaudación.

El Estado podrá mostrarse parte en el proceso penal o civil que se siga, sin perjuicio de la acción civil que ejercite el Ministerio Fiscal.

Artículo 14. *Acción de repetición del Estado.* El Estado podrá exigir el reembolso total o parcial de la ayuda concedida, por el procedimiento previsto en el Reglamento General de Recaudación, en los siguientes casos:

a) Cuando por resolución judicial firme se declare la inexistencia de delito a que se refiere la presente Ley.

b) Cuando con posterioridad a su abono, la víctima o sus beneficiarios obtuvieran por cualquier concepto la reparación total o parcial del perjuicio sufrido en los tres años siguientes a la concesión de la ayuda, en los términos establecidos en el artículo 5 de esta Ley.

c) Cuando la ayuda se hubiera obtenido en base a la aportación de datos falsos o deliberadamente incompletos o a través de cualquier otra forma fraudulenta, así como la omisión deliberada de circunstancias que determinaran la denegación o reducción de la ayuda solicitada.

d) Cuando la indemnización reconocida en la sentencia sea inferior a la ayuda provisional.

CAPÍTULO II ASISTENCIA A LAS VÍCTIMAS

Artículo 15. *Deberes de información.* 1. Los Jueces y Magistrados, miembros de la Carrera Fiscal, autoridades y funcionarios públicos que intervengan por razón de su cargo en la investigación de hechos que presenten caracteres de delitos dolosos violentos y contra la libertad sexual, informarán a las presuntas víctimas sobre la posibilidad y procedimiento para solicitar las ayudas reguladas en esta Ley.

2. Las autoridades policiales encargadas de la investigación de hechos que presenten caracteres de delito recogerán en los atestados que instruyan todos los datos precisos de identificación de las víctimas y de las lesiones que se les aprecien. Asimismo, tienen la obligación de informar a la víctima sobre el curso de sus investigaciones, salvo que con ello se ponga en peligro su resultado.

3. En todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad.

4. La víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, deberá ser informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente, deberá ser informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y le será notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

A partir del 4 de mayo de 2010 se modifica la redacción del artículo 15.4 por el artículo undécimo de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE 3 noviembre 2009):

4. El Secretario judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, sea informada en términos claros de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita. Igualmente cuidará de que la víctima sea informada de la fecha y lugar de celebración del juicio correspondiente y de que le sea notificada personalmente la resolución que recaiga, aunque no sea parte en el proceso.

5. El Ministerio Fiscal cuidará de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos sobre su vida privada o su dignidad, pudiendo solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

Artículo 16. Oficinas de asistencia a las víctimas. 1. El Ministerio de Justicia e Interior procederá, de conformidad con las previsiones presupuestarias, a la implantación de Oficinas de asistencia a las víctimas en todas aquellas sedes de Juzgados y Tribunales o en todas aquellas Fiscalías en las que las necesidades lo exijan.

2. En relación con las actividades desarrolladas por estas Oficinas, el Ministerio de Justicia e Interior podrá establecer convenios para la encomienda de gestión con las Comunidades Autónomas y con las Corporaciones locales.

Véase Orden JUS/291/2005, de 10 de febrero, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de una única subvención destinada a prestar a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, asistencia psicológica especializada en las oficinas de asistencia a las víctimas dependientes del Ministerio de Justicia (BOE 15 febrero).

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, podrá revisar las cuantías contempladas en la presente Ley.

Segunda. 1. La percepción de las ayudas contempladas en esta Ley no será compatible en ningún caso con los resarcimientos por daños a las víctimas de bandas armadas y elementos terroristas.

2.

Número 2 de la Disposición Adicional 2ª derogado por Ley 13/1996, 30 diciembre (BOE 31 diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

3.

Número 3 de la Disposición Adicional 2ª derogado por Ley 13/1996, 30 diciembre (BOE 31 diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Tercera. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de la presente Ley los daños y perjuicios contemplados por la Ley 52/1984, de 26 de diciembre, de protección de medios de transporte por carretera que se hallen en territorio español realizando viajes de carácter internacional, cuya indemnización se resolverá mediante la aplicación de su legislación especial.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

El Gobierno depositará el instrumento de ratificación del Convenio 116 del Consejo de Europa de 1983 en el plazo de seis meses, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. El Gobierno, a propuesta de los Ministros de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, aprobará en el plazo máximo de seis meses las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley.

Segunda. La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004, DE 28 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

(BOE de 29 de diciembre de 2004; c.e. BOE de 12 de abril de 2005)

JUAN CARLOS I REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente ley orgánica.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I.

La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión.

Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Además, continúa nuestra Carta Magna, estos derechos vinculan a todos los poderes públicos y sólo por ley puede regularse su ejercicio.

La Organización de Naciones Unidas en la IV Conferencia Mundial de 1995 reconoció ya que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Además la define ampliamente como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Existe ya incluso una definición técnica del síndrome de la mujer maltratada que consiste en «las agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona: maltrato en el seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral».

En la realidad española, las agresiones sobre las mujeres tienen una especial incidencia, existiendo hoy una mayor conciencia que en épocas anteriores sobre ésta, gracias, en buena medida, al esfuerzo realizado por las organizaciones de mujeres en su lucha contra todas las formas de violencia de género. Ya no es un «delito invisible», sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social.

II.

Los poderes públicos no pueden ser ajenos a la violencia de género, que constituye uno de los ataques más flagrantes a derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad

y la no discriminación proclamados en nuestra Constitución. Esos mismos poderes públicos tienen, conforme a lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Constitución, la obligación de adoptar medidas de acción positiva para hacer reales y efectivos dichos derechos, removiendo los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud.

En los últimos años se han producido en el derecho español avances legislativos en materia de lucha contra la violencia de género, tales como la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial. Todas ellas han incidido en distintos ámbitos civiles, penales, sociales o educativos a través de sus respectivas normativas.

La Ley pretende atender a las recomendaciones de los organismos internacionales en el sentido de proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres. Al respecto se puede citar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la última Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud declarando la violencia como problema prioritario de salud pública proclamada en 1996 por la OMS; el informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; y la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género, entre otros. Muy recientemente, la Decisión n.º 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II), ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

El ámbito de la Ley abarca tanto los aspectos preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a las víctimas, como la normativa civil que incide en el ámbito familiar o de convivencia donde principalmente se producen las agresiones, así como el principio de subsidiariedad en las Administraciones Públicas. Igualmente se aborda con decisión la respuesta punitiva que deben recibir todas las manifestaciones de violencia que esta Ley regula.

La violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.

La conquista de la igualdad y el respeto a la dignidad humana y la libertad de las personas tienen que ser un objetivo prioritario en todos los niveles de socialización.

La Ley establece medidas de sensibilización e intervención en el ámbito educativo. Se refuerza, con referencia concreta al ámbito de la publicidad, una imagen que respete la igualdad y la dignidad de las mujeres. Se apoya a las víctimas a través del reconocimiento de derechos como el de la información, la asistencia jurídica gratuita y otros de protección social y apoyo económico. Proporciona por tanto una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley.

Se establecen igualmente medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz y la atención física y psicológica de las víctimas, en coordinación con otras medidas de apoyo.

Las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia. La Ley contempla

también su protección no sólo para la tutela de los derechos de los menores, sino para garantizar de forma efectiva las medidas de protección adoptadas respecto de la mujer.

III.

La Ley se estructura en un título preliminar, cinco títulos, veinte disposiciones adicionales, dos disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y siete disposiciones finales.

En el título preliminar se recogen las disposiciones generales de la Ley que se refieren a su objeto y principios rectores.

En el título I se determinan las medidas de sensibilización, prevención y detección e intervención en diferentes ámbitos. En el educativo se especifican las obligaciones del sistema para la transmisión de valores de respeto a la dignidad de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres. El objetivo fundamental de la educación es el de proporcionar una formación integral que les permita conformar su propia identidad, así como construir una concepción de la realidad que integre a la vez el conocimiento y valoración ética de la misma.

En la Educación Secundaria se incorpora la educación sobre la igualdad entre hombres y mujeres y contra la violencia de género como contenido curricular, incorporando en todos los Consejos Escolares un nuevo miembro que impulse medidas educativas a favor de la igualdad y contra la violencia sobre la mujer.

En el campo de la publicidad, ésta habrá de respetar la dignidad de las mujeres y su derecho a una imagen no estereotipada, ni discriminatoria, tanto si se exhibe en los medios de comunicación públicos como en los privados. De otro lado, se modifica la acción de cesación o rectificación de la publicidad legitimando a las instituciones y asociaciones que trabajan a favor de la igualdad entre hombres y mujeres para su ejercicio.

En el ámbito sanitario se contemplan actuaciones de detección precoz y apoyo asistencial a las víctimas, así como la aplicación de protocolos sanitarios ante las agresiones derivadas de la violencia objeto de esta Ley, que se remitirán a los Tribunales correspondientes con objeto de agilizar el procedimiento judicial. Asimismo, se crea, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, una Comisión encargada de apoyar técnicamente, coordinar y evaluar las medidas sanitarias establecidas en la Ley.

En el título II, relativo a los derechos de las mujeres víctimas de violencia, en su capítulo I, se garantiza el derecho de acceso a la información y a la asistencia social integrada, a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional. Con el fin de coadyuvar a la puesta en marcha de estos servicios, se dotará un Fondo al que podrán acceder las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios objetivos que se determinen en la respectiva Conferencia Sectorial.

Asimismo, se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, con el fin de garantizar a aquellas víctimas con recursos insuficientes para litigar una asistencia letrada en todos los procesos y procedimientos, relacionados con la violencia de género, en que sean parte, asumiendo una misma dirección letrada su asistencia en todos los procesos. Se extiende la medida a los perjudicados en caso de fallecimiento de la víctima.

Se establecen, asimismo, medidas de protección en el ámbito social, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para justificar las ausencias del puesto de trabajo de las víctimas de la violencia de género, posibilitar su movilidad geográfica, la suspensión con reserva del puesto de trabajo y la extinción del contrato.

En idéntico sentido se prevén medidas de apoyo a las funcionarias públicas que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley, modificando los preceptos correspondientes de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Se regulan, igualmente, medidas de apoyo económico, modificando el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad

Social, para que las víctimas de la violencia de género generen derecho a la situación legal de desempleo cuando resuelvan o suspendan voluntariamente su contrato de trabajo.

Para garantizar a las víctimas de violencia de género que carezcan de recursos económicos unas ayudas sociales en aquellos supuestos en que se estime que la víctima debido a su edad, falta de preparación general especializada y circunstancias sociales no va a mejorar de forma sustancial su empleabilidad, se prevé su incorporación al programa de acción específico creado al efecto para su inserción profesional. Estas ayudas, que se modularán en relación a la edad y responsabilidades familiares de la víctima, tienen como objetivo fundamental facilitarle unos recursos mínimos de subsistencia que le permitan independizarse del agresor; dichas ayudas serán compatibles con las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y Contra la Libertad Sexual.

En el título III, concerniente a la Tutela Institucional, se procede a la creación de dos órganos administrativos. En primer lugar, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a la que corresponderá, entre otras funciones, proponer la política del Gobierno en relación con la violencia sobre la mujer y coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen en dicha materia, que necesariamente habrán de comprender todas aquellas actuaciones que hagan efectiva la garantía de los derechos de las mujeres. También se crea el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como un órgano colegiado en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y que tendrá como principales funciones servir como centro de análisis de la situación y evolución de la violencia sobre la mujer, así como asesorar y colaborar con el Delegado en la elaboración de propuestas y medidas para erradicar este tipo de violencia.

En su título IV la Ley introduce normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigarán como delito las coacciones leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas con anterioridad.

Para la ciudadanía, para los colectivos de mujeres y específicamente para aquellas que sufren este tipo de agresiones, la Ley quiere dar una respuesta firme y contundente y mostrar firmeza plasmándolas en tipos penales específicos.

En el título V se establece la llamada Tutela Judicial para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia de género en las relaciones intrafamiliares.

Desde el punto de vista judicial nos encontramos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que tienen que abarcar desde las normas procesales y sustantivas hasta las disposiciones relativas a la atención a las víctimas, intervención que sólo es posible a través de una legislación específica.

Una Ley para la prevención y erradicación de la violencia sobre la mujer ha de ser una Ley que recoja medidas procesales que permitan procedimientos ágiles y sumarios, como el establecido en la Ley 27/2003, de 31 de julio, pero, además, que compagine, en los ámbitos civil y penal, medidas de protección a las mujeres y a sus hijos e hijas, y medidas cautelares para ser ejecutadas con carácter de urgencia.

La normativa actual, civil, penal, publicitaria, social y administrativa presenta muchas deficiencias, debidas fundamentalmente a que hasta el momento no se ha dado a esta cuestión una respuesta global y multidisciplinar. Desde el punto de vista penal la respuesta nunca puede ser un nuevo agravio para la mujer.

En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones

intrafamiliares, se han adoptado las siguientes: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede. Con ello se asegura la mediación garantista del debido proceso penal en la intervención de los derechos fundamentales del presunto agresor, sin que con ello se reduzcan lo más mínimo las posibilidades legales que esta Ley dispone para la mayor, más inmediata y eficaz protección de la víctima, así como los recursos para evitar reiteraciones en la agresión o la escalada en la violencia.

Respecto de la regulación expresa de las medidas de protección que podrá adoptar el Juez de Violencia sobre la Mujer, se ha optado por su inclusión expresa, ya que no están recogidas como medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que sólo regula la prohibición de residencia y la de acudir a determinado lugar para los delitos recogidos en el artículo 57 del Código Penal (artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Además se opta por la delimitación temporal de estas medidas (cuando son medidas cautelares) hasta la finalización del proceso. Sin embargo, se añade la posibilidad de que cualquiera de estas medidas de protección pueda ser utilizada como medida de seguridad, desde el principio o durante la ejecución de la sentencia, incrementando con ello la lista del artículo 105 del Código Penal (modificado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), y posibilitando al Juez la garantía de protección de las víctimas más allá de la finalización del proceso.

Se contemplan normas que afectan a las funciones del Ministerio Fiscal, mediante la creación del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, encargado de la supervisión y coordinación del Ministerio Fiscal en este aspecto, así como mediante la creación de una Sección equivalente en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales a las que se adscribirán Fiscales con especialización en la materia. Los Fiscales intervendrán en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, además de intervenir en los procesos civiles de nulidad, separación o divorcio, o que versen sobre guarda y custodia de los hijos menores en los que se aleguen malos tratos al cónyuge o a los hijos.

En sus disposiciones adicionales la Ley lleva a cabo una profunda reforma del ordenamiento jurídico para adaptar las normas vigentes al marco introducido por el presente texto. Con objeto de armonizar las normas anteriores y ofrecer un contexto coordinado entre los textos legales, parte de la reforma integral se ha llevado a cabo mediante la modificación de normas existentes. En este sentido, las disposiciones adicionales desarrollan las medidas previstas en el articulado, pero integrándolas directamente en la legislación educativa, publicitaria, laboral, de Seguridad Social y de Función Pública; asimismo, dichas disposiciones afectan, en especial, al reconocimiento de pensiones y a la dotación del Fondo previsto en esta Ley para favorecer la asistencia social integral a las víctimas de violencia de género.

En materia de régimen transitorio se extiende la aplicación de la presente Ley a los procedimientos en tramitación en el momento de su entrada en vigor, aunque respetando la competencia judicial de los órganos respectivos.

Por último, la presente Ley incluye en sus disposiciones finales las habilitaciones necesarias para el desarrollo normativo de sus preceptos.

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1. *Objeto de la Ley.* 1. La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

2. Por esta Ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas.

3. La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

Artículo 2. *Principios rectores.* A través de esta Ley se articula un conjunto integral de medidas encaminadas a alcanzar los siguientes fines:

a) Fortalecer las medidas de sensibilización ciudadana de prevención, dotando a los poderes públicos de instrumentos eficaces en el ámbito educativo, servicios sociales, sanitario, publicitario y mediático.

b) Consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, exigibles ante las Administraciones Públicas, y así asegurar un acceso rápido, transparente y eficaz a los servicios establecidos al efecto.

c) Reforzar hasta la consecución de los mínimos exigidos por los objetivos de la ley los servicios sociales de información, de atención, de emergencia, de apoyo y de recuperación integral, así como establecer un sistema para la más eficaz coordinación de los servicios ya existentes a nivel municipal y autonómico.

d) Garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.

Véase OMAPU/526/2005, de 7 de marzo, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2005, por el que se aprueba el Plan para la igualdad de género en la Administración General del Estado (BOE 8 marzo).

e) Garantizar derechos económicos para las mujeres víctimas de violencia de género, con el fin de facilitar su integración social.

f) Establecer un sistema integral de tutela institucional en el que la Administración General del Estado, a través de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en colaboración con el Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer, impulse la creación de políticas públicas dirigidas a ofrecer tutela a las víctimas de la violencia contemplada en la presente Ley.

g) Fortalecer el marco penal y procesal vigente para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales, a las víctimas de violencia de género.

h) Coordinar los recursos e instrumentos de todo tipo de los distintos poderes públicos para asegurar la prevención de los hechos de violencia de género y, en su caso, la sanción adecuada a los culpables de los mismos.

i) Promover la colaboración y participación de las entidades, asociaciones y organizaciones que desde la sociedad civil actúan contra la violencia de género.

j) Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas.

k) Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.

TÍTULO I

Medidas de sensibilización, prevención y detección

Artículo 3. *Planes de sensibilización.* 1. Desde la responsabilidad del Gobierno del Estado y de manera inmediata a la entrada en vigor de esta Ley, con la consiguiente dotación presupuestaria, se pondrá en marcha un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género que como mínimo recoja los siguientes elementos:

Que introduzca en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género.

Dirigido tanto a hombres como a mujeres, desde un trabajo comunitario e intercultural.

Que contemple un amplio programa de formación complementaria y de reciclaje de los profesionales que intervienen en estas situaciones.

Controlado por una Comisión de amplia participación, que se creará en un plazo máximo de un mes, en la que se ha de asegurar la presencia de los afectados, las instituciones, los profesionales y de personas de reconocido prestigio social relacionado con el tratamiento de estos temas.

2. Los poderes públicos, en el marco de sus competencias, impulsarán además campañas de información y sensibilización específicas con el fin de prevenir la violencia de género.

3. Las campañas de información y sensibilización contra esta forma de violencia se realizarán de manera que se garantice el acceso a las mismas de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO I

EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Artículo 4. *Principios y valores del sistema educativo.* 1. El sistema educativo español incluirá entre sus fines la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Igualmente, el sistema educativo español incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres y la formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos.

2. La Educación Infantil contribuirá a desarrollar en la infancia el aprendizaje en la resolución pacífica de conflictos.

3. La Educación Primaria contribuirá a desarrollar en el alumnado su capacidad para adquirir habilidades en la resolución pacífica de conflictos y para comprender y respetar la igualdad entre sexos.

4. La Educación Secundaria Obligatoria contribuirá a desarrollar en el alumnado la capacidad para relacionarse con los demás de forma pacífica y para conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

5. El Bachillerato y la Formación Profesional contribuirán a desarrollar en el alumnado la capacidad para consolidar su madurez personal, social y moral, que les permita actuar de forma responsable y autónoma y para analizar y valorar críticamente las desigualdades de sexo y fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.

6. La Enseñanza para las personas adultas incluirá entre sus objetivos desarrollar actividades en la resolución pacífica de conflictos y fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.

7. Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación de forma transversal.

Véase Orden ECI/1152/2006, de 6 de abril, por la que se crean los «Premios IRENE: la paz empieza en casa», con el fin de fomentar desde el sistema educativo la prevención de la violencia contra las mujeres, se establecen las bases reguladoras para su concesión y se convocan los correspondientes al año 2006 (BOE 19 abril).

Artículo 5. *Escolarización inmediata en caso de violencia de género.* Las Administraciones competentes deberán prever la escolarización inmediata de los hijos que se vean afectados por un cambio de residencia derivada de actos de violencia de género.

Artículo 6. *Fomento de la igualdad.* Con el fin de garantizar la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres.

Artículo 7. *Formación inicial y permanente del profesorado.* Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para que en los planes de formación inicial y permanente del profesorado se incluya una formación específica en materia de igualdad, con el fin de asegurar que adquieren los conocimientos y las técnicas necesarias que les habiliten para:

a) La educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

b) La educación en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos, en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.

c) La detección precoz de la violencia en el ámbito familiar, especialmente sobre la mujer y los hijos e hijas.

d) El fomento de actitudes encaminadas al ejercicio de iguales derechos y obligaciones por parte de mujeres y hombres, tanto en el ámbito público como privado, y la corresponsabilidad entre los mismos en el ámbito doméstico.

Artículo 8. *Participación en los Consejos Escolares.* Se adoptarán las medidas precisas para asegurar que los Consejos Escolares impulsen la adopción de medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. Con el mismo fin, en el Consejo Escolar del Estado se asegurará la representación del Instituto de la Mujer y de las organizaciones que defiendan los intereses de las mujeres, con implantación en todo el territorio nacional.

Artículo 9. *Actuación de la inspección educativa.* Los servicios de inspección educativa velarán por el cumplimiento y aplicación de los principios y valores recogidos en este capítulo en el sistema educativo destinados a fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres.

CAPÍTULO II

EN EL ÁMBITO DE LA PUBLICIDAD Y DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 10. *Publicidad ilícita.* De acuerdo con lo establecido en la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio.

Artículo 11. El Ente público al que corresponda velar para que los medios audiovisuales cumplan sus obligaciones adoptará las medidas que procedan para asegurar un tratamiento de la

mujer conforme con los principios y valores constitucionales, sin perjuicio de las posibles actuaciones por parte de otras entidades.

Artículo 12. *Titulares de la acción de cesación y rectificación.* La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, el Instituto de la Mujer u órgano equivalente de cada Comunidad Autónoma, el Ministerio Fiscal y las Asociaciones que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer estarán legitimados para ejercitar ante los Tribunales la acción de cesación de publicidad ilícita por utilizar en forma vejatoria la imagen de la mujer, en los términos de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

Artículo 13. *Medios de comunicación.* 1. Las Administraciones Públicas velarán por el cumplimiento estricto de la legislación en lo relativo a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales, con especial atención a la erradicación de conductas favorecedoras de situaciones de desigualdad de las mujeres en todos los medios de comunicación social, de acuerdo con la legislación vigente.

2. La Administración pública promoverá acuerdos de autorregulación que, contando con mecanismos de control preventivo y de resolución extrajudicial de controversias eficaces, contribuyan al cumplimiento de la legislación publicitaria.

Artículo 14. Los medios de comunicación fomentarán la protección y salvaguarda de la igualdad entre hombre y mujer, evitando toda discriminación entre ellos.

La difusión de informaciones relativas a la violencia sobre la mujer garantizará, con la correspondiente objetividad informativa, la defensa de los derechos humanos, la libertad y dignidad de las mujeres víctimas de violencia y de sus hijos. En particular, se tendrá especial cuidado en el tratamiento gráfico de las informaciones.

CAPÍTULO III EN EL ÁMBITO SANITARIO

Artículo 15. *Sensibilización y formación.* 1. Las Administraciones sanitarias, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, promoverán e impulsarán actuaciones de los profesionales sanitarios para la detección precoz de la violencia de género y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del sector sanitario en la lucha contra este tipo de violencia.

2. En particular, se desarrollarán programas de sensibilización y formación continuada del personal sanitario con el fin de mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género a que se refiere esta Ley.

3. Las Administraciones educativas competentes asegurarán que en los ámbitos curriculares de las licenciaturas y diplomaturas, y en los programas de especialización de las profesiones socio-sanitarias, se incorporen contenidos dirigidos a la capacitación para la prevención, la detección precoz, intervención y apoyo a las víctimas de esta forma de violencia.

4. En los Planes Nacionales de Salud que procedan se contemplará un apartado de prevención e intervención integral en violencia de género.

Artículo 16. *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.* En el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se constituirá, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley, una Comisión contra la Violencia de Género que apoye técnicamente y oriente la planificación de las medidas sanitarias contempladas en este capítulo, evalúe y proponga las necesarias para la aplicación del protocolo sanitario y cualesquiera otras medidas que

se estimen precisas para que el sector sanitario contribuya a la erradicación de esta forma de violencia.

La Comisión contra la Violencia de Género del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud estará compuesta por representantes de todas las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.

La Comisión emitirá un informe anual que será remitido al Observatorio Estatal de la Violencia sobre la Mujer y al Pleno del Consejo Interterritorial.

TÍTULO II

Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género

CAPÍTULO I

DERECHO A LA INFORMACIÓN, A LA ASISTENCIA SOCIAL INTEGRAL Y A LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA

Artículo 17. *Garantía de los derechos de las víctimas.* 1. Todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley.

2. La información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo.

Artículo 18. *Derecho a la información.* 1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a recibir plena información y asesoramiento adecuado a su situación personal, a través de los servicios, organismos u oficinas que puedan disponer las Administraciones Públicas.

Dicha información comprenderá las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral.

2. Se garantizará, a través de los medios necesarios, que las mujeres con discapacidad víctimas de violencia de género tengan acceso integral a la información sobre sus derechos y sobre los recursos existentes. Esta información deberá ofrecerse en formato accesible y comprensible a las personas con discapacidad, tales como lengua de signos u otras modalidades u opciones de comunicación, incluidos los sistemas alternativos y aumentativos.

3. Asimismo, se articularán los medios necesarios para que las mujeres víctimas de violencia de género que por sus circunstancias personales y sociales puedan tener una mayor dificultad para el acceso integral a la información, tengan garantizado el ejercicio efectivo de este derecho.

Artículo 19. *Derecho a la asistencia social integral.* 1. Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional.

2. La atención multidisciplinar implicará especialmente:

- a) Información a las víctimas.
- b) Atención psicológica.
- c) Apoyo social.
- d) Seguimiento de las reclamaciones de los derechos de la mujer.
- e) Apoyo educativo a la unidad familiar.

f) Formación preventiva en los valores de igualdad dirigida a su desarrollo personal y a la adquisición de habilidades en la resolución no violenta de conflictos.

g) Apoyo a la formación e inserción laboral.

3. Los servicios adoptarán fórmulas organizativas que, por la especialización de su personal, por sus características de convergencia e integración de acciones, garanticen la efectividad de los indicados principios.

4. Estos servicios actuarán coordinadamente y en colaboración con los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente. Estos servicios podrán solicitar al Juez las medidas urgentes que consideren necesarias.

5. También tendrán derecho a la asistencia social integral a través de estos servicios sociales los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida. A estos efectos, los servicios sociales deberán contar con personal específicamente formado para atender a los menores, con el fin de prevenir y evitar de forma eficaz las situaciones que puedan comportar daños psíquicos y físicos a los menores que viven en entornos familiares donde existe violencia de género.

6. En los instrumentos y procedimientos de cooperación entre la Administración General del Estado y la Administración de las Comunidades Autónomas en las materias reguladas en este artículo, se incluirán compromisos de aportación, por parte de la Administración General del Estado, de recursos financieros referidos específicamente a la prestación de los servicios.

Véanse los Convenios de colaboración suscritos entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las diferentes Comunidades Autónomas, para la realización de actuaciones encaminadas a garantizar a las mujeres víctimas de violencia de género el derecho a la asistencia social integral, publicados por Resoluciones de 30 de noviembre de 2006 (BOE 20 diciembre; 12 y 24 enero 2007).

7. Los organismos de igualdad orientarán y valorarán los programas y acciones que se lleven a cabo y emitirán recomendaciones para su mejora.

Véase Res. de 8 de agosto de 2005, de la Secretaría General Técnica, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministros de 29 de julio de 2005, por el que se formalizan, para el año 2005, los criterios de distribución, así como los compromisos financieros resultantes, del Fondo previsto en la disposición adicional decimotercera de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE 8 septiembre).

Artículo 20. Asistencia jurídica. 1. Las mujeres víctimas de violencia de género que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, en los términos establecidos en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, tienen derecho a la defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en todos los procesos y procedimientos administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia padecida. En estos supuestos una misma dirección letrada asumirá la defensa de la víctima. Este derecho asistirá también a los causahabientes en caso de fallecimiento de la víctima. En todo caso, se garantizará la defensa jurídica, gratuita y especializada de forma inmediata a todas las víctimas de violencia de género que lo soliciten, sin perjuicio de que si no se les reconoce con posterioridad el derecho a la asistencia jurídica gratuita, éstas deberán abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.

2. En todo caso, cuando se trate de garantizar la defensa y asistencia jurídica a las víctimas de violencia de género, se procederá de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1/1996, de 10 enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

3. Los Colegios de Abogados, cuando exijan para el ejercicio del turno de oficio cursos de especialización, asegurarán una formación específica que coadyuve al ejercicio profesional de una defensa eficaz en materia de violencia de género.

4. Igualmente, los Colegios de Abogados adoptarán las medidas necesarias para la designación urgente de letrado de oficio en los procedimientos que se sigan por violencia de género.

CAPÍTULO II DERECHOS LABORALES Y PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Artículo 21. *Derechos laborales y de Seguridad Social.* 1. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo.

2. En los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, la suspensión y la extinción del contrato de trabajo previstas en el apartado anterior darán lugar a situación legal de desempleo. El tiempo de suspensión se considerará como período de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo.

3. Las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Cuando se produzca la reincorporación, ésta se realizará en las mismas condiciones existentes en el momento de la suspensión del contrato de trabajo.

4. Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas, cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad.

5. A las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta.

A los efectos de lo previsto en el párrafo anterior, se tomará una base de cotización equivalente al promedio de las bases cotizadas durante los seis meses previos a la suspensión de la obligación de cotizar.

Véase la disposición adicional única del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social (BOE 22 noviembre), sobre el alcance de la consideración como periodo de cotización efectiva en las situaciones de violencia de género.

Artículo 22. *Programa específico de empleo.* En el marco del Plan de Empleo del Reino de España, se incluirá un programa de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo.

Este programa incluirá medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia.

Artículo 23. *Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras.* Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la exis-

tencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección.

CAPÍTULO III DERECHOS DE LAS FUNCIONARIAS PÚBLICAS

Artículo 24. *Ámbito de los derechos.* La funcionaria víctima de violencia de género tendrá derecho a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica de centro de trabajo y a la excedencia en los términos que se determinen en su legislación específica.

Artículo 25. *Justificación de las faltas de asistencia.* Las ausencias totales o parciales al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género sufrida por una mujer funcionaria se considerarán justificadas en los términos que se determine en su legislación específica.

Artículo 26. *Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las funcionarias.* La acreditación de las circunstancias que dan lugar al reconocimiento de los derechos de movilidad geográfica de centro de trabajo, excedencia, y reducción o reordenación del tiempo de trabajo, se realizará en los términos establecidos en el artículo 23.

CAPÍTULO IV DERECHOS ECONÓMICOS

Artículo 27. *Ayudas sociales.* 1. Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

2. El importe de esta ayuda será equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo. Cuando la víctima de la violencia ejercida contra la mujer tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo.

3. Estas ayudas, financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, serán concedidas por las Administraciones competentes en materia de servicios sociales. En la tramitación del procedimiento de concesión, deberá incorporarse informe del Servicio Público de Empleo referido a la previsibilidad de que por las circunstancias a las que se refiere el apartado 1 de este artículo, la aplicación del programa de empleo no incida de forma sustancial en la mejora de la empleabilidad de la víctima.

La concurrencia de las circunstancias de violencia se acreditará de conformidad con lo establecido en el artículo 23 de esta Ley.

4. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de 18 meses de subsidio, o de 24 meses si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.

5. Estas ayudas serán compatibles con cualquiera de las previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual.

Véase RD 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE 17 diciembre).

Artículo 28. *Acceso a la vivienda y residencias públicas para mayores.* Las mujeres víctimas de violencia de género serán consideradas colectivos prioritarios en el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores, en los términos que determine la legislación aplicable.

Véase Disposición Adicional segunda de D. [EXTREMADURA] 32/2006, 21 febrero, por el que se crea el registro de demandantes del Plan Especial de Vivienda y se establece el sistema de selección de adquirentes de viviendas sujetas al Plan Especial (DOE 28 febrero).

TÍTULO III Tutela Institucional

Artículo 29. *La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.* 1. La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, formulará las políticas públicas en relación con la violencia de género a desarrollar por el Gobierno, y coordinará e impulsará cuantas acciones se realicen en dicha materia, trabajando en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencia en la materia.

2. El titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia.

3. Reglamentariamente se determinará el rango y las funciones concretas del titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.

Véase RD 237/2005, de 4 de marzo, por el que se establecen el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, prevista en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE 8 marzo).

Artículo 30. *Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer.* 1. Se constituirá el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, como órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, al que corresponderá el asesoramiento, evaluación, colaboración institucional, elaboración de informes y estudios, y propuestas de actuación en materia de violencia de género. Estos informes, estudios y propuestas considerarán de forma especial la situación de las mujeres con mayor riesgo de sufrir violencia de género o con mayores dificultades para acceder a los servicios. En cualquier caso, los datos contenidos en dichos informes, estudios y propuestas se consignarán desagregados por sexo.

2. El Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer remitirá al Gobierno y a las Comunidades Autónomas, con periodicidad anual, un informe sobre la evolución de la violencia ejercida sobre la mujer en los términos a que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, con determinación de los tipos penales que se hayan aplicado, y de la efectividad de las medidas acordadas para la protección de las víctimas. El informe destacará asimismo las necesidades de reforma legal con objeto de garantizar que la aplicación de las medidas de protección adoptadas puedan asegurar el máximo nivel de tutela para las mujeres.

3. Reglamentariamente se determinarán sus funciones, su régimen de funcionamiento y su composición, en la que se garantizará, en todo caso, la participación de las Comunidades Autó-

nomas, las entidades locales, los agentes sociales, las asociaciones de consumidores y usuarios, y las organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio del Estado así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas.

Véase RD 253/2006, de 3 de marzo, por el que se establecen las funciones, el régimen de funcionamiento y la composición del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, y se modifica el RD 1600/2004, de 2 de julio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (BOE 14 marzo).

Artículo 31. Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. 1. El Gobierno establecerá, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

2. El Gobierno, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal.

3. La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género.

4. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación en las Comunidades Autónomas que cuenten con cuerpos de policía que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro del territorio autónomo, en los términos previstos en sus Estatutos, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en sus leyes de policía, y todo ello con la finalidad de hacer más efectiva la protección de las víctimas.

Artículo 32. Planes de colaboración. 1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.

2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.

3. Las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.

Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.

4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley,

tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad.

Véanse los Convenios de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las Comunidades Autónomas para la realización de programas experimentales de prevención en situación de riesgo y tratamiento de familias en cuyo seno se producen malos tratos, publicados por Res. 14 de febrero 2005 (BOE 11, 13, 14 marzo y 5 abril).

TÍTULO IV Tutela Penal

Artículo 33. *Suspensión de penas.* El párrafo segundo del apartado 1, 6.^a, del artículo 83 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«Si se tratase de delitos relacionados con la violencia de género, el Juez o Tribunal condicionará en todo caso la suspensión al cumplimiento de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a de este apartado.»

Artículo 34. *Comisión de delitos durante el período de suspensión de la pena.* El apartado 3 del artículo 84 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«3. En el supuesto de que la pena suspendida fuera de prisión por la comisión de delitos relacionados con la violencia de género, el incumplimiento por parte del reo de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a, 2.^a y 5.^a del apartado 1 del artículo 83 determinará la revocación de la suspensión de la ejecución de la pena.»

Artículo 35. *Sustitución de penas.* El párrafo tercero del apartado 1 del artículo 88 del Código Penal, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, queda redactado de la forma siguiente:

«En el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.^a y 2.^a, del apartado 1 del artículo 83 de este Código.»

Artículo 36. *Protección contra las lesiones.* Se modifica el artículo 148 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

«Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido:

1.º Si en la agresión se hubieren utilizado armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas concretamente peligrosas para la vida o salud, física o psíquica, del lesionado.

2.º Si hubiere mediado ensañamiento o alevosía.

3.º Si la víctima fuere menor de doce años o incapaz.

4.º Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

5.º Si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.»

Artículo 37. *Protección contra los malos tratos.* El artículo 153 del Código Penal, queda redactado como sigue:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que con-

viva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.

3. Las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 38. *Protección contra las amenazas.* Se añaden tres apartados, numerados como 4, 5 y 6, al artículo 171 del Código Penal, que tendrán la siguiente redacción:

«4. El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

5. El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años.

Se impondrán las penas previstas en los apartados 4 y 5, en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

6. No obstante lo previsto en los apartados 4 y 5, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 39. *Protección contra las coacciones.* El contenido actual del artículo 172 del Código Penal queda numerado como apartado 1 y se añade un apartado 2 a dicho artículo con la siguiente redacción:

«2. El que de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

Igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

Se impondrá la pena en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza.

No obstante lo previsto en los párrafos anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.»

Artículo 40. *Quebrantamiento de condena.* Se modifica el artículo 468 del Código Penal que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de doce a veinticuatro meses en los demás casos.

2. Se impondrá en todo caso la pena de prisión de seis meses a un año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.»

Artículo 41. *Protección contra las vejaciones leves.* El artículo 620 del Código Penal queda redactado como sigue:

«Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días:

1.º Los que de modo leve amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito.

Los hechos descritos en los dos números anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

En los supuestos del número 2.º de este artículo, cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, la pena será la de localización permanente de cuatro a ocho días, siempre en domicilio diferente y alejado del de la víctima, o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días. En estos casos no será exigible la denuncia a que se refiere el párrafo anterior de este artículo, excepto para la persecución de las injurias.»

Artículo 42. *Administración penitenciaria.* 1. La Administración penitenciaria realizará programas específicos para internos condenados por delitos relacionados con la violencia de género.

2. Las Juntas de Tratamiento valorarán, en las progresiones de grado, concesión de permisos y concesión de la libertad condicional, el seguimiento y aprovechamiento de dichos programas específicos por parte de los internos a que se refiere el apartado anterior.

TÍTULO V
Tutela Judicial

CAPÍTULO I
DE LOS JUZGADOS DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Artículo 43. Organización territorial. Se adiciona un artículo 87 bis en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. En cada partido habrá uno o más Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con sede en la capital de aquél y jurisdicción en todo su ámbito territorial. Tomarán su designación del municipio de su sede.

2. No obstante lo anterior, podrán establecerse, excepcionalmente, Juzgados de Violencia sobre la Mujer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos dentro de la misma provincia.

3. El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que, en aquellas circunscripciones donde sea conveniente en función de la carga de trabajo existente, el conocimiento de los asuntos referidos en el artículo 87 ter de la presente Ley Orgánica, corresponda a uno de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, o de Instrucción en su caso, determinándose en esta situación que uno solo de estos Órganos conozca de todos estos asuntos dentro del partido judicial, ya sea de forma exclusiva o conociendo también de otras materias.

4. En los partidos judiciales en que exista un solo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción será éste el que asuma el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 87 ter de esta Ley.»

Artículo 44. Competencia. Se adiciona un artículo 87 ter en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.

2. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos:

- a) Los de filiación, maternidad y paternidad.
- b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio.
- c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales.
- d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar.
- e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.
- f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción.
- g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores.

3. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

4. Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.

5. En todos estos casos está vedada la mediación.»

Artículo 45. *Recursos en materia penal.* Se adiciona un nuevo ordinal 4.º al artículo 82.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones en materia penal dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica. Esta especialización se extenderá a aquellos supuestos en que corresponda a la Audiencia Provincial el enjuiciamiento en primera instancia de asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia.»

Artículo 46. *Recursos en materia civil.* Se adiciona un nuevo párrafo al artículo 82.4 en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la siguiente redacción:

«Las Audiencias Provinciales conocerán, asimismo, de los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas en materia civil por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer de la provincia. A fin de facilitar el conocimiento de estos recursos, y atendiendo al número de asuntos existentes, podrán especializarse una o varias de sus secciones de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la citada Ley Orgánica.»

Artículo 47. *Formación.* El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género

en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas.

Artículo 48. *Jurisdicción de los Juzgados.* Se modifica el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen jurisdicción en el ámbito territorial de su respectivo partido.

No obstante lo anterior, y atendidas las circunstancias geográficas, de ubicación y población, podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer que atiendan a más de un partido judicial.»

Artículo 49. *Sede de los Juzgados.* Se modifica el artículo 9 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tienen su sede en la capital del partido.»

Artículo 50. *Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.* Se adiciona un artículo 15 bis en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, con la siguiente redacción:

«1. La planta inicial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer será la establecida en el anexo XIII de esta Ley.

2. La concreción de la planta inicial y la que sea objeto de desarrollo posterior, será realizada mediante Real Decreto de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la presente Ley y se ajustará a los siguientes criterios:

a) Podrán crearse Juzgados de Violencia sobre la Mujer en aquellos partidos judiciales en los que la carga de trabajo así lo aconseje.

b) En aquellos partidos judiciales en los que, en atención al volumen de asuntos, no se considere necesario el desarrollo de la planta judicial, se podrán transformar algunos de los Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción en funcionamiento en Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

c) Asimismo cuando se considere, en función de la carga de trabajo, que no es precisa la creación de un órgano judicial específico, se determinará, de existir varios, qué Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, asumirán el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer en los términos del artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género con carácter exclusivo junto con el resto de las correspondientes a la jurisdicción penal o civil, según la naturaleza del órgano en cuestión.

3. Serán servidos por Magistrados los Juzgados de Violencia sobre la Mujer que tengan su sede en la capital de la provincia y los demás Juzgados que así se establecen en el anexo XIII de esta Ley.»

Artículo 51. *Plazas servidas por Magistrados.* El apartado 2 del artículo 21 de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial tendrá la siguiente redacción:

«2. El Ministro de Justicia podrá establecer que los Juzgados de Primera Instancia y de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sean servidos por Magistrados, siempre que estén radicados en un partido judicial superior a 150.000 habitantes de derecho o experimenten aumentos de población de hecho que superen dicha cifra, y el volumen de cargas competenciales así lo exija.»

Artículo 52. *Constitución de los Juzgados.* Se incluye un nuevo artículo 46 ter en la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, con la siguiente redacción:

«1. El Gobierno, dentro del marco de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, oído el Consejo General del Poder Judicial y, en su caso, la Comunidad Autónoma afectada, procederá de forma escalonada y mediante Real Decreto a la constitución, compatibilización y transformación de Juzgados de Instrucción y de Primera Instancia e Instrucción para la plena efectividad de la planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

2. En tanto las Comunidades Autónomas no fijen la sede de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, ésta se entenderá situada en aquellas poblaciones que se establezcan en el anexo XIII de la presente Ley.»

Véase OM/JUS/1037/2005, de 19 de abril, por la que se dispone la fecha de entrada en funcionamiento de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer (BOE 21 abril).

Artículo 53. *Notificación de las sentencias dictadas por Tribunales.* Se adiciona un nuevo párrafo en el artículo 160 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata, con indicación de si la misma es o no firme.»

Artículo 54. *Especialidades en el supuesto de juicios rápidos.* Se adiciona un nuevo artículo 797 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el contenido siguiente:

«1. En el supuesto de que la competencia corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, las diligencias y resoluciones señaladas en los artículos anteriores deberán ser practicadas y adoptadas durante las horas de audiencia.

2. La Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere el artículo 796, ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en el día hábil más próximo, entre aquéllos que se fijen reglamentariamente.

No obstante el detenido, si lo hubiere, habrá de ser puesto a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia, a los solos efectos de regularizar su situación personal, cuando no sea posible la presentación ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente.

3. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer. A estos efectos el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.»

Artículo 55. *Notificación de las sentencias dictadas por Juzgado de lo Penal.* Se adiciona un apartado 5 en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«5. Cuando la instrucción de la causa hubiera correspondido a un Juzgado de Violencia sobre la Mujer la sentencia será remitida al mismo por testimonio de forma inmediata. Igualmente se le remitirá la declaración de firmeza y la sentencia de segunda instancia cuando la misma fuera revocatoria, en todo o en parte, de la sentencia previamente dictada.»

Artículo 56. *Especialidades en el supuesto de juicios rápidos en materia de faltas.* Se adiciona un nuevo apartado 5 al artículo 962 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el contenido siguiente:

«5. En el supuesto de que la competencia para conocer corresponda al Juzgado de Violencia sobre la Mujer, la Policía Judicial habrá de realizar las citaciones a que se refiere este artículo ante dicho Juzgado en el día hábil más próximo. Para la realización de las citaciones antes referidas, la Policía Judicial fijará el día y la hora de la comparecencia coordinadamente con el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

A estos efectos el Consejo General del Poder Judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dictará los Reglamentos oportunos para asegurar esta coordinación.»

CAPÍTULO II NORMAS PROCESALES CIVILES

Artículo 57. *Pérdida de la competencia objetiva cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.* Se adiciona un nuevo artículo 49 bis en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuya redacción es la siguiente:

«Artículo 49 bis. *Pérdida de la competencia cuando se produzcan actos de violencia sobre la mujer.* 1. Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.

2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el Tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente.

3. Cuando un Juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil, y verifique la concurrencia de los requisitos del apartado 3 del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, requerirá de inhibición al Tribunal Civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente.

A los efectos del párrafo anterior, el requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de juicio de faltas, del auto de admisión de la querrela, o de la orden de protección adoptada.

4. En los casos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el Tribunal Civil remitirá los autos al Juzgado de Violencia sobre la Mujer sin que sea de aplicación lo previsto en el artículo 48.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo las partes desde ese momento comparecer ante dicho órgano.

En estos supuestos no serán de aplicación las restantes normas de esta sección, ni se admitirá declinatoria, debiendo las partes que quieran hacer valer la competencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho Juzgado a las que se refiere el párrafo final del número anterior.

5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer ejercerán sus competencias en materia civil de forma exclusiva y excluyente, y en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

CAPÍTULO III NORMAS PROCESALES PENALES

Artículo 58. *Competencias en el orden penal.* Se modifica el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado de la siguiente forma:

«Fuera de los casos que expresa y limitadamente atribuyen la Constitución y las leyes a Jueces y Tribunales determinados, serán competentes:

1. Para el conocimiento y fallo de los juicios de faltas, el Juez de Instrucción, salvo que la competencia corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer de conformidad con el número quinto de este artículo. Sin embargo, conocerá de los juicios por faltas tipificadas en los artículos 626, 630, 632 y 633 del Código Penal, el Juez de Paz del lugar en que se hubieran cometido. También conocerán los Jueces de Paz de los juicios por faltas tipificadas en el artículo 620.1.º y 2.º, del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2 del mismo Código.

2. Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine.

3. Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido, o el Juez de lo Penal correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o el Juez Central de lo Penal en el ámbito que le es propio, sin perjuicio de la competencia del Juez de Instrucción de Guardia del lugar de comisión del delito para dictar sentencia de conformidad, o del Juez de Violencia sobre la Mujer competente en su caso, en los términos establecidos en el artículo 801.

No obstante, en los supuestos de competencia del Juez de lo Penal, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal del Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.

4. Para el conocimiento y fallo de las causas en los demás casos la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, o la Audiencia Provincial correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer en su caso, o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

No obstante, en los supuestos de competencia de la Audiencia Provincial, si el delito fuere de los atribuidos al Tribunal de Jurado, el conocimiento y fallo corresponderá a éste.

5. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer serán competentes en las siguientes materias, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en esta Ley:

a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que

se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.

b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.

c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.

d) Del conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.»

Artículo 59. Competencia territorial. Se adiciona un nuevo artículo 15 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es la siguiente:

«En el caso de que se trate de algunos de los delitos o faltas cuya instrucción o conocimiento corresponda al Juez de Violencia sobre la Mujer, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar del domicilio de la víctima, sin perjuicio de la adopción de la orden de protección, o de medidas urgentes del artículo 13 de la presente Ley que pudiera adoptar el Juez del lugar de comisión de los hechos.»

Artículo 60. Competencia por conexión. Se adiciona un nuevo artículo 17 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuya redacción es la siguiente:

«La competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer se extenderá a la instrucción y conocimiento de los delitos y faltas conexas siempre que la conexión tenga su origen en alguno de los supuestos previstos en los números 3.º y 4.º del artículo 17 de la presente Ley.»

CAPÍTULO IV

MEDIDAS JUDICIALES DE PROTECCIÓN Y DE SEGURIDAD DE LAS VÍCTIMAS

Artículo 61. Disposiciones generales. 1. Las medidas de protección y seguridad previstas en el presente capítulo serán compatibles con cualesquiera de las medidas cautelares y de aseguramiento que se pueden adoptar en los procesos civiles y penales.

2. En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciarse en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, determinando su plazo, si procediera su adopción.

Artículo 62. De la orden de protección. Recibida la solicitud de adopción de una orden de protección, el Juez de Violencia sobre la Mujer y, en su caso, el Juez de Guardia, actuarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Artículo 63. De la protección de datos y las limitaciones a la publicidad. 1. En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género se protegerá la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia.

2. Los Jueces competentes podrán acordar, de oficio o a instancia de parte, que las vistas se desarrollen a puerta cerrada y que las actuaciones sean reservadas.

Artículo 64. De las medidas de salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones. 1. El Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculcado por violencia de género

del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo.

2. El Juez, con carácter excepcional, podrá autorizar que la persona protegida concierte, con una agencia o sociedad pública allí donde la hubiere y que incluya entre sus actividades la del arrendamiento de viviendas, la permuta del uso atribuido de la vivienda familiar de la que sean copropietarios, por el uso de otra vivienda, durante el tiempo y en las condiciones que se determinen.

3. El Juez podrá prohibir al inculpado que se aproxime a la persona protegida, lo que le impide acercarse a la misma en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse a su domicilio, a su lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella.

Podrá acordarse la utilización de instrumentos con la tecnología adecuada para verificar de inmediato su incumplimiento.

El Juez fijará una distancia mínima entre el inculpado y la persona protegida que no se podrá rebasar, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

4. La medida de alejamiento podrá acordarse con independencia de que la persona afectada, o aquéllas a quienes se pretenda proteger, hubieran abandonado previamente el lugar.

5. El Juez podrá prohibir al inculpado toda clase de comunicación con la persona o personas que se indique, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal.

6. Las medidas a que se refieren los apartados anteriores podrán acordarse acumulada o separadamente.

Artículo 65. *De las medidas de suspensión de la patria potestad o la custodia de menores.* El Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, respecto de los menores a que se refiera.

Artículo 66. *De la medida de suspensión del régimen de visitas.* El Juez podrá ordenar la suspensión de visitas del inculpado por violencia de género a sus descendientes.

Artículo 67. *De la medida de suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas.* El Juez podrá acordar, respecto de los inculpados en delitos relacionados con la violencia a que se refiere esta Ley, la suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas, con la obligación de depositarlas en los términos establecidos por la normativa vigente.

Artículo 68. *Garantías para la adopción de las medidas.* Las medidas restrictivas de derechos contenidas en este capítulo deberán adoptarse mediante auto motivado en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad, y, en todo caso, con intervención del Ministerio Fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa.

Artículo 69. *Mantenimiento de las medidas de protección y seguridad.* Las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas.

CAPÍTULO V DEL FISCAL CONTRA LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

Artículo 70. *Funciones del Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer.* Se añade un artículo 18 quáter en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, con la siguiente redacción:

«1. El Fiscal General del Estado nombrará, oído el Consejo Fiscal, como delegado, un Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer, con categoría de Fiscal de Sala, que ejercerá las siguientes funciones:

a) Practicar las diligencias a que se refiere el artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, e intervenir directamente en aquellos procesos penales de especial trascendencia apreciada por el Fiscal General del Estado, referentes a los delitos por actos de violencia de género comprendidos en el artículo 87 ter.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

b) Intervenir, por delegación del Fiscal General del Estado, en los procesos civiles comprendidos en el artículo 87 ter.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

c) Supervisar y coordinar la actuación de las Secciones contra la Violencia sobre la Mujer, y recabar informes de las mismas, dando conocimiento al Fiscal Jefe de las Fiscalías en que se integren.

d) Coordinar los criterios de actuación de las diversas Fiscalías en materias de violencia de género, para lo cual podrá proponer al Fiscal General del Estado la emisión de las correspondientes instrucciones.

e) Elaborar semestralmente, y presentar al Fiscal General del Estado, para su remisión a la Junta de Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, y al Consejo Fiscal, un informe sobre los procedimientos seguidos y actuaciones practicadas por el Ministerio Fiscal en materia de violencia de género.

2. Para su adecuada actuación se le adscribirán los profesionales y expertos que sean necesarios para auxiliarlo de manera permanente u ocasional.»

Artículo 71. *Secciones contra la violencia sobre la mujer.* Se sustituyen los párrafos segundo y tercero del apartado 1 del artículo 18 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, por el siguiente texto:

«En la Fiscalía de la Audiencia Nacional y en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales, existirá una Sección de Menores a la que se encomendarán las funciones y facultades que al Ministerio Fiscal atribuye la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores y otra Sección Contra la Violencia sobre la Mujer en cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales. A estas Secciones serán adscritos Fiscales que pertenezcan a sus respectivas plantillas, teniendo preferencia aquellos que por razón de las anteriores funciones desempeñadas, cursos impartidos o superados o por cualquier otra circunstancia análoga, se hayan especializado en la materia. No obstante, cuando las necesidades del servicio así lo aconsejen podrán actuar también en otros ámbitos o materias.

En las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia y en las Audiencias Provinciales podrán existir las adscripciones permanentes que se determinen reglamentariamente.

A la Sección Contra la Violencia sobre la Mujer se atribuyen las siguientes funciones:

a) Intervenir en los procedimientos penales por los hechos constitutivos de delitos o faltas cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Intervenir directamente en los procesos civiles cuya competencia esté atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En la Sección Contra la Violencia sobre la Mujer deberá llevarse un registro de los procedimientos que se sigan relacionados con estos hechos que permitirá la consulta de los Fiscales cuando conozcan de un procedimiento de los que tienen atribuida la competencia, al efecto en cada caso procedente.»

Artículo 72. *Delegados de la Jefatura de la Fiscalía.* Se da una nueva redacción al apartado 5 del artículo 22 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, que queda redactado de la siguiente forma:

«5. En aquellas Fiscalías en las que el número de asuntos de que conociera así lo aconsejara y siempre que resultara conveniente para la organización del servicio, previo informe del Consejo Fiscal, podrán designarse delegados de la Jefatura con el fin de asumir las funciones de dirección y coordinación que le fueran específicamente encomendadas. La plantilla orgánica determinará el número máximo de delegados de la Jefatura que se puedan designar en cada Fiscalía. En todo caso, en cada Fiscalía habrá un delegado de Jefatura que asumirá las funciones de dirección y coordinación, en los términos previstos en este apartado, en materia de infracciones relacionadas con la violencia de género, delitos contra el medio ambiente, y vigilancia penitenciaria, con carácter exclusivo o compartido con otras materias.

Tales delegados serán nombrados y, en su caso, relevados mediante resolución dictada por el Fiscal General del Estado, a propuesta motivada del Fiscal Jefe respectivo, oída la Junta de Fiscalía. Cuando la resolución del Fiscal General del Estado sea discrepante con la propuesta del Fiscal Jefe respectivo, deberá ser motivada.

Para la cobertura de estas plazas será preciso, con carácter previo a la propuesta del Fiscal Jefe correspondiente, realizar una convocatoria entre los Fiscales de la plantilla. A la propuesta se acompañará relación del resto de los Fiscales que hayan solicitado el puesto con aportación de los méritos alegados.»

DISPOSICIONES ADICIONALES

Disposición adicional primera. Pensiones y ayudas. 1. Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos fuera la causante de la pensión, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

En tales casos, la pensión de viudedad que hubiera debido reconocerse incrementará las pensiones de orfandad, si las hubiese, siempre que tal incremento esté establecido en la legislación reguladora del régimen de Seguridad Social de que se trate.

Número 1 de la disposición adicional primera redactado por la disposición adicional trigésima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5 diciembre).

2. A quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, no le será abonable, en ningún caso, la pensión por orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos dentro del Sistema Público de Pensiones, salvo que, en su caso, hubiera mediado reconciliación entre aquellos.

3. No tendrá la consideración de beneficiario, a título de víctima indirecta, de las ayudas previstas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de Delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, quien fuera condenado por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la ofendida fuera su cónyuge o excónyuge o persona con la que estuviera o hubiera estado ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia.

Disposición adicional segunda. Protocolos de actuación. El Gobierno y las Comunidades Autónomas, que hayan asumido competencias en materia de justicia, organizarán en el ámbito que a cada una le es propio los servicios forenses de modo que cuenten con unidades de valoración

forense integral encargadas de diseñar protocolos de actuación global e integral en casos de violencia de género.

Disposición adicional tercera. *Modificación de la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.* Uno. Las letras b) y g) del artículo 2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedarán redactadas de la forma siguiente:

«b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

g) La formación para la paz, la cooperación y la solidaridad entre los pueblos y para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Dos. Se incorporan tres nuevas letras en el apartado 1 del artículo 31 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, que quedarán redactadas de la forma siguiente:

«k) Las organizaciones de mujeres con implantación en todo el territorio del Estado.

l) El Instituto de la Mujer.

m) Personalidades de reconocido prestigio en la lucha para la erradicación de la violencia de género.»

Tres. La letra e) del apartado 1 del artículo 32 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedará redactada de la forma siguiente:

«e) Las disposiciones que se refieran al desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y al fomento de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en la enseñanza.»

Cuatro. El apartado 1 del artículo 33 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedará redactado de la forma siguiente:

«1. El Consejo Escolar del Estado elaborará y hará público anualmente un informe sobre el sistema educativo, donde deberán recogerse y valorarse los diversos aspectos del mismo, incluyendo la posible situación de violencia ejercida en la comunidad educativa. Asimismo se informará de las medidas que en relación con la prevención de violencia y fomento de la igualdad entre hombres y mujeres establezcan las Administraciones educativas.»

Cinco. Se incluye un nuevo séptimo guión en el apartado 1 del artículo 56 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, con la siguiente redacción:

«- Una persona, elegida por los miembros del Consejo Escolar del Centro, que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres.»

Seis. Se adiciona una nueva letra m) en el artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, con la siguiente redacción:

«m) Proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Disposición adicional cuarta. *Modificación de la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo.* Uno. Se modifica la letra b) del apartado 1 del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedará redactado de la siguiente forma:

«b) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.»

Dos. Se modifica la letra e) y se añade la letra l) en el apartado 3 del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedarán redactadas de la siguiente forma:

«e) El fomento de los hábitos de comportamiento democrático y las habilidades y técnica en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos.

l) La formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Tres. Se modifica el apartado 3 del artículo 34 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, que quedará redactada de la siguiente forma:

«3. La metodología didáctica de la formación profesional específica promoverá la integración de contenidos científicos, tecnológicos y organizativos. Asimismo, favorecerá en el alumno la capacidad para aprender por sí mismo y para trabajar en equipo, así como la formación en la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Disposición adicional quinta. *Modificación de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación.* Uno. Se adiciona una nueva letra b), con el consiguiente desplazamiento de las actuales, y tres nuevas letras n), ñ) y o) en el artículo 1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«b) La eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres.

n) La formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

ñ) La formación para la prevención de conflictos y para la resolución pacífica de los mismos y no violencia en todos los ámbitos de la vida personal familiar y social.

o) El desarrollo de las capacidades afectivas.»

Dos. Se adicionan dos nuevas letras e) y f), con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 12 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«e) Ejercitarse en la prevención de los conflictos y en la resolución pacífica de los mismos.

f) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Tres. Se adicionan tres nuevas letras b), c) y d), con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 15 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«b) Adquirir habilidades en la prevención de conflictos y en la resolución pacífica de los mismos que permitan desenvolverse con autonomía en el ámbito familiar y doméstico, así como en los grupos sociales en los que se relacionan.

c) Comprender y respetar la igualdad entre sexos.

d) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Cuatro. Se adicionan tres nuevas letras b), c) y d), con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 22 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«b) Conocer, valorar y respetar la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres.

c) Relacionarse con los demás sin violencia, resolviendo pacíficamente los conflictos.

d) Desarrollar sus capacidades afectivas.»

Cinco. Se modifica la letra f) del apartado 1 y se añade un nuevo apartado 5 en el artículo 23 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactado de la forma siguiente:

«1. f) Ética e igualdad entre hombres y mujeres.»

«5. La asignatura de Ética incluirá contenidos específicos sobre la igualdad entre hombres y mujeres.»

Seis. Se adicionan dos nuevas letras b) y c), con el consiguiente desplazamiento de las actuales, en el apartado 2 del artículo 34 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«b) Consolidar una madurez personal, social y moral, que les permita actuar de forma responsable, autónoma y prever y resolver pacíficamente los conflictos personales, familiares y sociales.

c) Fomentar la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres y analizar y valorar críticamente las desigualdades entre ellos.»

Siete. Se adiciona un nuevo apartado 3 en el artículo 40 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«3. Con el fin de promover la efectiva igualdad entre hombres y mujeres, las Administraciones educativas velarán para que todos los currículos y los materiales educativos reconozcan el igual valor de hombres y mujeres y se elaboren a partir de presupuestos no discriminatorios para las mujeres. Asimismo, deberán fomentar el respeto en la igualdad de derechos y obligaciones.»

Ocho. Se adicionan dos nuevas letras e) y f) en el apartado 2 del artículo 52 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el siguiente contenido:

«e) Desarrollar habilidades en la resolución pacífica de los conflictos en las relaciones personales, familiares y sociales.

f) Fomentar el respeto a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres.»

Nueve. Se modifica la letra d) del artículo 56 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactada de la forma siguiente:

«d) La tutoría del alumnado para dirigir su aprendizaje, transmitirles valores y ayudarlos, en colaboración con los padres, a superar sus dificultades y resolver pacíficamente sus conflictos.»

Diez. Se adiciona una nueva letra g), con el consiguiente desplazamiento de la letra g) actual que pasará a ser una nueva letra h), en el apartado 2 del artículo 81 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, con el contenido siguiente:

«g) Una persona que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, residente en la ciudad donde se halle emplazado el centro y elegida por el Consejo Escolar del centro.»

Once. Se modifica la letra k) en el apartado 1 del artículo 82 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactado de la forma siguiente:

«k) Proponer medidas e iniciativas que favorezcan la convivencia en el centro, la igualdad entre hombres y mujeres y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social.»

Doce. Se añade una nueva letra g) al apartado 1 del artículo 105 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, que queda redactada de la forma siguiente:

«g) Velar por el cumplimiento y aplicación de las medidas e iniciativas educativas destinadas a fomentar la igualdad real entre mujeres y hombres.»

Disposición adicional sexta. *Modificación de la Ley General de Publicidad.* Uno. Se modifica el artículo 3, letra a), de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que quedará redactado de la siguiente forma:

«Es ilícita:

a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado

4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género.»

Dos. Se adiciona un nuevo apartado 1 bis en el artículo 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el contenido siguiente:

«1 bis. Cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, podrán solicitar del anunciante su cesación y rectificación:

- a) La Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) Los titulares de un derecho o interés legítimo.»

Tres. Se adiciona una disposición adicional a la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, con el contenido siguiente:

«La acción de cesación cuando una publicidad sea considerada ilícita por afectar a la utilización vejatoria o discriminatoria de la imagen de la mujer, se ejercitará en la forma y en los términos previstos en los artículos 26 y 29, excepto en materia de legitimación que la tendrán, además del Ministerio Fiscal, las personas y las Instituciones a que se refiere el artículo 25.1 bis de la presente Ley.»

Disposición adicional séptima. *Modificación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.*

Uno. Se introduce un nuevo apartado 7 en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«7. La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.»

Dos. Se introduce un nuevo apartado 3 bis) en el artículo 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«3 bis) La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo.

En tales supuestos, la empresa estará obligada a comunicar a la trabajadora las vacantes existentes en dicho momento o las que se pudieran producir en el futuro.

El traslado o el cambio de centro de trabajo tendrán una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tendrá la obligación de reservar el puesto de trabajo que anteriormente ocupaba la trabajadora.

Terminado este período, la trabajadora podrá optar entre el regreso a su puesto de trabajo anterior o la continuidad en el nuevo. En este último caso, decaerá la mencionada obligación de reserva.»

Tres. Se introduce una nueva letra n) en el artículo 45, apartado 1, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el contenido siguiente:

«n) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.»

Cuatro. Se introduce un nuevo apartado 6, en el artículo 48 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«6. En el supuesto previsto en la letra n) del apartado 1 del artículo 45, el período de suspensión tendrá una duración inicial que no podrá exceder de seis meses, salvo que de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiriese la continuidad de la suspensión, En este caso, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.»

Cinco. Se introduce una nueva letra m) en el artículo 49, apartado 1, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el contenido siguiente:

«m) Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.»

Seis. Se modifica el párrafo segundo de la letra d) del artículo 52 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«No se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de salud, según proceda.»

Siete. Se modifica la letra b) del apartado 5 del artículo 55, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, con el siguiente contenido:

«b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta la del comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); la de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4 y 5 del artículo 37 de esta Ley, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 de la misma; y la de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta Ley.»

Disposición adicional octava. *Modificación de la Ley General de la Seguridad Social.* Uno. Se añade un apartado 5 en el artículo 124 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«5. El período de suspensión con reserva del puesto de trabajo, contemplado en el artículo 48.6 del Estatuto de los Trabajadores, tendrá la consideración de período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo.»

Dos. Se modifica la letra e) del apartado 1.1, así como el apartado 1.2 del artículo 208 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«1.1.e). Por resolución voluntaria por parte del trabajador, en los supuestos previstos en los artículos 40, 41.3, 49.1.m) y 50 del Estatuto de los Trabajadores.

1.2. Cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo, o de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, o en el supuesto contemplado en la letra n), del apartado 1 del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores.»

Tres. Se modifica el apartado 2 del artículo 210 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«2. A efectos de determinación del período de ocupación cotizada a que se refiere el apartado anterior se tendrán en cuenta todas las cotizaciones que no hayan sido computadas para el reconocimiento de un derecho anterior, tanto de nivel contributivo como asistencial. No obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del Estatuto de los Trabajadores.

No se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del Estatuto de los Trabajadores, tal como establece el artículo 124.5 de esta Ley.»

Cuatro. Se modifica el apartado 2 del artículo 231 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«2. A los efectos previstos en este título, se entenderá por compromiso de actividad el que adquiera el solicitante o beneficiario de las prestaciones de buscar activamente empleo, aceptar una colocación adecuada y participar en acciones específicas de motivación, información, orientación, formación, reconversión o inserción profesional para incrementar su ocupabilidad, así como de cumplir las restantes obligaciones previstas en este artículo.

Para la aplicación de lo establecido en el párrafo anterior el Servicio Público de Empleo competente tendrá en cuenta la condición de víctima de violencia de género, a efectos de atemperar, en caso necesario, el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del compromiso suscrito.»

Cinco. Se introduce una nueva disposición adicional en la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, con el siguiente contenido:

«DISPOSICIÓN ADICIONAL CUADRAGÉSIMA SEGUNDA.

Acreditación de situaciones legales de desempleo. La situación legal de desempleo prevista en los artículos 208.1.1.e) y 208.1.2 de la presente Ley, cuando se refieren, respectivamente, a los artículos 49.1 m) y 45.1 n) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se acreditará por comunicación escrita del empresario sobre la extinción o suspensión temporal de la relación laboral, junto

con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.»

Disposición adicional novena. *Modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública.* Uno. El apartado 3 del artículo 1 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, tendrá la siguiente redacción:

«3. Se consideran bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18.^a de la Constitución, y en consecuencia aplicables al personal de todas las Administraciones Públicas, los siguientes preceptos: artículos: 3.2.e) y f); 6; 7; 8; 11; 12; 13.2, 3 y 4; 14.4 y 5; 16; 17; 18.1 a 5; 19.1 y 3; 20.1.a), b), párrafo primero, c), e), g) en sus párrafos primero a cuarto, e i), 2 y 3; 21; 22.1, a excepción de los dos últimos párrafos; 23; 24; 25; 26; 29, a excepción del último párrafo de sus apartados 5, 6 y 7; 30.5; 31; 32; 33; disposiciones adicionales tercera, 2 y 3, cuarta, duodécima y decimoquinta; disposiciones transitoria segunda, octava y novena.»

Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 17 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.

«3. En el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, tendrán especial consideración los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género.»

Tres. Se añade una letra i) al apartado 1 del artículo 20 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con el siguiente contenido:

«i) La funcionaria víctima de violencia sobre la mujer que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala y de análogas características que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión. En tales supuestos la Administración Pública competente en cada caso estará obligada a comunicarle las vacantes de necesaria provisión ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.»

Cuatro. Se añade un nuevo apartado 8 en el artículo 29 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, con el siguiente contenido:

«8. Excedencia por razón de violencia sobre la mujer funcionaria.

Las funcionarias públicas víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin necesidad de haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que resulte de aplicación ningún plazo de permanencia en la misma. Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos.

Esto no obstante, cuando de las actuaciones de tutela judicial resultase que la efectividad del derecho de protección de la víctima lo exigiere, se podrá prorrogar por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho, el periodo en el que, de acuerdo con el párrafo anterior, se tendrá derecho a la reserva del puesto de trabajo, con idénticos efectos a los señalados en dicho párrafo.»

Cinco. Se añade un nuevo apartado 5 al artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública con el siguiente contenido:

«5. En los casos en los que las funcionarias víctimas de violencia de género tuvieran que ausentarse por ello de su puesto de trabajo, estas faltas de asistencia, totales o parciales, tendrán la consideración de justificadas por el tiempo y en las condiciones en que así lo determinen los servicios sociales de atención o salud, según proceda.

Las funcionarias víctimas de violencia sobre la mujer, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional de la retribución, o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que sean aplicables, en los términos que para estos supuestos establezca la Administración Pública competente en cada caso.»

Disposición adicional décima. *Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* Uno. Se modifica el apartado segundo del artículo 26 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 26. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria.»

Dos. Se modifica la rúbrica del capítulo V del título IV del libro I de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactada de la siguiente forma:

«Capítulo V

DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN, DE LO MERCANTIL, DE LO PENAL, DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER, DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO, DE LO SOCIAL, DE VIGILANCIA PENITENCIARIA Y DE MENORES.»

Tres. Se modifica el apartado 1 del artículo 87 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Artículo 87. 1. Los Juzgados de Instrucción conocerán, en el orden penal:

a) De la instrucción de las causas por delito cuyo enjuiciamiento corresponda a las Audiencias Provinciales y a los Juzgados de lo Penal, excepto de aquellas causas que sean competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

b) Les corresponde asimismo dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la Ley.

c) Del conocimiento y fallo de los juicios de faltas, salvo los que sean competencia de los Jueces de Paz, o de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

d) De los procedimientos de *habeas corpus*.

e) De los recursos que establezca la ley contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz del partido y de las cuestiones de competencia entre éstos.

f) De la adopción de la orden de protección a las víctimas de violencia sobre la mujer cuando esté desarrollando funciones de guardia, siempre que no pueda ser adoptada por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer.»

Tres bis. Se adiciona un nuevo párrafo en el apartado 2, del artículo 89 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el contenido siguiente:

«A fin de facilitar el conocimiento de los asuntos instruidos por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y atendiendo al número de asuntos existentes, deberán especializarse uno o varios Juzgados en cada provincia, de conformidad con lo previsto en el artículo 98 de la presente Ley.»

Cuatro. Se modifica el apartado 1 del artículo 210 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«1. Los Jueces de Primera Instancia y de Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de Violencia sobre la Mujer, de lo Contencioso-Administrativo, de Menores y de lo Social se sustituirán entre

sí en las poblaciones donde existan varios del mismo orden jurisdiccional, en la forma que acuerde la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, a propuesta de la Junta de Jueces.»

Cinco. Se adiciona un nuevo párrafo en el apartado 3 en el artículo 211 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que queda redactado de la siguiente forma:

«Los Jueces de Violencia sobre la Mujer serán sustituidos por los Jueces de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción, según el orden que establezca la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia respectivo.»

Disposición adicional undécima. *Evaluación de la aplicación de la Ley.* El Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas, a los tres años de la entrada en vigor de esta Ley Orgánica elaborará y remitirá al Congreso de los Diputados un informe en el que se hará una evaluación de los efectos de su aplicación en la lucha contra la violencia de género.

Disposición adicional duodécima. *Modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.* Se añade una disposición adicional cuarta a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el contenido siguiente:

«1. Las referencias que se hacen al Juez de Instrucción y al Juez de Primera Instancia en los apartados 1 y 7 del artículo 544 ter de esta Ley, en la redacción dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.

2. Las referencias que se hacen al Juez de Guardia en el título III del libro IV, y en los artículos 962 a 971 de esta Ley, se entenderán hechas, en su caso, al Juez de Violencia sobre la Mujer.»

Disposición adicional decimotercera. *Dotación del Fondo.* Con el fin de coadyuvar a la puesta en funcionamiento de los servicios establecidos en el artículo 19 de esta Ley, y garantizar la equidad interterritorial en su implantación, durante los dos años siguientes a la entrada en vigor de esta Ley se dotará un Fondo al que podrán acceder las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los criterios objetivos que se determinen en la respectiva Conferencia Sectorial. Ello, no obstante, la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra se regirán, en estos aspectos financieros, por sus regímenes especiales de Concerto Económico y de Convenio.

Las Comunidades Autónomas, en uso de sus competencias, durante el año siguiente a la aprobación de esta Ley, realizarán un diagnóstico conjuntamente con las Administraciones Locales, sobre el impacto de la violencia de género en su Comunidad, así como una valoración de necesidades, recursos y servicios necesarios, para implementar el artículo 19 de esta Ley.

La dotación del Fondo se hará de conformidad con lo que dispongan las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Disposición adicional decimocuarta. *Informe sobre financiación.* Sin perjuicio de la responsabilidad financiera de las Comunidades Autónomas, conforme a lo establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, los Ministerios competentes, a propuesta de los órganos interterritoriales correspondientes, elaborarán informes sobre las repercusiones económicas de la aplicación de esta Ley. Dichos informes serán presentados al Ministerio de Economía y Hacienda que los trasladará al Consejo de Política Fiscal y Financiera.

Disposición adicional decimoquinta. *Convenios en materia de vivienda.* Mediante convenios con las Administraciones competentes, el Gobierno podrá promover procesos específicos de adjudicación de viviendas protegidas a las víctimas de violencia de género.

Disposición adicional decimosesta. *Coordinación de los Servicios Públicos de Empleo.* En el desarrollo de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, se tendrá en cuenta la necesaria coordinación de los Servicios Públicos de Empleo, para facilitar el acceso al mercado de trabajo de las víctimas de violencia de género cuando, debido al ejercicio del derecho de movilidad geográfica, se vean obligadas a trasladar su domicilio y el mismo implique cambio de Comunidad Autónoma.

Disposición adicional decimoséptima. *Escolarización.* Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para garantizar la escolarización inmediata de los hijos en el supuesto de cambio de residencia motivados por violencia sobre la mujer.

Véase O. [EXTREMADURA] 6 febrero 2006 por la que se regula el proceso de escolarización del alumnado de educación infantil, primaria y secundaria, en centros sostenidos con fondos públicos para el curso escolar 2006-2007 (DOE 16 febrero).

Disposición adicional decimoctava. *Planta de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.* Se añade un anexo XIII a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, cuyo texto se incluye como anexo a la presente Ley Orgánica.

Véase Acuerdo de 22 junio de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, complementario del adoptado el 27 de abril de 2005, de compatibilización del conocimiento con carácter exclusivo de la materia relativa a la violencia sobre la mujer con el resto de las materias correspondientes al orden civil y penal en determinados Juzgados de Instrucción o de Primera Instancia e Instrucción (BOE 28 junio).

Disposición adicional decimonovena. *Fondo de garantía de pensiones.* El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendrá en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género.

Disposición adicional vigésima. *Cambio de apellidos.* El artículo 58 de la Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957, queda redactado de la siguiente forma:

«2. Cuando se den circunstancias excepcionales, y a pesar de faltar los requisitos que señala dicho artículo, podrá accederse al cambio por Real Decreto a propuesta del Ministerio de Justicia, con audiencia del Consejo de Estado. En caso de que el solicitante de la autorización del cambio de sus apellidos sea objeto de violencia de género y en cualquier otro supuesto en que la urgencia de la situación así lo requiriera podrá accederse al cambio por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados por el Reglamento.»

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Disposición transitoria primera. *Aplicación de medidas.* Los procesos civiles o penales relacionados con la violencia de género que se encuentren en tramitación a la entrada en vigor de la presente Ley continuarán siendo competencia de los órganos que vinieran conociendo de los mismos hasta su conclusión por sentencia firme.

Disposición transitoria segunda. *Derecho transitorio.* En los procesos sobre hechos contemplados en la presente Ley que se encuentren en tramitación a su entrada en vigor, los Juzgados o Tribunales que los estén conociendo podrán adoptar las medidas previstas en el capítulo IV del título V.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA ÚNICA

Quedan derogadas cuantas normas, de igual o inferior rango, se opongan a lo establecido en la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera. *Referencias normativas.* Todas las referencias y menciones contenidas en las leyes procesales penales a los Jueces de Instrucción deben también entenderse referidas a los Jueces de Violencia sobre la Mujer en las materias propias de su competencia.

Disposición final segunda. *Habilitación competencial.* La presente Ley se dicta al amparo de lo previsto en el artículo 149.1, 1.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a, 17.^a, 18.^a y 30.^a de la Constitución Española.

Disposición final tercera. *Naturaleza de la presente Ley.* La presente Ley tiene el carácter de Ley Orgánica, a excepción de los siguientes preceptos: título I, título II, título III, artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 70, 71, 72, así como las disposiciones adicionales primera, segunda, sexta, séptima, octava, novena, undécima, decimotercera, decimoquinta, decimosexta, decimoséptima, decimooctava, decimonovena y vigésima, la disposición transitoria segunda y las disposiciones finales cuarta, quinta y sexta.

Disposición final cuarta. *Habilitación normativa.* 1. Se habilita al Gobierno para que dicte, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de esta Ley en el «Boletín Oficial del Estado», las disposiciones que fueran necesarias para su aplicación.

A través del Ministerio de Justicia se adoptarán en el referido plazo las medidas necesarias para la implantación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, así como para la adecuación de la estructura del Ministerio Fiscal a las previsiones de la presente Ley.

2. En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica el Consejo General del Poder Judicial dictará los reglamentos necesarios para la ordenación de los señalamientos, adecuación de los servicios de guardia a la existencia de los nuevos Juzgados de Violencia sobre la Mujer, y coordinación de la Policía Judicial con los referidos Juzgados.

Disposición final quinta. *Modificaciones reglamentarias.* El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la aprobación de esta Ley, procederá a la modificación del artículo 116.4 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, estableciendo la obligatoriedad para la Administración Penitenciaria de realizar los programas específicos de tratamiento para internos a que se refiere la presente Ley. En el mismo plazo se procederá a modificar el Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ayudas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, y el Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita.

En el plazo mencionado en el apartado anterior, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, adaptarán su normativa a las previsiones contenidas en la presente Ley.

Disposición final sexta. *Modificación de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.* Se modifica el apartado 5 del artículo 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Gratuita, que quedará redactado como sigue:

«5. Tampoco será necesario que las víctimas de violencia de género acrediten previamente carecer de recursos cuando soliciten defensa jurídica gratuita especializada, que se les prestará de

inmediato, sin perjuicio de que si no se le reconoce con posterioridad el derecho a la misma, éstas deban abonar al abogado los honorarios devengados por su intervención.»

Disposición final séptima. *Entrada en vigor.* La presente Ley Orgánica entrará en vigor a los treinta días de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», salvo lo dispuesto en los títulos IV y V, que lo hará a los seis meses.

Véase Acuerdo de 25 de mayo de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, para que las Secciones Penales o Mixtas de las Audiencias Provinciales asuman con carácter exclusivo el conocimiento de las materias de violencia sobre la mujer (BOE 21 junio).

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley orgánica.

ANEXO

«ANEXO XIII
Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Andalucía				
Almería.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
Cádiz.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	Servido por Magistrado.
	8	-	1	
	9	-	1	Servido por Magistrado.

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
	15	-	1	
Córdoba.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
Granada.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
Huelva.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	5	-	1	
	6	-	1	
Jaén.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
Málaga.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
Sevilla.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	1	-	
	7	-	1	

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
	13	-	1	
	14	-	1	
	15	-	1	
Aragón				
Huesca.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
Teruel.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Zaragoza.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Asturias				
Asturias.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
	15	-	1	
	16	-	1	
	17	-	1	
	18	-	1	
Illes Balears				
Illes Balears.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	
	7	-	1	
Canarias				
Las Palmas.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	1	-	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	8	-	1	
Santa Cruz de Tenerife.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	Servido por Magistrado.
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
Cantabria				
Cantabria.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
Castilla y León				
Ávila.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Burgos.				
	1	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
León.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Palencia.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Salamanca.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
Segovia.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
Soria.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
Valladolid.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Zamora.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
Castilla-La Mancha				
Albacete.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Ciudad Real.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
Cuenca.				
	1	-	1	
	2	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	3	-	1	
	4	-	1	
Guadalajara.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Toledo.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Cataluña				
Barcelona.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	2	-	
	12	-	1	
	13	-	1	Servido por Magistrado.
	14	-	1	
	15	-	1	Servido por Magistrado.
	16	-	1	Servido por Magistrado.
	17	-	1	Servido por Magistrado.

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	18	-	1	Servido por Magistrado.
	19	-	1	Servido por Magistrado.
	20	-	1	
	21	-	1	Servido por Magistrado.
	22	-	1	
	23	-	1	
	24	-	1	Servido por Magistrado.
	25	-	1	Servido por Magistrado.
Girona.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
Lleida.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
Tarragona.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	7	-	1	
	8	-	1	
Comunidad Valenciana				
Alicante/Alacant.				
	1	-	1	Servido por Magistrado.
	2	-	1	
	3	1	-	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.
	9	-	1	Servido por Magistrado.
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	Servido por Magistrado.
Castellón/Castelló.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
Valencia.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	1	-	
	7	-	1	
	8	-	1	Servido por Magistrado.

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	Servido por Magistrado.
	15	-	1	
	16	-	1	
	17	-	1	
	18	-	1	
Extremadura				
Badajoz.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
Cáceres.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	-	1	

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	7	-	1	
Galicia				
A Coruña.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
	14	-	1	
Lugo.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
Ourense.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
Pontevedra.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	Servido por Magistrado.
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
	12	-	1	
	13	-	1	
Madrid				
Madrid.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	Servido por Magistrado.
	6	-	1	Servido por Magistrado.
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	Servido por Magistrado.
	10	-	1	Servido por Magistrado.
	11	2	-	
	12	-	1	Servido por Magistrado.
	13	-	1	Servido por Magistrado.

§ 13. LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	14	-	1	Servido por Magistrado.
	15	-	1	Servido por Magistrado.
	16	-	1	Servido por Magistrado.
	17	-	1	Servido por Magistrado.
	18	-	1	Servido por Magistrado.
	19	-	1	Servido por Magistrado.
	20	-	1	
	21	-	1	
Murcia				
Murcia.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	-	1	Servido por Magistrado.
	5	-	1	
	6	1	-	
	7	-	1	
	8	-	1	
	9	-	1	
	10	-	1	
	11	-	1	
Navarra				
Navarra.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
País Vasco				
Álava.				
	1	-	1	
	2	-	1	
Guipúzcoa.				

Medidas de protección integral contra la violencia de género

Provincia	Partido judicial número	Exclusivos	Compatibles	Categoría del titular
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
	4	-	1	
	5	-	1	
	6	-	1	
Vizcaya.				
	1	-	1	
	2	-	1	Servido por Magistrado.
	3	-	1	
	4	1	-	
	5	-	1	
	6	-	1	Servido por Magistrado.
La Rioja				
La Rioja.				
	1	-	1	
	2	-	1	
	3	-	1	
Ciudad de Ceuta				
Ceuta.				
	12	-	1	Servido por Magistrado.
Ciudad de Melilla				
Melilla.	8	-	1	Servido por Magistrado.
Total nacional		14	421»	

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Abandono

- Colectivo de un servicio público promovido por autoridad o funcionario, 409.
- De animales, 631.
- De destino
 - No ejecución de penas, 407.2.
 - No persecución de delitos, 407.1.
- De domicilio, 224.
- De familia
 - Impago de pensiones, 227.
 - Necesidad de denuncia, 228.
 - Tipo, 226.
- De jeringuillas, 630.
- De Jurado, § 6.
- De menor o incapaz
 - Delito, 229-233.
 - Falta, 618.
- De servicio público, 409.
- De servicio sanitario, 196.
- Voluntario de actividades delictivas
 - En delitos relacionados con el tráfico de drogas, 376.
 - En terrorismo, 579.

Abogado

- Deslealtad profesional
 - Asistencia al contrario, 467.1.
 - Perjuicio al cliente, 467.2.
- Del Estado, delitos contra la Hacienda Pública, 305 y 308.
- No comparece en proceso criminal con reo en prisión preventiva, 463.
- Obstrucción a la Justicia, 463.
- Ocultación de actuaciones judiciales, 465.1.

Perjudica los intereses que le fueron encomendados, 467.
Presentación en juicio de testigos falsos, peritos, intérpretes y documentos, 461.3, 304, 307.
Revelación de actuaciones procesales secretas, 466.1.

Abono

De los deterioros del bien en responsabilidad civil, 111.
De prisión o privación de derechos preventivos, 58 y 59.
Del cumplimiento de medida de seguridad, 99.

Aborto

Amenaza de, 169.
Causado por la mujer, 145.2.
Con consentimiento, 145.1.
Delito de, 144 a 146.
Por imprudencia, 146.
Privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, 57.
Sin consentimiento u obtenido mediante engaño, violencia o amenaza, 144.

Abstención de acusar, 171.3.

Abstinencia, síndrome de, 20.2.º.

Abuso

De autoridad, 187.
De cargo
 Contra la integridad moral, 175.
 De facultativo, 369.
 Estafa, 438.
 Medidas de seguridad, 107.
 Torturas, 174.
De circunstancias personales de la víctima en hurto, 235.
De confianza, 22.6.^a
De firma, 250.4.^a
De firma en blanco, 292.
De funcionarios en el ejercicio de su función, solicitud sexual, 443, 444.
De funciones públicas, 451.
De relaciones personales en la estafa, 250.
De situación de necesidad, 188, 311, 315.
De superioridad, 22.2.^a
 En obtención de consentimiento en abusos sexuales, 181.3.º.
 En prostitución, 188.

Abuso sexual

Acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal, 182 y 183.2.
Con violencia e intimidación, 181.1.
Delito de, 181 a 183.
Mayor de 13 años y menor de 16 años con engaño, 183.

Menores de 13 años, 181.2.
 Necesidad de denuncia, 191.
 Persona vulnerable por edad, etc., 182.2.
 Personas privadas de sentido, 181.2.
 Prevalimiento de parentesco, 182.1.
 Prevalimiento de superioridad, 181.3.
 Tipo básico, 181.1.

Acción

Civil

Derivada del delito, 80, 109 a 126, 193, 260, 272 y 383.
 Renuncia, 109.2.
 Penal, 1, 10, 12, 215 y 267.

Acoso sexual

Acoso y edad o enfermedad, 184.3.
 Acoso y prevalimiento, 184.2.
 Tipo básico, 184.1.

Acreedores

Insolvencias punibles, 257 y ss.

Acuerdo

Abusivo, 291.
 Lesivo, 292.

Acusación falsa, 456.

Acusador privado, 124, 126.

Administradores

De bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, 435.3.
 De personas jurídicas, 31, 318.
 De una organización
 En blanqueo de capitales, 302.
 En inmigración clandestina, 318 bis.
 Que dispongan fraudulentamente de bienes de la sociedad, 295.
 Que falseen cuentas anuales, 290.
 Que impidan el ejercicio de derechos de socios, 293.
 Que impidan la actuación de órganos inspectores, 294.

Aeronave

Ley penal y procesal, § 5.
 En conflicto armado
 El que destruya o dañe innecesariamente o sin dar tiempo para proveer la seguridad de las personas, 611.

Militares

- Daños, destrucción o inutilización, 265, 611.2.º
- Facilitamiento de toma, 582.1.
- Suministro a tropas enemigas, 583.2.º
- Uso en tráfico de drogas, 370.

Agravantes

- Comunicables y no comunicables, 65.
- De los incendios forestales, 353.
- Del Atentado, 552.
- Del delito de estafa, 250.
- Del tráfico de drogas, 369, 370.
- Efectos penológicos
 - Agravante de reincidencia, 66.1, regla 4.ª.
 - Con atenuantes, 66.1, regla 7.ª.
 - En multa, 52.
 - Inherentes al delito, 67.
 - Más de dos, 66.1, regla 3.ª.
 - Sólo una o dos, 66.1, regla 2.ª.
- En delito de genocidio, 607.
- En delitos contra jefes de estado o persona internacionalmente protegida, 605.
- En delitos contra la Corona, 485.3.
- Listado, 22.

Agraviado

- Indemnización de perjuicios materiales y morales, 113.
- Parentesco, 23.
- Previa denuncia en
 - Abandono de familia, 228.
 - Agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.1.
 - Daños, 267.
 - Delitos societarios, 296.1.
 - Descubrimiento y revelación de secretos, 201.1.
 - Impago de pensiones, 228.
 - Relativos al mercado y los consumidores, 287.1.

Agresión sexual

- Acceso carnal e introducción bucal o anal, 179.
- Cometido en grupo, 180.2.º.
- Concurrencia de diversas circunstancias de agravación, 180.2.
- Con violencia o intimidación degradante, 180.1.º.
- Prevalimiento de parentesco o superioridad, 180.4.º.
- Tipo básico, 178.
- Uso de armas o medios peligrosos, 180.5.º.
- Víctima vulnerable por edad o enfermedad, 180.3.º.

Agua

Captación de, 325.1.
Contaminación de, 325.1.
Daños en conducciones o transmisiones de, 560.3.
Defraudación de, 255, 623.
Distracción de, 247.
Emisiones ionizantes en, 325.2.
Envenenamiento o adulteración, 365.
Extracción en período de restricciones, 326.f).
Interrupción del suministro cometiendo estrago, 346.

Alarma

Afirmación falsa de existencia de aparatos explosivos, 561.

Alcohol

Altas tasas en sangre de conductor, 381.

Alcoholemia

Negativa a someterse a la prueba, 380.

Alcoholismo, 20.2.º, 21.2.º, 87.

Alevosía

Agravante genérica, concepto, 22.1.^a.
Asesinato, 139.1.^a.

Alimentos

Adulteración de, 364.
Delitos relativos a la manipulación de, 363.
Impago, 227, 618.
Pronunciamientos en Sentencias por delitos contra la libertad sexual, 193.

Allanamiento de morada

Con violencia o intimidación, 202.2, 203.2.
Delito de, 202 a 204, 490 y 635.
De personas jurídicas
Falta, 635.
Por funcionario, 204.
Por particular, 203.
En delitos contra la Corona, 490.1.

Alteración

De alimentos, 363.
De aparatos automáticos de cómputo de consumo, 283.

- De edificios singularmente protegidos, 321, 322.
- De genotipo, 159.
- De la percepción, 20.3.º, 103, 105 a 108, 118, 119, Disposición Adicional Primera.
- De la personalidad por organización, 515.3.º.
- De lindes, 246.
- De medicamentos, 362.
- De paternidad, 220.
- De precios
 - De materias primas o productos de primera necesidad, 281.
 - De productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles objeto de contratación, 284.
 - Del hábitat de flora amenazada, 332.
 - En concursos y subastas públicas, 262.
- Del orden mediante afirmación falsa de existencia de aparatos explosivos, 561.
- Fraudulenta y comercialización de equipos de telecomunicaciones, 286.2.
- Psíquica
 - Eximente, 20.1.º.
 - Medida de seguridad, 101.

Alzamiento

- De bienes, 257 y 258.
- Postconcurzal, 259.

Amenazas

- A instituciones del Estado, 504.
- A una persona, 169.
- A un grupo, 170.
- Al Ejército y Fuerzas de Seguridad, 504.2.
- Al Gobierno de la nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o al Consejo del Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, 504.1.
- Con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, 577.
- De mal que no sea delito, 171.1.
- De mal que sea delito, 170.
- De revelar hechos íntimos, 171.2.
- De revelar la comisión de delito, 171.3.
- Delitos contra la familia real, 490.2.
- En conflicto armado, a la población civil, para atemorizarla, 611.1.º.
- Falta, 620.
- Para alejar a postores de concurso público, 262.
- Por escrito, 169.1.º, párr. 2.
- Terrorismo, 572.1.3.º.

Analogía, 4.1, 21.6.^a y 72.

Animales

- Administración a animales con destino humano sustancias no permitidas, 364.2.1.º.

Custodia de feroces y dañinos, 631.

Despacho de carnes o productos de animales de abasto sin respetar los períodos de espera establecidos, 364.2.3.º.

Domésticos, maltrato, 337 y 632.

Sacrificio de animales de abasto a los que se ha suministrado sustancias que generen grave riesgo para la salud humana, 362.2.2.º.

Anomalía psíquica, 20.1.º, 101, 105 a 108, 118, 119, Disposición Adicional Primera.

Antecedentes penales

Cancelación, 136.1 y 5.

Cancelación, cómputo del plazo, 136.3.

Cancelación, requisitos, 136.2.

Expendición de certificaciones, 136.4.

Medidas de seguridad, cancelación, 137.

Suspensión ejecución penas, 81.1.ª, 82 y 85.

Apertura

A distancia, mandos o instrumentos, llaves falsas, 239.

De correspondencia, 197, 535, 603.

De pozos o excavaciones infringiendo normas de seguridad y poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física de las personas o el medio ambiente, 350.

Fuera de horario de, para locales públicos

Allanamiento, 203.1.

Negativa a marcharse, 635.

Apología

Concepto, 18.1.

Genocidio, 607.2.

Punición, 18.2.

Apropiación indebida

Actos preparatorios, 269.

De cosa perdida, 253.

De cosa recibida indebidamente, 254.

Falta, 623.4.

Por funcionario público, 438.

Tipo, 252.

Archivos

Daños en, 323, 324.

Personas encargadas de, que revelaren secretos, 197.4.

Armas

Amenaza leve con, 620. 1.º.

Biológicas, 160, 566.1 1.ª.

- Conceptos, 567.
- Cortas, 564.1.º.
- Depósitos de, 567, 569, 573.
- En
 - Acceso a órganos legislativos para presentar peticiones, 495.
 - Agresiones sexuales, 180.5.^a.
 - Atentados contra la Autoridad, 552.1.^a.
 - Realización arbitraria del propio derecho, 455.
 - Rebelión, 473, 480.2.
 - Reuniones o manifestaciones ilícitas, 513.2.º, portadores, 514.2.
 - Robo con violencia o intimidación, 242.2.
 - Tráfico de drogas, 369.
- Fabricación, comercialización, depósito y tráfico no autorizado, 566.
- Falta de intención de usar el, 565.
- Favorecer el progreso de las armas enemigas, 583.2.º.
- Largas, 564.2.º.
- Privación del derecho a tenencia y porte
 - Clasificación de las penas, 33.2.f), 33.3.e), 33.4.b).
 - Contenido de la pena, 47, párr. 2.
 - Duración, 40, 70.3.5.º.
 - En homicidio imprudente, 142.2.
 - En lesiones, 148.1.º, 152.2, 621.5.
 - En tenencia, tráfico y depósito de armas, 570.
 - En violencia física en el ámbito familiar, 153, 173.
 - Medida de seguridad, 96.3.8.^a, 105.2.a).
 - Naturaleza de la pena, 39.e).
- Químicas, 566.2.
- Sin marcas de fábrica o de número, o alterados o borrados, 564.2.1.^a.
- Suministro de armas
 - Por español para hacer la guerra a España, 582.3.º.
 - Por español a las tropas enemigas, 583.2.º.
- Tenencia de armas prohibidas, 563.
- Tenencia de armas reglamentadas sin licencia, 564.
- Tomar las armas contra España, 583.1.º.

Arrebató, 21.3.^a.

Arrepentimiento

- Activo en rebelión y sedición, 480.1 y 549.
- Activo en terrorismo, 579.
- Activo en tráfico de drogas, 376.
- Concepto, 16.3.
- Retractación del testimonio falso, 462.

Asambleas Legislativas Comunidades Autónomas

- Atentado contra, 551.2.
- Detención ilegal de un miembro, 500.

Impedir a un miembro su asistencia, 498.
 Inculpación en proceso judicial sin seguir los trámites establecidos, 501.
 Injurias contra, 496.
 Invasión de, 493.
 Miembros, autoridad, 24.
 No comparecer ante comisión de investigación de, 502.
 Penetrar en sedes con armas o instrumentos peligrosos para obtener resolución, 495.1.
 Perturbar el orden de sus sesiones, 497.
 Quebrantamiento de su inviolabilidad, 499.
 Rebelión, 472.4.º.
 Reunión que altere su normal funcionamiento, 494.

Asesinato

Tipo, 139.
 Tipo agravado, 140.

Asociación

De interés general, trabajos en beneficio de la comunidad, 49.1.ª.
 Denegación de prestación de un servicio a, 511.2.
 Disolución
 Consecuencia accesoria, 129.1.b).
 Ilegítima de asociación legalmente constituida, 539.
 En tráfico de drogas
 Agravante, 369.6.º.
 Medida de seguridad
 Disolución de la, 370.a).
 Suspensión de las actividades de la, 370.b).
 Ilícita
 Concepto, 515.
 Cooperación económica, 518.
 Disolución, 520.
 Fundadores, directos y promotores, 516.
 Miembros activos, 517.
 Por autoridad, agente o funcionario público, 521.
 Provocación, conspiración y proposición, 519.
 Tráfico ilegal de personas, 515.6.º.
 Suministro de información secreta o reservada a asociación internacional, 584.
 Suspensión de actividades, consecuencia accesoria, 123.1.c).

Atentado, 550 a 556.

Atenuantes

Catálogo, 21.
 Comunicabilidad, 65.
 Efectos penológicos
 Con agravante, 66, regla 7.ª.

Concurriendo sólo alguna, 66, regla 1.^a.
Dos o más o una muy cualificada, 66, regla 2.^a.
En multas, 52.2.
Inherentes al delito, 67.

Audiencia

De las partes
En suspensión ejecución penas, 80.2, 84.2, 86, 87.
En sustitución penas, 88.
De los titulares de empresas, sociedades o locales
En imposición de consecuencias accesorias, 129.
De sujeto extranjero
En sustitución de medidas de seguridad, 108.
De un Tribunal o Juzgado
Perturbar gravemente el orden en la, 558.
Perturbar levemente el orden en la, 633.
Del interesado
En la enajenación de bienes decomisados, drogas, 374.2.
Del Ministerio Fiscal
En abono de prisión preventiva, 58.
En imposición de consecuencias accesorias a mercantiles, 129.
En suspensión de la pena por expulsión a extranjero, 89.1.
En suspensión de medida de seguridad por expulsión a extranjero, 108.1.
Del perjudicado
En el fraccionamiento del pago de la responsabilidad civil, 125.
Del reo para aplicar Ley más favorable, Disposiciones Transitorias Segunda, Cuarta y Undécima.

Autor

Concepto, 28.
Penalidad, 61 y 62.
Responsabilidad civil, 116.
Utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, 30.2.

Autoridad

Actos de violencia contra la autoridad, en reuniones y manifestaciones ilícitas, 514.3.
Actos propios de, usurpación de funciones públicas, 402.
Atentado contra, 550 y ss.
Ayuda para eludir la investigación de la, 451.3.º.
Cohecho, 419 y ss.
Colaboración con la, 376.
Concepto, 24.1.
Cometido por Autoridad
En abandono de destino, 407.
En abandono de servicio público, 409.
En abusos sexuales, 443.1.

- En allanamiento de morada, domicilio de persona jurídica o establecimientos abiertos al público, 204.
- En apropiación indebida, 438.
- En asociaciones ilícitas, 521.
- En atentado
 - Contra la Autoridad, 552.2.^a.
 - Contra la independencia de los Jueces o Magistrados, 508.2.
 - Contra la integridad moral, 175.
- En blanqueo de capitales, 303.
- En declaración de guerra contra España, 590.1.
- En delitos contra la comunidad internacional y de traición y contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional, 616.
- En denegación de auxilio, 412.
- En descubrimiento y revelación de secretos, 198.
- En desobediencia, 410.
- En detención ilegal de un miembro de los órganos legislativos, 500.
- En detención ilegal y secuestro, 167.
- En estafa, 438.
- En inculpación o procesamiento de un miembro de los órganos legislativos, 501.
- En infidelidad en la custodia de documentos, 413 y ss.
- En obstaculización a la investigación de Comisiones y órganos de investigación, 502.1, segundo inciso, 502.2.
- En quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 499.
- En rebelión, 478, 482.
- En revelación de secretos, 417.
- En suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor, 222.
- En tráfico de drogas, 369, 372.
- En usurpación de atribuciones
 - Judiciales, 508.
 - Legislativas, 506.
 - Para convocar elecciones, 506 bis.
- Desobediencia, 556, 634.
- Falsedades, 390, 391, 394, 398.
- Faltar al respeto a la autoridad, 634.
- Fraudes y exacciones ilegales, 436 y ss.
- Malversación, 432 y ss.
- Negociaciones y actividades prohibidas, 439 y ss.
- Ofensa dirigida contra, 215.
- Omisión del deber de perseguir delitos, 408.
- Prevalerse de la condición de autoridad
 - En delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 318.bis.4.
 - En prostitución, 188.2.
 - En prostitución de menores, 187.2.
- Prevaricación, 320, 322, 329, 404, 405.
- Que allegue fondos públicos a asociaciones ilegales o partidos políticos disueltos o suspendidos, 576 bis.

Que disuelva o suspenda asociación legal, 539.
Que establezca censura previa, 538.
Que expropie ilegalmente, 541.
Que impida el ejercicio de otros derechos cívicos, 542.
Que impida o obstaculice la asistencia letrada, 537.
Que realice, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales
 El registro de papeles, documentos o efectos, 534.1.2.º.
 La entrada en un domicilio, 534.1.1.º.
 La incomunicación, 531.
 La privación de libertad, 530.
 La violación de la correspondencia, 535.
 Violación de las comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones, 536.
Que prohíba reunión pacífica, 540.
Resistencia a la, 556.
Simulación de, en detención ilegal y secuestro, 165.
Tortura, 174.
Tráfico de influencias, 428.
Uso de secreto o información privilegiada, 442.

Auxilio

A menores o incapaces abandonados, 618.
A persona de edad avanzada, 619.

B

Banda armada

Asociación ilícita, 515.2.º.
Colaboración con, 576.
Colaboración en la lucha contra, 90.
Integrantes, 516.2.
Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con banda armada
 Atenten contra las personas, 572.
 Cometan cualquier delito, 574.
 Cometan estragos o incendios, 571.
 Cometan un delito contra el patrimonio, 575.
 Tengan o depositen armas, 573.
Promotor, 516.1.

Bandera

Reclutar o suministrar armas bajo bandera enemiga, 582.3.º.
Seducción para la desertión de, 582.2.º.
Tomar armas contra la patria bajo bandera enemiga, 583.1.º.
Usar indebidamente o de modo pérfido, 612.5.º, 612.6.º.

Bebidas

Adulteración de, 364.1.

Alcohólicas

Conducir bajo la influencia de, 379, 381, párr. segundo.

Eximente, 20.2.º.

Medidas de seguridad, 96.2.5.ª, 105.1.d).

Fabricar o vender bebidas nocivas para la salud, 363.2.

Beneficios

De la suspensión de la ejecución de la pena, 86.

Penitenciarios, 36.1, 78.

Bigamia, 217.

Blanqueo de capitales, 301 a 304.

Buques

Destrucción, 265, 611.2.º.

Facilitar la toma de, 582.1.º.

Uso de buques en tráfico de drogas, 370.

C

Cadáver

Despojar de sus efectos a un, 612.7.ª.

Profanación de, 526.

Caducidad

De alimentos, 363.1.

De medicamentos, 361.

Cajas de ahorros

§ 2.

Considerado sociedad, 297.

Calumnia

A Gobierno e Instituciones del Estado, 504.

A persona Real, 490.3 y 491.

Con publicidad, 206, 211.

Ejercicio de la acción, 215.1.

Exceptio veritatis, 207.

Mediante precio, 213.

Penalidad, 206.

Perdón del ofendido, 215.3.

Prescripción, 131.1.

Privación del derecho a residir a acudir a determinados lugares, 57.

Reparación del daño, 216.
Responsabilidad civil solidaria, 212.
Retractación, 214.
Tipo, 205.
Vertidas en juicio, 215.2.

Carácter público

Prevalerse del, 22.7.^a

Casa habitada

Concepto, 241.2.
Dependencias de, 241.3.
Robo en, 241.1.

Caso fortuito

Ocasionado por quien omite el auxilio, 195.3.

Causa

Criminal, entrega ilegal por Juez o Magistrado, 529.
De extinción de la responsabilidad penal, 130 y ss.

Caza

De especies amenazadas, 334.1.
De especies en peligro de extinción, 334.2.
En espacio natural protegido, 338.
Especies no autorizadas, 335.
Mediante explosivos e instrumentos destructivos, 336.
Pena de inhabilitación especial, 337.

Censura previa, 538.

Ceremonias religiosas

Ejecutar actos de profanación en lugares destinados a, 524.
Escarnio, 525.
Impedir, interrumpir o perturbar con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, 523.

Cheque

Agravante estafa, 250.3.^a.
Falsificación, 387.

Ciclomotor

Como instrumento del delito, 385.
Conducción sin seguro, 636, párr. 2.º.

En

- Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, 379.
- Conducción temeraria, 381.
- Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, 384.
- Homicidio imprudente, 142.2.
- Lesiones, 152.2, 621.4.
- Privación del derecho a conducir
 - Clasificación de la pena, 33.2.e), 33.3.d), 33.4.a).
 - Definición, 47.
 - Duración, 40.2, 70.3.4.º.
 - Medida de seguridad, 93.3.7.^a, 105.2.b).
 - Naturaleza de la pena, 39.d).
- Sustraer o utilizar sin la debida autorización, 244, 623.

Circunstancia

- Agravante, 22.
- Atenuante, 21.
- Atenuante analógica, 21.6.^a
- Atenuante muy cualificada: pena, 66, regla 2.^a.
- Comunicable y no comunicable, 65.
- Eximente, 19 y 20.
- Eximente incompleta, 21.1.^a, 68.
- Inherente al delito, 67.
- Mixta de parentesco, 23.
- Reglas para aplicación de penas, 66 a 69.

Clausura de establecimiento**En**

- Blanqueo de capitales, 302.a), b).
- Cohecho, 430.2.
- Delitos contra la salud pública, 366, 370.a), b).
- Delitos de exhibicionismo y prostitución, 194.
- Delitos de medio ambiente, 327.
- Receptación, 298.2, 299.2.
- Medida accesoria, 129.1.a), 129.2.

Coacciones

- Delito de, 172.
- Leves, 620.2.º.
- Sin pertenecer a banda armada y con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, 577.
- En terrorismo, 572.1.3.º.

Cohecho

- De jurados, árbitros y peritos, 422.
- En causa criminal a favor del reo, 424.

Exención de responsabilidad por denuncia, 427.
Para abstenerse de realizar actos debidos, 421.
Para cometer acto injusto relativo al ejercicio de su cargo, 420.
Para cometer delito en el ejercicio de su cargo, 419.
Para realizar acto no prohibido, 426.
Para realizar acto propio del cargo, 425.
Responsabilidad de quien atienda las solicitudes de cohecho, 423.2.
Responsabilidad de quienes corrompieren, intentaren corromper, 423.1.

Comisiones parlamentarias

Faltar a la verdad en su testimonio ante, 502.3.
Incomparecencia, 502.1.

Comiso

De los efectos instrumento del delito, 127.
Cláusula general, 127.1.
Si no fuere posible el, 127.2.
Sin responsabilidad penal, 127.3.

Cómplices

Concepto, 29.
En
Delitos cometidos utilizando medios o soportes de difusión mecánicos, 30.1.
Delitos contra la libertad e indemnidad sexual, 192.
Encubrimiento, 451.
Receptación, 298, 300.
Penalidad, 63 y 64.
Responsabilidad civil, 116.2.
Responsables criminalmente, 27.

Comunidad Europea

En
Fraude a la Hacienda Pública, 305.3, 627.
Fraude a los presupuestos generales de la, 306, 628.
Obtención indebida de fondos de los presupuestos generales de la, 309.

Conciencia

Alterada gravemente, eximente, 20.3.º.
Delitos contra la libertad de, 522 y ss.

Concurrencia de culpas

Responsabilidad civil, 114.

Concurso

De acreedores, 260 y 261.

De delitos

- Concurso ideal, 77.
- Concurso real, 73.
- Cumplimiento simultáneo o sucesivo de penas, 75.
- Límites de cumplimiento de penas, 76 y 78.

De normas

- Absorción, 8.3.^a.
- Alternatividad, 8.4.^a.
- Especialidad, 8.1.^a.
- Subsidiariedad, 8.2.^a.

Condecoraciones

- Uso indebido, 637.

Conducción

- Bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas, 379.
- Con consciente desprecio por la vida de los demás, 384.
- Con temeridad manifiesta, 381.
- De vehículos y ciclomotores sin seguro obligatorio de responsabilidad civil, 636, párr. 2.º.
- En
 - Quebrantamiento de condena, conducción del reo, 468.
 - Facilitado por particular, 470.
 - Por funcionario encargado de la, 471.

Congreso de los Diputados

- Atentado contra sus miembros, 551.
- Impedir ejercicio, 498.
- Perturbación del orden, 497.1.
- Rebelión, 472.4.º.

Confesión**Religiosa**

- En
 - Escarnio, 525.
 - Falsificación, 390.2.
 - Impedir o forzar la práctica de actos religiosos, 522.
- Sometiendo a sufrimientos físicos o mentales, 174.

Consecuencias

- Accesorias, 127 a 129.
- En
 - Alteración de precios en concursos y subastas públicas, 262.
 - Asociaciones ilícitas, 520.
 - Corrupción en las transacciones comerciales internacionales, 445.
 - Falsificación de moneda, 386.

Manipulación genética, 162.
De la infracción penal, 10 y ss.

Consejo de Ministros o de Gobierno de Comunidades Autónomas

Coacción de sus miembros, 503.2.
Invasión violenta, 503.

Consejo General del Poder Judicial

Atentado contra sus miembros, 551.2.
Calumnias, injurias y amenazas graves contra el, 504.

Consentimiento

En

Aborto, 145.
Abusos sexuales, 181.
Allanamiento de morada, 202 y 203.
Defensa de intereses contrarios sin, 467.
Delitos contra la inviolabilidad domiciliaria, 534.
Descubrimiento y revelación de secretos, 197 y 200.
Hurto, 236.
Lesiones, 155 y 156.
Propiedad industrial, 273.1, 274.
Propiedad intelectual, 270.2.
Prostitución, 188.
Reproducción asistida, 161, 162.
Suicidio, 143.4.
Sustracción de menores, 225 bis.
Telecomunicaciones, 286.
Trabajos en beneficio de la comunidad, 49.
Uso de terminales de comunicación, 256.

Conspiración

Concepto, 17.1.

En

Asesinato, 141.
Asociación ilícita, 519.
Atentado, 553.
Blanqueo de capitales, 304.
Delitos contra la Comunidad Internacional, 615.
Delitos contra la Corona, 488.
Detención ilegal y secuestro, 168.
Homicidio, 141.
Lesiones, 151.
Provocación sexual, 186.
Rebelión, 477.

Robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, 269.
Sedición, 548.
Terrorismo, 578.
Tráfico de drogas, 373.
Traición, 585.
Punibilidad, 17.3.

Construcciones no autorizadas, 319.

Consumación

Penalidad, 61 y ss.
Punibilidad, 15.

Contrabando (§ 3).

Carácter de la Ley, Disposición Final Segunda.
Definiciones, 1.
Mercancías en monopolio, 9.
Normativa supletoria, Disposición Final Primera.
Penalidad, 3.
Responsabilidad civil, 4.
Retroactividad, Disposición Transitoria Única.
Tipos legales, 2.
Valoración de los bienes, 10.

Control de cambios, § 2.

Cooperación

Al suicidio, 143.
Económica con asociaciones ilícitas, 518.
Necesaria, 28.b).
No retribuida, trabajos en beneficio de la comunidad, 49.

Corona, delitos contra la

Allanamiento de morada, 490.1.º.
Amenazas, 490.2.º.
Calumnias e injurias, 490.3 y 491.1.
Corporación local. Perturbación del orden, 505.
Homicidio de persona Real, 485.
Lesiones, 486.
Privación de libertad personal, 487.
Provocación, conspiración y proposición, 488.
Uso de violencia o intimidación, 489.
Utilización dañosa de imagen, 491.2.

Correspondencia

Apoderamiento de, 197.1 y 197.2.
Daños en la, 560.1.
Interceptación y divulgación de, 535.

Corrupción

A autoridades o funcionarios públicos, 423.1.
De menores
 Espectáculos y material pornográfico, 189.
 Organización, 187.3.
 Prevalimiento, 188.3.
 Tipo básico, 187.1, 189.3.
En transacciones comerciales internacionales, 445.

Costas procesales

Contenido, 124.
Imposición, 123.

Culpa

Ver *Imprudencia*.
Cumplimiento de un deber, 20.7.º.

Custodia

De animales feroces, 631.
De documentos
 Accedere o permitiere acceder a los documentos, 415.
 Autoridad o funcionario público que a sabiendas destruya o inutilice los medios que restrinjan el acceso los documentos que tuviere bajo su, 414.
 Autoridad o funcionario público que, a sabiendas, sustrajere, destruyere, inutilizare u ocultare, los que tuviere bajo su, 413.
 Por particulares, 416.
De recién nacido, en la sustitución de uno por otro, 220.5.
En
 Abandono de menores y uso para mendicidad, 233.3.
 Delitos de lesa humanidad, 607 bis.2.8.º.
 Quebrantamiento de condena, 468.
 Por funcionario encargado de la, 471.
Inducción a la infracción del régimen de, 224, párr. 2.º.
Quebrantamiento de los deberes de, 223, 622.
Trato degradante sobre persona sometida a, 173.2.

D

Daños

A instalaciones militares, 265, 266.

Delito de

Tipo agravado, 264.

Tipo básico, 263.

Falta, 625.

Mediante incendio o explosivos, 266.

Multa proporcional al, 52.

Ocasionado a la víctima, reparación

Atenuante, 21.5.^a.

Concepto, 112.

Obligación de reparar, 109.

Prelación de pagos, 126.

Reparación proporcional a la participación, 122.

Responsabilidad civil, 110.2.^o.

Contribución de la víctima a la producción de los, 114.

Fijación del, 115.

Personas responsables del, 116, 118, 120, 121.

Sustitución de las penas privativas de libertad, 88.

Trabajos en beneficio de la comunidad, 49.

Por imprudencia, 267.

Datos reservados, 197.2 y 200.

Deber de socorro

Omisión del, 195, 196.

Declaración falsa

De peritos, 459.

De testigos, 458.

Decomiso

Consecuencia accesoria, 127, 128.

En

Blanqueo, 301.5, 302.2.

Delitos contra la seguridad del tráfico, 358.

Tráfico de drogas, 369.2, 374.

Tráfico de influencias, 431.

Defensa nacional, delitos relativos a

Documentación reservada o secreta, 603.

Energía nuclear: materias reservadas o secretas, 602.

Imprudencia grave, 601.

Reproducción documentos secretos o reservados, 600.

Revelación de materias reservadas o secretas, 598.

Defensor del Pueblo

Obstaculizar investigaciones, 502.2.

Deformidad

Lesiones, 149.1, 150.

Defraudación

A entes públicos, 436.

A la Hacienda de la Comunidad Europea, 305.3, 627.

A la Hacienda Pública Estatal, 305.

A la Seguridad Social, 307.

A los presupuestos generales de las Comunidades Europeas, 306, 628.

A terceros, mediante incendio de bienes propios, 357.

De fluido eléctrico y otras, 255 y 623.4.

De terminales de telecomunicación, 256 y 623.4.

Delito

Concepto, 10.

Consumado, 15.1 y 61.

Continuado, 74.

Grave y menos grave, 13.1 y 2.

Momento de su comisión, 7.

Penado por leyes especiales, 9.

Por omisión, 11.

Prescripción, 130.5.º, 131 y 132.

Tentativa, 15 y 16.

Delitos

De contrabando (§ 3).

Del Jurado (§ 6).

Electoral (es) (§ 4).

Relativos a la navegación aérea (§ 5).

Relativos al control de cambios (§ 2).

Denegación de auxilio

A la Administración de Justicia o servicio público, 412.1 y 2.

Para evitar delito, 412.3.

Denuncia

Falsa, 456, 457.

Requisito de perseguibilidad en

Abandono de familia, 228.

Acusación y denuncia falsas, 456.2.

Agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.

Daños por imprudencia grave, 267 y Disposición Adicional Tercera.

Delitos contra la Hacienda Pública, 305.4.

Delitos contra la Seguridad Social, 307.

Delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores, 287.
Delitos societarios, 296.
Descubrimiento y revelación de secretos, 201.
Faltas de amenazas con armas u otros instrumentos peligrosos, amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, 620 y 639.
Faltas de imprudencia, 621.6, 639 y Disposición Adicional Tercera.
Faltas de usurpación, 624 y 639.
Impago de pensiones, 228.
Manipulación genética, 161.

Depósito

De armas o municiones, 566 a 569.
En
Apropiación indebida, 252.
Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, 325, 328.
Estragos, 346.
Manipulación de medicamentos, 362.1.3.º.

Descubrimiento de secretos, 197.

Desistimiento, 16.

Deslealtad profesional

Asistencia al contrario, 467.1.
Perjuicio al cliente, 467.2.

Desobediencia

A la autoridad o sus agentes, 556 y 634.
Incomparecencia ante comisiones de investigación, 502.1.
Por funcionario público, 410 y 411.

Desórdenes públicos, 557 a 561 y 633.

Detención

Illegal

De autoridad o funcionario público, 167, 168 y 530.
De miembro de órganos legislativos, 500.
De particular, 163, 165, 166.
Exigiendo condición, 164.
Por imprudencia grave, 532.
Punible la provocación, conspiración y proposición, 168.
Terrorismo, 572.1.3.º.
Incumplimiento de normas internacionales sobre la, 607 bis.2.7.º.
Preventiva, no se reputa pena, 34.2.
Razones de la, obligación de exponerlas, 537.

Dibujo industrial, 273.3.

Diplomáticos, que cometieren traición contra la seguridad exterior, 586.

Diputados, carácter de autoridad, 24.1.

Discriminación

Agravante, 22.4.^a.

Denegación de prestación de un servicio público a una asociación por, 511.2.

Denegación de prestación de un servicio público por, 511.1.

Denegación de prestación de un servicio privado por, 512.

En

Asociaciones ilícitas, 515.5.^o.

Torturas, 174.1.

Laboral, 314.

Provocación a la, 510.

Disfraz, agravante, 22.2.^a.

Documento

Concepto, 26.

Destrucción, inutilización u ocultación, por Abogado o Procurador, 465.

Electrónicos, daños, 264.2.

En

Delitos contra el secreto de empresa, 278.1.

Delitos societarios, 290.

Descubrimiento y revelación de secretos, 497.

Escarnio, 325.

Infidelidad en la custodia de, 413 y ss.

Privado

Falsificación, 395.

Falso, uso en juicio o para perjudicar a otro, 396.

Publicar o ejecutar en España documento que atente contra la independencia o seguridad del Estado, 589.

Público

Falsificación de, 390 y ss.

En

Estafa, agravante, 250.1.4.^o.

Registro de, 534 y ss.

Dolo, 5 y 10.

Domicilio

Abandono por menor o incapaz, 224.

Entrada ilegal por autoridad o funcionario, 534.1.

Inducción al menor o incapaz a su abandono, 224.

Mantenerse contra la voluntad del titular, 635.
Drogas
Conducción bajo la influencia de, 379.
Delito de tráfico de, 368 y ss.
 Cultivo, elaboración y tráfico, 368.
 Decomiso de las, 374.
 Supuesto de atenuación, 376.
 Supuestos de agravación, 369 y 370.
En
 Blanqueo, 301.1, párr. 2.º.
Intoxicación plena por el consumo de, eximente, 20.2.º.
Drogadicción, 20.2.º, 21.2.º, 87, 102, 105 a 107, 118, 119.

E

Edificios

Dependencias del, 241.3.
Estragos, 346.
Históricos o artísticos, derribo o alteración
 Por funcionarios, 322.
 Por particulares, 321.
Incendio de, 357.
Infracción de normas de seguridad en la demolición de, 350.
Invasión de, 557.
Ocupación de edificios que no constituyan morada, 245.2.
Robo en 241.1.
Suministrar al enemigo planos de, 583.3.º.

Efectos e instrumentos del delito

Decomiso, 127.
De lícito comercio, 128.
Ver *Decomiso*.

Ejecución de la pena, § 7, § 8, § 9.

Ejercicio de derechos cívicos

Impedir su ejercicio, 542.

Ejercicio legítimo de derecho, oficio o cargo, eximente, 20.7.º.

Elecciones

Convocatoria ilegal, 506 bis 1.
Intervención en el proceso electoral, 506 bis 2 y 521 bis.
Subvenciones o ayudas, 576 bis.

Emblemas

Ultraje a los, 543.

Uso indebido de, 612.4.º, 612.5.º.

Empresa

Clausura, intervención, disolución y suspensión, 129.

En

Alteración de precios en subastas o concursos públicos, 262.

Consecuencias accesorias, 129.

Negación de prestación por motivos discriminatorios, 512.

Responsabilidad civil, 117.

Tráfico de influencias, 430.

Ocultación de su situación económica, 310.b).

Secreto de, 278 y ss.

Transmisión de, 311.2.

Enajenación, 20.1.º, 101, 105 a 108, 118, 119, Disposición Adicional Primera.

Encubrir

El origen ilícito de bienes, blanqueo, 301.1, 301.2.

Encubrimiento, delito de

Autor irresponsable del hecho encubierto, 453.

Delito autónomo, 451.

Excusa absolutoria de parentesco, 454.

Límites penológicos, 452.

Energía

Defraudación, 225, 623.4.

Nuclear o elementos radiactivos

Apoderamiento de material, 345.

En

Información secreta relacionada con, 602.

Exposición de personas a, 343.

Liberación, 341.

Perturbar funcionamiento, 342.

Por imprudencia grave, 344.

Engaño

En

Aborto, 144, párr. 2.º.

Abuso sexual, 183.1.

Alteración de precios resultante de la libre concurrencia, 284.

Delitos contra los ciudadanos extranjeros, 318 bis.

Delitos de lesa humanidad, 607 bis.
 Estafa, 248.
 Imposición de condiciones laborales lesivas, 311.
 Inmigración clandestina, 313.2.
 Limitación del ejercicio de la libertad sindical, 315.
 Prostitución, 188.
 Tráfico ilegal de mano de obra, 312.2.
 Publicidad engañosa, 282.

Ensañamiento

Agravante, 22.5.^a.
 En
 Asesinato, 139.3.^a.
 Lesiones, 148.2.^o.

Entrada y registro ilegal de domicilio

Ver *Domicilio*.

Error, 14 y 118.2.

Escuchas

Ilegales
 Divulgación, 536.
 Tipo básico, 536.
 Telefónicas, 197.1.

Espacio

Natural protegido
 Daños en, 330.
 En
 Delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente, 338.
 Incendios, 353.3.^o, 357.
 Transfronterizo
 En delitos contra los recursos naturales, 325.

Estado civil

Usurpación del, 401.

Estado de necesidad, 20.5.^o, 118 y 119.

Estado pasional, 21.3.^a.

Estafa

Delito de, 248 y ss.
 Falta de, 623.4.

Esterilización

De incapacitado, 156.
En lesiones, 149.1.

Estragos, 346 y 347.

Eutanasia, 143.4.

Evasión de presos

Cometido por funcionario público, 471.
Cometido por particular, 470.
Tipo, 469.

Exacciones ilegales, 437.

Exceptio veritatis

En
Calumnias, 207.
Injurias, 210.

Exención de responsabilidad criminal

Cohecho de particular denunciante, 427.
Daños, 268.
Encubrimiento entre parientes, 454.
Exceptio veritatis calumnia, 207.
Exceptio veritatis calumnias o injurias al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo, o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma, 504.
Exceptio veritatis injuria a funcionarios públicos, 210.
Exceptio veritatis injurias a Cortes Generales, Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, 496.
Exceptio veritatis injurias a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, 505.
Incendios forestales, 354.2.
Matrimonio convalidado, 218.2.
Perdón del ofendido en calumnias e injurias, 215.3.
Regularización situación ante Seguridad Social, 307.3.
Regularización situación tributaria, 305.4.
Reintegro de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones Públicas, 308.
Retractación falso testimonio, 462.
Revelación de rebelión y sedición, 480 y 549.
Sustracción de menores, 225 bis.4.

Eximentes

Catálogo, 20.

Incompleta, 21.1.^a.
Penalidad, 68.

Expropiación forzosa, Indebida, 541.

Extinción de la responsabilidad penal, 130.

Extorsión, 243.

Extranjeros

Causas, 130.
Delitos contra los derechos, 318 bis.
Expulsión, 89.
Medida de seguridad, 96.3.5.^a y 108.
Por razones de equidad, restablecida salud, después del trastorno mental grave, 60.

F

Falsificación

De certificados
Autoridad y funcionario, 398.
Facultativo, 397.
Particular, 399.1.
Uso, 399.2.
De despacho telegráfico, 394.
De documentos privados
Presentación en juicio y uso, 396 y 461.2.
Tipo, 395.
De documentos públicos, oficiales y mercantiles
Imprudencia, 391.
Por funcionario, 390.
Por particular, 392.
Presentación en juicio y uso, 393 y 461.2.
De moneda
Concepto de moneda, 387.
Fabricación o tenencia de útiles, 400.
Falta, 629.
Reincidencia internacional, 388.
Tarjetas de crédito de débito y cheque de viaje, 387.
Tipo, 386.
De sellos de correos y efectos timbrados
Delito, 389.
Falta, 629.

Falso testimonio

Ante comisiones parlamentarias, 502.3.
De peritos e intérpretes, 459 y 460.

De testigo en causa criminal, 458.2.
De testigo en causa judicial, 458.1.
En Tribunales Internacionales, 458.3.
Presentación de testigos, peritos o documentos, 461.
Retractación, 462.

Faltas

Aplicación de las penas, 638.
Cancelación de antecedentes, 136.
Cometidas utilizando medios de difusión mecánicos, 30.
Concepto, 10 y 13.3.
Concursos, 73 a 75, 77.
Consumadas o intentadas, 15.2.
Continuadas, 74.
Contra el orden público,
 Alteración de orden en Juzgado, 633.
 Carencia de seguros obligatorios, 636.
 Desobediencia leve a la Autoridad, 634.
 Estancia en domicilio de persona física o jurídica, 635.
 Uso indebido de uniforme, 637.
Contra el patrimonio
 Daños, 625.
 Defraudaciones a la Hacienda de las Comunidades, 627 y 628.
 Hurto, hurto de vehículo, estafa, apropiación indebida o defraudaciones, 623.
 Usurpación, 624.
Contra las personas
 Amenazas, coacciones y vejaciones, 620.2.º.
 Auxilio a menor o incapaz, 618.
 Auxilio a persona mayor o discapacitada, 619.
 Lesiones, 617.
 Por imprudencia, 621.
Contra los intereses generales
 Jeringuillas o instrumentos peligrosos, 630.
 Maltrato de animales, 632.
 Penadas por leyes especiales, 9.
 Suelta de animales feroces, 631.
 Uso de moneda falsa, 629.
Extinción de la responsabilidad penal, 130.
Perdón del ofendido, 639.
Perseguidos a instancia de la persona agraviada, 620, 621.6, 624 y 639.
Personas responsables, 27.
Por omisión, 11.
Prescripción, 131.2 y 132.

Fauna y flora, 332 y ss.

Filiación

En Sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual, pronunciamiento sobre, 193.
Incumplimiento de obligaciones familiares en proceso de, 618.2.
Modificación de la, 220.2.

Fraudes

Ver *Defraudación*.

Fuerza en las cosas

Evasión con, 470.2.
Fuga con, 469.
Realización del propio derecho con, 455.1.
Robo con,
 Concepto de, 238.
 Llaves falsas, 239.
 Penalidad, 240.
 Tipo agravado, 241.
 Tipo básico, 237.
Sustracción de materiales nucleares o elementos radioactivos con, 345.2.
Sustracción de vehículos a motor o ciclomotores con, 244.2 y 623.3.

Funcionario público

Atentado contra, 550.
Cometido por,
 Cohecho, 419 y ss., 471 bis.7.
Contra las garantías constitucionales
 Acordar, practicar o prolongar
 La incomunicación, 531.
 La privación de libertad, 530.
 Censura previa, 538.
 Disolución o suspensión de actividades de asociación legal, 539.
 Entrada en domicilio, registro de papeles, documentos o efectos, 534 y ss.
 Entrega de detenido reclamado ilegalmente, 529.
 Expropiación ilegal, 541.
 Imponer sanciones indebidas o con rigor innecesario, 533.
 Prohibición o disolución de reunión pacífica, 540.
 Violación de la garantía de asistencia letrada, 537.
Desobediencia, 410 y ss., 502.1, 502.2.
En abandono
 Colectivo e ilegal de servicio público, 409.
 De destino, 407.
 De familia, menores o incapaces, 233.2.
 Del deber de perseguir delitos, 408, 615 bis.6.
En allanamiento de morada o domicilio de persona jurídica, 204.
En asociación ilícita, 521.

- En atentado, 552.2.^a.
- En atentado
 - Contra la integridad moral, 175, 176.
- En blanqueo de capitales, 303.
- En delitos contra la Comunidad Internacional, 616.
- En delitos contra los derechos de ciudadanos extranjeros, 318 bis.4.
- En delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, 329.
- En delitos sobre el patrimonio histórico, 322.
- En denegación de servicio público por motivos discriminatorios, 511.3.
- En detención ilegal de un miembro de los órganos legislativos, 500.
- En detención ilegal y secuestro, 167.
- En falsedad de despachos telegráficos, 394.1.
- En falsedad documental, 390, 391.
- En falsificación de certificados, 398.
- En fuga y evasión del reo, 471.
- En infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, 413 y ss.
- En injurias, 210.
- En injurias y calumnias, 215.
- En prostitución de menores o incapaces, 187.2.
- En quebrantamiento de la inviolabilidad de los órganos legislativos, 499.
- En retardo malicioso en la administración de justicia, 449.2.
- En revelación de actuaciones declaradas secretas, 466.2.
- En suposición de parto, alteración de la paternidad estado o condición del menor, 222.
- En terrorismo, 576 bis.
- En tortura, 174.
- En tráfico de drogas, 369.1.1.^a, 372.
- En usurpación
 - De competencia, 509.
 - De funciones
 - De convocatoria de elecciones, 506 bis.
 - Judiciales, 508.
 - Legislativas, 506.
- Fraudes y exacciones ilegales, 436 y ss.
- Malversación, 432 y ss.
- Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, 439 y ss.
- Prevaricación, 320, 404 y ss.
- Tráfico de influencias, 428 y ss.
- Concepto, 24.2.
- Continuación en el cargo de funcionario bajo el mando de los alzados, 483.
- Daños contra, 264.1.1.^o.
- Detención ilegal o secuestro de, 165.
- Ejercicio de actos propios de, usurpación de funciones públicas, 402.
- Prevalerse de la condición de
 - En descubrimiento y revelación de secretos, 197.
 - En prostitución, 188.2.
- Represalias contra funcionario de la Corte penal internacional, 471 bis.6.
- Responsabilidad civil, 121.

Fundación

Se considera sociedad a efectos penales, 297.

G

Ganzúas, uso de llaves falsas, 239.1.º.

Gas, defraudación de, 255, 623.4.

Genes humanos

Manipulación con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras, 159.

Género

Corrompido, 363.

Estancado, § 3.

Prohibido, § 3.

Genocidio

Imprescriptibilidad de pena, 133.2.

Imprescriptibilidad del delito, 131.4.

Tipo, 607.

H

Habitual

Reo

Concepto, 94.

Suspensión de la ejecución, 87.

Sustitución de la pena, 88.

Habitualidad

Comienzo del plazo de prescripción de las infracciones que exijan, 132.

En

Trato degradante, 173.

Receptación, 299.

Hacienda

De la Comunidad Europea, delitos contra

Falta, 627.

Tipo básico, 305.3.

Pública, delitos contra la,

Determinación cuantitativa, 305.2.

Regularización, 305.4.

Tipo básico, 305.1.

Ver *Fraude*.

Homicidio, delito de,

- Conspiración, proposición y provocación, 141.
- De jefe de Estado extranjero, 605.1.
- De persona internacionalmente protegida, 605.1.
- De persona Real, 485.
- En
 - Genocidio, 607.
 - Terrorismo, 572, 577.
 - Tortura, 177.
- Por imprudencia grave, 142.
- Por imprudencia leve, 621.2.
- Privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares, 57.
- Prohibición de aproximarse a la víctima, 57, 83, 105.1.
- Tipo, 138.

Honor (delitos contra)

- Ver *Calumnia*.
- Ver *Injuria*.

Huelga

- Coacción en grupo para iniciar o continuar una huelga, 315.3.
- Impedir su ejercicio, 315.1.

Hurto, delito de,

- Concepto, 234.
- De cosa propia
 - Delito, 236.
 - Falta, 623.2.
- De vehículos
 - Delito, 244.
 - Falta, 623.3.1.º.
- En navegación aérea, § 5.
- Falta, 623.1.
- Tipo agravado
 - De cosas de primera necesidad, 235.2.
 - De cosas de valor histórico, cultural, artístico o científico, 235.1.
 - De cosas destinadas a un servicio público, 235.2.
 - De especial gravedad por el valor o perjuicios, 235.3.
 - Que produce grave situación económica en la víctima, 235.4.
- Tipo básico, 234.

I

Imagen

- Delitos contra la propia,
 - Prescripción, 132.1, párr. 2.º.

Privación del derecho a acudir o residir en determinados lugares, 57.
Del Rey, ascendientes, descendientes, Reina consorte o consorte de la Reina, 491.2.
En
 Descubrimiento y revelación de secretos, 197.1.
 Material pornográfico de menores, 189.7.
 Violación de comunicaciones telefónicas y otras telecomunicaciones, 536.

Impago

De multa, responsabilidad personal subsidiaria por impago de
De pensiones, 227.
En suspensión de la ejecución, 81.2.^a.
 Naturaleza, 33.5.
 Pena privativa de libertad, 35.
 Régimen de imposición, 53.

Importación

De ejemplares de las obras, producciones o ejecuciones artísticas sin autorización, 370.2.
De equipo o programa informático, 286.1.1.º.
Definición, § 3.
De productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado, 274.1.

Impotencia, lesiones, 149.

Imprenta

Autoría, 30.
Calumnias e injurias hechas con publicidad, 211.
Provocación, 18.1.

Imprudencia

Acciones u omisiones imprudentes sólo se penarán cuando expresamente lo prevea la ley, 12.
En
 Aborto, 146.
 Blanqueo de capitales, 301.
 Castigo, 12.
 Daños, 267.
 Daños en archivo, registro, museo, etc., 324.
 Delitos contra la salud pública, 367.
 Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, 331.
 Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes, 344.
 Descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional, 601.
 Deslealtad profesional de Abogados y Procuradores, 467.
 Error de hecho vencible, 14.1.
 Estragos, 347.
 Falsedad, 391.

Homicidio, 142 y 621.2.
Incendio, 358.
Incomunicación de detenido, preso o sentenciado, 532.
Lesiones, 152, 158, 621.1 y 3.
Manipulación genética, 159.2.
Prevaricación, 447.
Prevención de riesgos laborales, 317.
Principio de culpabilidad, 5.
Privación de libertad de detenido o preso, 532.
Sustitución de un niño por otro, 220.5.
Grave, 142, 146, 152, 158, 159, 220.5, 267, 301, 317, 324, 331, 344, 347, 358, 367, 391, 447, 467, 532, 601 y 621.
Leve, 621.
Profesional, en
 Aborto, 146.
 Homicidio, 142.3.
 Lesiones, 152.3.
 Lesiones al feto, 158.

Incapaz

Abandonado o desvalido, 618 y 619.
Concepto, 25.
Consentimiento en lesiones, 155 y 156.
Declaración de incapacidad, Disposición Adicional Primera.
Detención ilegal, 165.
Exhibicionismo, 189.

Incendios

En
 Bienes propios, 357.
 General, 351.
 Zonas forestales, 352 a 355.
 Zonas no forestales, 356.
Por imprudencia grave, 358.

Incomparecencia

Sin justa causa, 463.

Incomunicación

Decretar, practicar o prolongar la de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, 531.

Indemnización de daños y perjuicios, 113.

Independencia, seguridad o paz del Estado, delitos contra la

Comprometer la neutralidad de España, 591.

Correspondencia prohibida con país enemigo, 596.
Inteligencia con potencia extranjera, 592.
Levantar tropas en España, 595.
Noticias o rumores falsos en tiempos de guerra, 594.
Pasar a país enemigo, 597.
Provocación a la guerra, 590.
Publicación o ejecución orden Gobierno extranjero, 589.
Violación de tregua o armisticio, 593.

Inducción

A funcionario de la Corte Penal Internacional a que no cumpla sus funciones o lo haga de manera indebida, 471 bis.5.
A la sedición, 545.
A los rebeldes, 473.1.
A una potencia extranjera a declarar la guerra a España, 581.
Comunicabilidad de agravantes y atenuantes al inductor, 65.3.
De menores al abandono del domicilio, 224.
Se considera autor al inductor, 28.a), 30.2.1.º.
Si a la provocación le sigue la perpetración del hecho, se castiga como, 18.2, párr. 2.º.
Y cooperación al suicidio, 143.

Indulto, 4.3 y 4; 130.3.º, Disposición Transitoria Sexta, § 9.

Industria

Delitos relativos a la propiedad industrial, 273 y ss.

En

Blanqueo, 301.1, 302.2, 303.

Delitos contra la salud pública

Adulteración con aditivos u otros agentes, 364.

Cláusula genérica de inhabilitación especial, 372.

Drogas, 371.2, párr. 2.º.

Elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas o productos peligrosos, 359.

Manipulación de alimentos, 363.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 318 bis.5.

Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, 326.a), 329.1.

Denegación de prestación profesional o empresarial por motivos discriminatorios, 512.

Estragos, 346.1.

Receptación, 298.2, 299.2.

Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, 570.2.

Inhabilitación especial para

Ha de concretarse expresa y motivadamente en la Sentencia, 45.

Imposición, 56.1.3.º.

Medida de seguridad, 107.

Pena privativa de derecho, 39.b).

Responsabilidades pecuniarias derivadas de, 117, 120.4.ª.

Infidelidad en la custodia de documentos

Acceso indebido a documentos secretos, 415.
Cometido por particulares, 416.
Inutilización de medios que limiten el acceso, 414.
Sustracción, destrucción, inutilización y ocultación, 413.

Influencias, tráfico de, 428 y ss.

Información

Derecho de, 293.
Privilegiada
 Por funcionario, 442.
 Por particular, 418.
Relevante para la cotización de valores, 285.

Inhabilitación

Absoluta
 Duración, 40, 70.2.2.º.
 Efectos, 41.
 Naturaleza, 33.2.b), 39.a).
 Pena accesoria, 54, 55.
Especial
 Duración, 33.2 y 3, 40, 70.2.2.º.
 Efectos, 42, 44, 45, 46.
 Medida de seguridad, 96.3.1.^a, 107.
 Naturaleza, 39.b).
 Penas accesorias, 54, 56.
Prescripción de la pena de, 133.1.
Prescripción en caso del delito castigado con pena de, 131.1.

Injurias

A Cortes y Asambleas legislativas, 496.
A Ejércitos y Fuerzas de Seguridad, 504.2.
A Gobierno e Instituciones del Estado, 504.1.
A persona Real, 490.3, 491.
Con publicidad, 211.
Ejercicio de la acción: querrela o denuncia, 215.1.
Exceptio veritatis, 210.
Leve, 620.2.
Mediante precio, 213.
Penalidad, 209.
Perdón al ofendido, 215.3.
Prescripción del delito, 131.1.
Privación del derecho a residir a acudir a determinados lugares, 57.

Publicación de la condena, 216.
 Responsabilidad civil solidaria, 212.
 Retracción, 214.
 Vertidas en juicio, 215.2.

Inmigración clandestina, favorecimiento, 313.

Insignias, Uso indebido, 637.

Instrumentos

Ver Efectos e instrumentos del delito.

Insolvencias punibles, 257 y ss.

Instituciones del Estado, delitos contra las, 492 y ss.

Integridad moral, delitos contra la, 175 y ss.

Intimidación

A denunciante, parte o imputado, Abogado, Procurador, Perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, 464.

En

Abusos sexuales, 181.

Agresiones sexuales, 178, 180.

Allanamiento de morada, 202, 203.

Apoderamiento de materiales nucleares o elementos radioactivos, 345.3.

Atentado, 555.

Daños, 268.

Delitos contra la Corona, 489, 490.

Delitos contra la libertad de conciencia, sentimientos religiosos y respeto a los difuntos, 522.1.º.

Delitos contra las instituciones del Estado, 493, 498, 503, 504.

Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, 318.bis.3.

Delitos de lesa humanidad, 607 bis.9.º, párr. 2.º.

Evasión, 470.

Extorsión, 243.

Fuga, 469.

Imposición de condiciones laborales lesivas, 311.3.º.

Limitaciones a la libertad sindical, 315.2.

Prostitución, 188.

Realización arbitraria del propio derecho, 455.

Robo, 237, 242.

Robo y hurto de uso de vehículos, 244.4, 623.3, párr. 2.º.

Uso de menores para la mendicidad, 232.2.

Usurpación, 245.1.

Intrusismo

Delito, 403.
Falta, 637.

Irretroactividad de las leyes, 2.1.

J

Jefe de Estado extranjero, delitos contra el

Homicidio, 605.1.
Lesiones, 605.2.
Otros delitos, 605.3.
Violación inmunidad personal, 606.1.

Juez de Vigilancia

Libertad condicional, 90, 91 y 93.
Medidas de seguridad, 97, 98 y 105.
Régimen de cumplimiento en limitación de penas, 78.

L

Legalidad, principio de, 1 a 4.

Legítima defensa, eximente, 20.4.º.

Lesiones

Al feto, 157, 158.
Con ensañamiento, 148.
Cónyuge, conviviente, hijos, pupilos, ascendientes, incapaces, 153.
Consentimiento, 155.
Consentimiento en trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual, 156.
Deformidad, 150.
En
 Agresiones sexuales, 180.
 Desórdenes públicos, 557.
 Estragos, 346.
 Genocidio, 607.
 Terrorismo, 571, 572.
 Tortura, 177.
Esterilidad, 149.
Esterilización de incapacitado, 156.
Falta, 617.
Grave deformidad, 149.
Grave enfermedad psíquica, 149.

Grave enfermedad somática, 149.
 Impotencia, 149.
 Imprudencia, 152.1.
 Imprudencia profesional, 152.3.
 Imprudencia vehículo de motor, 152.2.
 Menor gravedad, 147.2.
 Pérdida de sentido, 149.
 Pérdida o inutilidad de miembro no principal, 150.
 Pérdida o inutilidad de miembro principal, 149.
 Privación del derecho a residir a acudir a determinados lugares, 57.
 Prohibición de aproximarse a la víctima, 57.
 Provocación, proposición y conspiración, 151.
 Riña tumultuaria, 154.
 Tipo básico, 147.1.
 Utilización de medios o instrumentos peligrosos, 148.1.
 Víctima menor de 12 años, 148.3.

Letras de cambio, utilización en blanco, 250.

Leyes

Complementarias, (§ 7 al § 13).
 Especiales, 9, (§ 2 al § 6).

Libertad

Condiciona

Circunstancias para su concesión y reglas de conducta, 90, 91.
 Cómputo del tiempo, 78.
 Duración, 93.
 En caso de mayores de 70 años o enfermedad muy grave con padecimientos incurables, 92.
 De conciencia, delitos contra la, 522 y ss.
 E indemnidad sexual, delitos contra la, 178 y ss.
 Individual, delitos contra la, cometidos por funcionarios, 529 y ss.
 Personal, privación, 487.
 Sindical, limitaciones, 315.

Libertades públicas, delitos relativos al ejercicio de las, 510 y ss.

Lindes, alteración de, 246, 624.

Llaves falsas

Concepto, 239.
 Robo con, 238.

Localización permanente, pena de

Clasificación, 33.4.g).
 Concepto y duración, 37.

Naturaleza, 35.

Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, cumplimiento mediante, 53.1.

M

Malversación, delito de

Aplicación privada de bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier administración, 434.

Destino a usos ajenos a la función pública, 433.

Extensión de la tipicidad a particulares, 435.

Inferior a 4.000 euros, 432.3.

Tipo agravado

Atendiendo a la especial gravedad de lo sustraído y al entorpecimiento producido al servicio público, 432.2.

Tipo básico, sustracción de caudales públicos, 432.1.

Manifestaciones

Ante los órganos legislativos, 494.

De las confesiones religiosas, impedir las o perturbarlas, 523.

Diferentes a las que hubiera hecho, en falsificación, 390.1.3.º.

Ilícitas, 513, 514.

Impedir el legítimo ejercicio de la libertad de, 514.4.

Manipulación genética, delitos relativos a la, 159 y ss.

Mano de obra, Tráfico ilegal, 312.

Marcas

De fábrica o de número, en armas, 564.2.1.^a.

Reproducir, imitar, modificar o de cualquier otro modo utilizar un signo distintivo idéntico o confundible con la marca, para distinguir los mismos o similares productos, servicios, actividades o establecimientos para los que el derecho de propiedad industrial se encuentre registrado, 274.1.

Material pornográfico, difusión, venta o exhibición, 186.

Matrimonios ilegales

Autorización de matrimonio nulo, 219.

Bigamia, 217.

Exención de pena por convalidación, 218.2.

Para perjudicar al otro contrayente, 218.1.

Medidas de seguridad

Aplicación, 1.2, último inciso del art. 20.

Circunstancias para su aplicación, 95.

- Para el inimputable conforme al art. 20.1.^a, 101.
- Para el inimputable conforme al art. 20.2.^a, 102.
- Para el inimputable conforme al art. 20.3.^a, 103.
- Para el semiimputable conforme art. 20.1.^a, 2.^a o 3.^a.
- Cancelación de las, 137.
- Clasificación y catálogo de las, 96.
 - Medidas no privativas de libertad, 105 y ss.
- Concurrencia de penas y medidas de seguridad, 99.
- Ejecución de
 - En la forma prescrita por la Ley, 3.2.
 - Mediante Sentencia firme, 3.1.
- En suspensión y sustitución de pena privativa de libertad por trastorno mental grave, 60.1.
- Fundamento de las, 6.1.
- Irretroactividad de las leyes que establezcan, 2.1 segundo inciso.
- Límites, 6.2.
- Mantenimiento, cese, sustitución o suspensión de las, 97, 98.
- Prescripción de la
 - Causa de extinción de la responsabilidad penal, 130.7.º.
 - Plazos, 135.
- Quebrantamiento de las, 100.

Medio ambiente, delitos contra el, 325 y ss.

Medios de transporte

- Colectivos, estragos, 346.
- Delitos contra los medios de transporte de Jefe de Estado Extranjero, 605.3.
- Específico, aeronaves o buques, en tráfico de drogas, 370.
- O de transmisión militar, daños, 265.
- Sanitario, violar su protección con ocasión de un conflicto armado, 612.1.º.

Mercado y consumidores, delitos relativos al, 278 y ss.

Miedo insuperable, 20.6.^a, 118 y 119.

Ministerio Fiscal

- Funcionarios del, se reputan Autoridad, 24.1.
- Debe ser oído en
 - Abono de prisión preventiva, 58.2.
 - Aplicación del régimen general de cumplimiento en caso de aplicación del 76.1, 78.1.
 - Aplicación del régimen general de cumplimiento para la concesión del tercer grado penitenciario, 36.2, párr. 2.º.
 - Esterilización de incapaz, 156, párr. 2.º.
 - Expulsión de extranjero por sustitución de la medida de seguridad impuesta, 108.1.
 - Imposición de consecuencias accesorias, 129.1.
 - Libertad condicional, 91.
 - Rechazo del perdón de los representantes de menores o incapacitados y continuación del procedimiento, 130.

Suspensión de la ejecución de la pena, 31.3.^a.

Suspensión para extranjeros, 89.1.

En

Incomparecencia sin justa causa, 463.2.

Presentación de testigos, peritos o intérpretes falsos, 461.2.

Revelación de actuaciones secretas, 466.2.

Ver *Autoridad*, en

Promoverá

De la autoridad competente las medidas pertinentes para la debida custodia y protección del menor, en abandono de familia, 233.3.

Las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar en prostitución de menores, 189.6.

Se comunicará al

La próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la Disposición Adicional Primera, 60.1, párr. 2.º, 104.2.

Si la víctima es menor de edad, incapaz o persona desvalida, basta la denuncia del Ministerio Fiscal en

Abandono de familia, 228.

Agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.1.

Daños culposos, 267.

Delitos societarios, 296.1.

Descubrimiento y revelación de secretos, 201.1.

Faltas, 639.

Impago de pensiones, 228.

Relativos al mercado y los consumidores, 287.1.

Reproducción asistida sin consentimiento, 161.2.

Minoría de edad, 19 y 69.

Modelo de utilidad, 273 y ss.

Moneda, concepto a efectos penales, 387.

Motivos discriminatorios

Agravante, 22.4.^a.

En

Asociaciones que promuevan la discriminación, 515.5.º.

Denegación de prestación de un servicio público, 511.

Denegación de prestaciones profesionales o empresariales, 512.

En el empleo público o privado, 314.

Genocidio, 607.

Provocación a la discriminación, 510.

Muerte del reo, 130.1.º.

Multa

Criterios para fijar su extensión y cuantía, 50.5 y 52.

Cuota diaria, 50.4.
 Duración, 33.3 y 4, 50, 70.2.4.º.
 Forma de pago, 50.6.
 Modificación posterior a la Sentencia, 51.
 Motivación de su extensión, 50.5.
 Pago fraccionado, 125.
 Proporcional, 33.3.
 Responsabilidad personal por impago, 33.5 y 53.
 Sustitutoria de otra pena, 50.3 y 88.

N

Navegación aérea, 9, § 5.

Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios, 439 y ss.

Nombramiento ilegales, 405, 406.

Noticias falsas

De la existencia de explosivos, 561.
 En perjuicio del Estado, 594.
 Para alterar el precio de las cosas, 284.

O

Obcecación, atenuante de, 21.3.^a.

Obligación de residir en lugar determinado, medida de seguridad, 105.1.b).

Obstrucción a la justicia, 463 y ss.

Ocultación actuaciones judiciales, 465.

Omisión, 1, 4.2, 4.3, 10.

Comisión por, 11.
 Del deber de impedir delitos, 450.
 Del deber de perseguir delitos, 408.
 Del deber de socorro
 Por particular, 195.
 Por profesional sanitario, 196.

Ordenación del Territorio, delitos contra la, 319 y ss.

P

Padres

En
 Abandono de menores, 229.2.

Inducción al menor al abandono del domicilio familiar, 224.
Quebrantamiento de los deberes de custodia, 223, 622.

Parentesco

Circunstancia mixta de, 23.
En adopciones ilegales, 221.1.
Excusa absolutoria en
 Daños, 268.
 Encubrimiento, 454.
Motivado por, en
 Discriminación laboral, 314.
Prevalerse de la situación de, en agresiones sexuales, 180.4.^a.

Parlamentarios europeos, carácter de Autoridad, 24.1.

Ver *Autoridad*.

Participación

En la gestión o control de la actividad social, impedimento, 293.
En programas formativos
 Medida de seguridad, 105.1.f).
 Suspensión ejecución penas, 83.1.4.º.
En riña con medios o instrumentos peligrosos, 154.
Formas de, 27 a 31.
Reglas de determinación de la pena, 65.
Responsabilidad civil, participe obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación, 122.

Parto, suposición de, 220.1.

Patentes, en delitos contra la propiedad industrial, 273 y ss.

Patria Potestad

En responsables civiles, 120.1.º.
Inhabilitación especial para el ejercicio de la,
 Contenido, 46.
En
 Abandono de familia, 226.2.
 Abandono de menores e incapaces, 233.
 Adopciones ilegales, 221.1.
 Agresiones, acoso o abusos sexuales, 192.2.
 Entrega de menores a un tercero, 233.
 Exhibicionismo de menores o incapaces, 189.6.
 Lesiones, 149.2.
 Suposición de parto, 220.4.
 Sustracción de menores, 225 bis.1.
 Trato degradante, 173.2.

Utilización de menores o incapaces para la mendicidad, 233.
Violencia física en el ámbito familiar, 153.
Naturaleza, 39 b).

Patrimonio

Delitos contra el, 234 y ss.
Histórico, delitos contra el, 321 y ss.

Penas

Accesorias, 33.6, 54 a 57, 79.
Clases, 32
Privativas de derechos, 39 a 49.
Privativas de libertad, 35 a 38.
No se reputan penas, 34.
Compensación de,
Con medidas cautelares de distinta naturaleza, 59.
De multa, 50 a 53.
Duración, 33 y 70.2.
Graves, menos graves y leves, 13 y 33.
Prescripción de las, 130.6.º, 133 y 134.
Reducción de las, 59 y 60.2.
Reglas de determinación de las
A los autores y cómplices, 61 a 64.
Reglas especiales para la aplicación, 73 a 79.
Reglas generales para la aplicación, 61 a 72.
Reglas para la aplicación en las faltas, 638.
Superior e inferior en grado, 70 a 72.
Suspensión de la ejecución 80 a 87.
Condiciones, 83.
Delitos perseguibles previa denuncia o querrela, 86.
Drogodependientes, 87.
Enfermos muy graves, 80.4.
Incumplimiento de obligaciones impuestas, 84.2.
Inscripción en Registro de Penados, 82 y 85.
Mientras se tramita indulto, 4.4.
No extensión a responsabilidad civil, 80.3.
Plazo, 80.2.
Por cumplimiento medidas de seguridad, 99.
Por tramitación indulto, 4.4 y 5.
Prórroga plazo, 84.2.b) y 87.5.
Remisión de la pena, 85 y 87.5.
Requisitos, 81.
Resolución motivada, 80.1.
Revocación, 84.1 y 2.c), 87.5.
Tramitación, 82 y 86.
Trastorno mental grave posterior a la condena, 60.
Sustitución de las, 88, 89.

Perdón del ofendido

Causa de extinción de la responsabilidad criminal, 130.5.º

Extingue la acción penal o la pena impuesta en

Daños culposos, 267, párr. 3.º

Descubrimiento y revelación de secretos, 201.3.

Faltas, 639, párr. 3.º

Injurias y calumnias, 215.3.

No extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase en agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.2.

Periódicos, censura previa, 538.

Persona interpuesta

En

Abuso de información privilegiada en el mercado bursátil, 285.

Cohecho, 419, 420.

Delitos contra la Hacienda Pública, 305.1.a).

Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, 445.1.

Fraude a la Seguridad Social, 307.1.a).

Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, 439, 441.

Personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, delitos contra, 608 y ss.

Pesca

Ver *Caza*.

Pornografía

En cuya elaboración

Se emplee la voz o imagen alterada de menores, 189.7.

Se haya utilizado a menores, 189.1.b).

Espectáculos de, uso de menores, 189.1.a).

Poseer pornografía en la que se hubiera utilizado a menores, 189.2.

Valor económico de la, agravante, 189.3.c).

Vender, difundir o exhibir entre menores, 186.

Porte de armas

Ver *Armas*.

Precio

Agravante, 22.3.ª.

Alteración de precios, 262, 281.1, 284.

En

Asesinato, 139.2.ª.

Calumnias e injurias, 213.

Encubrimiento, 451.1.º.
Lesiones, 156.
Tráfico de drogas, 377.

Prescripción

De la pena

Causa de extinción de la responsabilidad criminal, 130.7.º.
Dies a quo, 134.
Plazos, 133.1.

De la medida de seguridad

Causa de extinción de la responsabilidad criminal, 130.7.º.
Dies a quo, 135.2.
Plazos, 135.1.

Del delito

Causa de extinción de la responsabilidad criminal, 130.6.º.
Dies a quo, 132.1.
Dies ad quem, 132.2.
Plazos,
De la falta, 131.2.
Del delito, 131.1.

Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso, 131.4, ni tampoco las penas, 133.2.

Prevaricación

De funcionarios públicos, delito de, 404 y ss.
Judicial, delito de, 446 y ss.

Privación

Del derecho a conducir

Clasificación de la pena, 33.2.e), 33.3.d), 33.4.a).
Definición, 47.
Duración, 40.2, 70.3.4.º.

En

Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, 379.
Conducción temeraria, 381.
Conducción temeraria con consciente desprecio por la vida de los demás, 384.
Homicidio imprudente, 142.2.
Lesiones, 152.2, 621.4.

Medida de seguridad, 93.3.7.^a, 105.2.b).

Naturaleza de la pena, 39.d).

Del derecho a la tenencia y porte de armas

Clasificación de las penas, 33.2.f), 33.3.e), 33.4.b).
Contenido de la pena, 47, párr. 2.
Duración, 40, 70.3.5.º.

En

Homicidio imprudente, 142.2.

- Lesiones, 148.1.º, 152.2, 621.5.
- Tenencia, tráfico y depósito de armas, 570.
- Violencia física en el ámbito familiar, 153, 173.
- Medida de seguridad, 96.3 8.ª, 105.2.a).
- Naturaleza de la pena, 39.e).
- Del derecho a residir o acudir a determinados lugares
 - Delitos en que puede aplicarse, 57.
 - Duración, 33.2 y 3, 40.
 - Efectos, 48.
 - Medida de seguridad, 96.3.1.ª, 105.1.c) y d).
 - Suspensión ejecución penas, 83.1.1.º.

Procurador

Ver *Abogado*.

Propiedad

- Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, 234 y ss.
- Faltas contra la, 623 y ss.
- Industrial, delito contra la
 - Denominación de origen o indicación geográfica, 275.
 - Disposiciones generales, 287 y 288.
 - Patente secreta, 277.
 - Patentes, modelos y dibujos, 273.
 - Signos distintivos, 274.
 - Tipos agravados, 276.
- Intelectual, delito contra la
 - Delitos, 270.
 - Disposiciones generales, 287 y 288.
 - Responsabilidad civil y medidas reparadoras, 272.
 - Tipos agravados, 271.

Proposición

- Concepto, 17.2.
- En
 - Asesinato, 141.
 - Asociación ilícita, 519.
 - Atentado, 553.
 - Delitos contra la Comunidad Internacional, 615.
 - Delitos contra la Corona, 488.
 - Detención ilegal y secuestro, 168.
 - Homicidio, 141.
 - Lesiones, 151.
 - Provocación sexual, 186.
 - Rebelión, 477.
 - Receptación, 304.
 - Robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, 269.

Sedición, 548.
Terrorismo, 578.
Tráfico de drogas, 373.
Traición, 585.
Punibilidad, 17.3.

Prostitución, delitos relativos a la, 187 y ss.

Provocación

Concepto, 18.
En
 Ver Proposición.

Psicotrópicos

Conducción bajo la influencia de, 379, 383.
Intoxicación plena por, 20.2.º.

Q

Quebrantamiento

De condena
 Con violencia, 469.
 Intervención de terceros, 470 y 471.
 Tipo, 468.
De expulsión del territorio español a extranjero, 89.3.
De la Inviolabilidad de las Cortes o Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma, 499.
De la pena sustitutiva, 88.3.
De resolución judicial sobre guarda del menor, 622.

Querrela

Del Abogado del Estado o representante procesal de la administración autonómica, en
 Delito contra la Hacienda Pública, 305.4.
 Delitos contra la Seguridad Social, 307.3.
 Fraude de subvenciones públicas, 308.4.
Del Ministerio Fiscal, en
 Agresiones, acoso o abusos sexuales, 191.1.
 Delito contra la Hacienda Pública, 305.4.
 Delitos contra la Seguridad Social, 307.3.
 Fraude de subvenciones públicas, 308.4.
Del ofendido, en
 En calumnia o injuria, 215.

Quiebra, fraudulenta, 260.

R

Radiaciones, contraviniendo Leyes u otras disposiciones, 325.

Racismo

Agravante, 22.4.

Ver *Discriminación*.

Realización arbitraria del propio derecho, 455.

Rebelión

Delito de, 472 y ss.

En encubrimiento, 451.3.a).

Receptación, delito de, 298 y ss.

Recompensa

Agravante, 22.3.^a.

En

Amenazas, 171.2.

Asesinato, 139.2.^a.

Calumnia o injuria, 213.

Cohecho, 425.

Reducción

Del importe de las cuotas, en multa, 51.

Referéndum, 506 bis, 521 bis.

Regente

Ver *Corona*.

Regularización

En

Delito contra la Hacienda Pública, 305.4.

Delitos contra la Seguridad Social, 307.3.

Fraude de subvenciones públicas, 308.4.

Reincidencia

Agravante, 22.8.^a.

Concepto, 22 *in fine*.

En

Reglas para la determinación de la pena, 66, regla 5.^a.

Suspensión de la ejecución, 87.2.

Internacional, 190, 375, 388, 580.

Relación de afectividad

Circunstancia mixta de parentesco, 23.

En

- Acoso sexual de autoridad o funcionario, 443.
- Acoso sexual de funcionario penitenciario, 444.
- Cohecho a favor del reo, 424.
- Encubrimiento, 454.
- Violencias en el ámbito familiar, 153 y 617.

Reparación o disminución del daño, Atenuante, 21.4.^a.

Reproducción asistida, 162.

Resistencia a la autoridad o los agentes

- Delito de, 550 y ss.
- En rebelión, 482.

Responsabilidad civil

- Contenido, 109.
- Contribución de la víctima, 114.
- Del partícipe, 122.
- En
 - Libertad condicional, 90.1.
 - Suspensión de la ejecución de las penas, 81.3.
- Fijación de la cuantía, 115.
- Formas, 110.
 - Indemnización de perjuicios materiales y morales, 110.3.º, 113.
 - Restitución, 110.1.º, 111.
 - Reparación del daño, 110.2.º, 112.
- No afecta a la suspensión de la pena, 80.3.
- Personas civilmente responsables
 - Cláusula genérica, 116.
 - Compañías aseguradoras, 117.
 - En caso de exención de responsabilidad criminal, 118, 119.
 - La administración estatal, 121.
 - Subsidiarios, 120.
- Reserva de la acción, 109.2.

Responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, 33.5 y 53.

Retroactividad de las leyes, 2.2, Disposiciones Transitorias Primera y Segunda.

Reunión

- Ante los órganos legislativos, 494.
- De las confesiones religiosas, impedir las o perturbar las, 523.
- Ilícitas
 - Asistentes con armas, 514.2.
 - Concepto, 513.
 - Impedir o perturbar el ejercicio del derecho, 514.4.
 - Promotores, 514.1.

Realización de actos violentos, 514.3.
Reunión previamente suspendida, 514.5.
Impedir el legítimo ejercicio de la libertad de, 514.4.

Revelación de secretos

De actuaciones judiciales, 466.
De empresa, 279, 280.
De información oficial, 417.
De intimidad, 197 y ss.
Relativas a la defensa nacional, 598 y ss.

Revisión de Sentencias, Disposiciones Transitorias Tercera a Décima.

Rey

Ver *Corona*.

Riña tumultuaria, 154.

Robo

Con fuerza, 238.
Llaves falsas, 239.
Penalidad, 240.
Provocación, conspiración y proposición, 269.
Tipo básico, 237.
Tipos agravados,
Casa habitada, 241.
Robo violento, 242.
Y hurto de uso de vehículos
Delito, 244.
Falta, 623.3.1.º.

Ruidos, contraviniendo Leyes u otras disposiciones, 325.

Rumores falsos, en perjuicio del Estado, 594.

S

Salud pública, delitos contra la, 359 y ss.

Sanciones penitenciarias, impuestas indebidamente, 533.

Secretos

Ver *Revelación de secretos*.

Secuestro

Delito de
Sin dar razón del paradero de la persona secuestrada, 166.

Supuestos agravados, 165.
 Tipo básico, 164.
 En terrorismo
 Atentado, 572.2.º.
 Sin pertenecer a banda armada, 577.

Sedición, delito de, 544 y ss.

Seguridad del tráfico, delitos contra la, 379 y ss.

Seguridad e higiene en el trabajo, delitos contra la, 316 y ss.

Seguridad Social, delitos contra la, 307.

Seguros obligatorios, carencia de, 636.

Senado

Ver *Congreso de los Diputados*.

Senadores, carácter de Autoridad, 24.1.

Sepultura, profanación de, 526.

Servicio público

Abandono colectivo de, 409.
 Denegación de auxilio a, 412.
 Denegación discriminatoria de prestación de, 511.
 En
 Hurto, 235.2.
 Robo, 241.1.

Simulación

De Autoridad, en
 Detenciones y secuestros, 165.
 De contrato, en
 Estafa, 251.3.º.
 Migraciones fraudulentas, 313.2.
 De delitos, 457.
 De la verdadera situación de la empresa, 310.b).
 De medicamentos, 362.2.º.
 De operaciones de comercio internacional entre empresas, en tráfico de drogas, 370.
 De pleito, en estafa, 250.2.º.
 De un documento en todo o en parte, en Falsificación, 390.1.2.º.

Sociedad, definición, 297.

Societarios, delitos

Administración fraudulenta, 295.

Disposiciones comunes, 296 y 297.
Falseamiento de cuentas o documentos, 290.
Impedimentos a las inspecciones legales, 294.
Impedimentos ilegales a los derechos de un socio, 293.
Imposición de acuerdos abusivos, 291.
Imposición de acuerdos de mayorías ficticias, 292.

Soporte informático

En

Daños, 264.2.
Descubrimiento y revelación de secretos, 197.2, 197.4.
Revelación de secretos de empresa, apoderamiento de, 278.

Subasta pública, alteración del precio del remate, 262.1, inciso tercero.

Subvención, fraude de, 308.1.

Suicidio

A petición de la víctima, 143.4.
Cooperación, 143.2.
Ejecución, 143.3.
Inducción, 143.1.

Sumisión a tratamiento externo. Medida de seguridad, 105.1.a).

Suposición de parto, 220.

Suspensión

De actividades de sociedades, empresas, fundaciones o asociaciones, 129.
De empleo o cargo público
Accesoria, 56.
Duración, 33.2 y 3, 40.
Efectos, 43.
De la ejecución
De las medidas de seguridad, 97.c).
De las penas privativas de libertad, ver **Penas**.
De pagos, 259 y ss.

Sustracción

De bienes, en caso de conflicto armado, 612.1.c).
De caudales o efectos públicos, 432.
De competencias o atribuciones a los órganos legislativos, 472.4.º.
De cosa
Mueble, 234, 236, 237.
Propia, 289.

De cosas
 De primera necesidad, 235.2.
 De valor artístico, histórico, cultural o científico, 235.1.
 De documentos, en
 Estafa, 250.1.4.º.
 Infidelidad en la custodia de documentos, 413.
 De información clasificada, 602.
 De materiales nucleares o elementos radioactivos, 345.
 De vehículos, ver *Ciclomotor*.

T

Tarjetas de crédito, se consideran moneda, 387.

Tenencia de armas y explosivos

Ver *Armas*.

Tentativa

Concepto, 16.1.
 Homicidio personal Real, 485.2.
 Pena autores, 62.
 Pena cómplices, 63 y 64.
 Punicción, 15.

Terrorismo, delitos de

Armas, municiones y explosivos, 573.
 Contra el patrimonio, 575.
 Contra las personas, 572.
 Cualquier otra infracción, 574.
 Enaltecimiento, 578.
 Estragos e incendios, 571.
 Provocación, conspiración y proposición, 579.1.

Torturas, delito de, 174 y ss.

Trabajadores, delitos contra los derechos de los, 311 y ss.

Trabajos en beneficio de la comunidad

Cumplimiento, 49.
 Duración, 33.3 y 4, 40, 49.
 Sustitutorio de otras penas, 53.1 y 88.2.
 Traición, delito de, 581 y ss.
 Tráfico
 De armas, 566.3.º.
 De drogas, 368 y ss.

De especies animales amenazadas, 334.
De explosivos, 568.
De géneros corrompidos, 363.3.
De influencias, 428 y ss.
De materiales radioactivos, 345.
De sustancias nocivas, 360.
Delitos contra la seguridad del, 379 y ss.
En
 Blanqueo, 301.1, párr. 2.º.
 Receptación, 298.2.
Ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada, 332.
Ilegal de mano de obra, 312.
Ilegal de mano de obra extranjera, 318 bis.

Traición, delitos de, 581 y ss.

Traje, uso indebido, 637.

Trastorno mental

Aplicación de medidas de seguridad, ver *Medidas de seguridad*.
Grave posterior a la condena, 60.
Transitorio, eximente, 20.1.º.

U

Ultrajes

A España, 543.
A las Comunidades Autónomas, 543.
A símbolos o emblemas, 543.

Uso público de un.iforme, 637.

Usurpación

De atribuciones
 Administrativas, 507.
 Competenciales, 509.
 Judiciales, 508.1.
De cosas y derechos
 Alteración de términos o lindes, 246.
 Distracción de curso de aguas, 247.
 Falta, 624.
 Ocupación de inmuebles o derechos ajenos, 245.
De estado civil, 401.
De funciones públicas, 402.
Delito de, 245.

V

Vehículos de motor

Ver *Ciclomotor*.

Vejaciones

A españoles, 590.

A quienes profesan religión, 525.1.

Con ocasión de registro, 534.2.

De carácter leve, 620.2.º.

En agresiones sexuales, 180.1.ª.

Veneno

Empleo

En daños, 263.1.3.º.

En caza o pesca, 336.

Vertederos de desechos, 328.

Violación

De secretos, 417.

Sexual, 179.



LA LEY
grupo Wolters Kluwer



EN-0926-2-W1



CGM-01/17

www.laley.es

ISBN: 978-84-8126-248-3



9 788481 262483