

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Contratado Doctor)
de Derecho Penal y Criminología
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

ARTÍCULO 11 CP

Comisión por omisión. Posición de garante. Padres e hijos: muerte de la madre por la grave desatención de los hijos: testifical y pericial sobre el lamentable estado que tenía en el momento del fallecimiento.

(...) Debe dejarse claro, pues, la obligación de los hijos de atender a sus padres, como obligación, no solo natural, sino como obligación civil, que desemboca en el ámbito penal, cuando ante la posición de garantes de los hijos respecto de sus padres, aquéllos les desatienden con resultados semejantes a los que aquí constan, falleciendo la víctima ante la absoluta desidia y desatención de los hijos, que, ante la evidencia de la necesidad de atención, no solo personal, sino, también, médica le dejan morir de forma cruel, como consta en el relato de hechos probados (...).

(...) La omisión, como ilícito penal, concurre con claridad en los casos de graves incumplimientos de las obligaciones de atención y cuidado que desembocan en un resultado lesivo o mortal, como en este caso, ya que concurre un nexo de unión o de causalidad entre la omisión grave y el resultado producido. Recordemos que el artículo 142 CC señala que: Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y el artículo 143 CC añade, como complemento, que Están obligados recíprocamente a darse alimentos en toda la extensión que señala el artículo precedente: 1.º Los cónyuges. 2.º Los ascendientes y descendientes. Se atiende, así, a una obligación de carácter civil, en principio, pero que puede y debe tener efectos en el orden penal si, como consecuencia de ese incumplimiento grave, se produce una situación en nexo cau-

sal con el incumplimiento de la obligación de garantes que existe en derivación de esa inicial obligación civil. De esta manera, el resultado mortal irrumpe en el nexo causal relacionado directamente con un omitir que lleva como consecuencia a la muerte de la persona que tiene el derecho a recibir la atención médica y el cuidado por el obligado a prestarlo, que en este caso no son otros que sus propios hijos. Distinto sería que aun ante el incumplimiento propio de la obligación se busquen, al menos, los medios para que esta obligación de cumpla por tercero, pero si esta tampoco se busca se produce una situación omisiva grave de la que deriva no solo una responsabilidad por el mero acto del abandono, sino, también, por el resultado final que es el desencadenante de la omisión previa del cumplimiento de la obligación de cuidado y atención.

Bajo esta posición, los hijos tienen esta obligación que no solo es natural, sino jurídica cuando los padres no pueden cuidarse por sí solos. Se trata de una obligación de derecho natural en esencia, pese a su plasmación posterior en normativa civilística en cuanto regula los alimentos entre parientes.

Puede llegar a afirmarse, pues, que los hijos tienen una obligación superior a la moral de atender a sus padres cuando éstos han alcanzado una edad que no pueden valerse por sí mismos, y aparecen como garantes de esa atención indispensable que los hijos deben prestar a sus padres en sintonía con la reciprocidad de la atención que éstos tuvieron con ellos prestando los debidos cuidados y atención cuando los necesitaban por no poder valerse, de igual modo, por sí mismos. En el caso de que esa obligación no se cumpla debidamente, en una u otra dirección, y se incumpla gravemente la tutela de garante que ambos tienen en distintas épocas de la vida se convierte en una obligación legal incumplida, que acarrea responsabilidades que, en este tipo de casos, como se constata en el relato de hechos probados, tiene un alto grado de reprochabilidad, no solo social, que la tiene, sino también, y sobre todo, penal.

(...) La posición de garante: En la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo 64/2012 de 27 Ene. 2012, Rec. 598/2011 se trató de un tema en el que la posición de garante era de la madre respecto de la hija, y se hizo constar que:

«En los delitos de resultado la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo es de apreciar cuando el omitente se encuentra en posición de garante y su deber consiste en impedir el resultado.

En otros términos tanto realiza la conducta típica, en este caso matar, quien realiza activamente una conducta dirigida a la producción del resultado como quien estando obligado a defender un bien jurídico, vida de un hijo menor, en este caso de 1 año de edad, frente a agresiones que le ponen seriamente en peligro, se desentiende completamente de su protección y deja actuar al agresor, omisión de la actuación debida. Esa omisión es equivalente a la acción en la medida en que el incumplimiento de su deber de actuar en protección de la hija menor, ante la situación de peligro de muerte, supone la realización de tipo del homicidio calificado que se declara probado pues la omisión, repetimos en las circunstancias del hecho, por quien tiene un deber especial de actuar en defensa del bien jurídico en grave peligro, nacido de los deberes legales de asistencia y protección y de la propia naturaleza de la relación entre padres e hijos menores».

Incidimos en este caso en que la posición de garante a lo largo de la vida en el círculo familiar empiezan a tenerla los progenitores frente a sus hijos menores, pero, también, mucho más tarde, los hijos respecto a los padres cuando éstos, por su avanzada edad, y su falta de autonomía y absoluta dependencia, están necesitados de una ayuda por su entorno familiar, que son sus hijos.

Y son responsables penalmente ante un estado de abandono absoluto de éstos, siendo quienes, por su cercanía y descendencia, deben atenderles, pudiendo hacerlo, y no delegando esta obligación natural y jurídica en terceros. Es esta inacción ante una necesidad lo que les hace responsable por omisión ante el previsible resultado mortal que les pueda ocurrir a quienes están a su cuidado si queda probado, como en este caso ocurrió, que este fatal desenlace se produce, precisamente, por el estado de abandono en el que dejan a la madre. Y ello, es hecho perfectamente probado.

La única opción de no aplicarles a los hijos esta responsabilidad como garantes se centra en que hubieran dispuesto una cobertura de esa asistencia en terceras personas a quienes por contrato, u otro mecanismo, se les hubiera adjudicado la asistencia a los progenitores, con lo que esta posición haría entrar a los hijos en una «desatención más moral» que punible, ya que habrían traspasado contractualmente esta obligación en este tercero, pero, al menos, habría cubierto esta obligación, aunque depositándole en personas que les van a atender médicamente, y en muchos casos con la profesionalidad que conlleva una atención personal que aunque no puede sustituir a un hijo, sí, al menos, intentar hacerlo ante el abandono de su responsabilidad moral por los hijos.

(STS 459/2018 de 10 de octubre).

ARTÍCULO 14 CP

Error de tipo y error de prohibición. Caso Tarjetas Black.

(...) El error de prohibición constituye el reverso de la conciencia de la antijuridicidad como elemento constitutivo de la culpabilidad cuando el autor de la infracción penal ignore que su conducta es contraria a Derecho (SSTS 1141/1997, de 14-11; 865/2005, de 24-6; 181/2007, de 7-3; 753/2007, de 2-10; 353/2013, de 19 de abril; y 816/2014, de 24-11). Esta Sala tiene dicho también que la conciencia de antijuridicidad como elemento del delito no requiere el conocimiento concreto de la norma penal que castiga el comportamiento de que se trate, ni tampoco el conocimiento de que genéricamente el hecho está castigado como delito. Basta con saber a nivel profano que las normas que regulan la convivencia social (el Derecho) prohíben el comportamiento que se realiza. El contenido de este elemento del delito, la conciencia de la antijuridicidad, o de su reverso, el error de prohibición, se refiere al simple conocimiento genérico de que lo que se hace o se omite está prohibido por las Leyes, sin mayores concreciones, y sin que se requiera conocer las consecuencias jurídicas que de su incumplimiento pudieran derivarse. Basta conocer la ilicitud del propio obrar. (STS n.º 670/2015, de 30 de octubre).

Por otro lado, es preciso tener en cuenta las características personales del autor, sus condiciones psicológicas y de cultura, incluso, a efectos de la vencibilidad, las posibilidades de recibir instrucción y asesoramiento o de acudir a medios que le permitan conocer la trascendencia jurídica de sus actos. También la naturaleza del hecho delictivo, sus características y las posibilidades que de él se desprenden para que sea conocido el mismo por el sujeto activo (STS 482/2007, de 30-5). El análisis debe efectuarse sobre el caso concreto, tomando en consideración las condiciones del sujeto en relación con las del que podría considerarse hombre medio, combinando así los criterios subjetivo y objetivo, y ha de partir necesariamente de la naturaleza del delito que se afirma cometido, pues no cabe

invocar el error cuando el delito se comete mediante la ejecución de una conducta cuya ilicitud es de común conocimiento (STS 1238/2009, de 11-12; y 338/2015, de 2-6 y STS n.º 670/2015, de 30 de octubre). El error de tipo, recae sobre un elemento sustancial de la infracción criminal, de modo que el agente valora erróneamente un elemento del tipo, a pesar de conocer que, de haberlo valorado correctamente, ese comportamiento estaría prohibido como delictivo por la norma con carácter general (error de prohibición). Así pues, mientras que el error de prohibición excluye la culpabilidad, el error de tipo excluye el dolo, al no considerar existente o haber valorado erróneamente un elemento del tipo. Pero con la conciencia de que, si los hechos fueran como resultaría de una correcta valoración de ese elemento, la conducta sería constitutiva de delito. En este sentido, STS n.º 749/2017, de 31 de octubre.

El dolo es un elemento subjetivo de la tipicidad o, con otras palabras, se integra en el tipo subjetivo, mientras que la conciencia de antijuricidad pertenece a la culpabilidad. El dolo exige el conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de ejecutar la conducta, mientras que la conciencia de antijuricidad supone la apreciación de que la ejecución de esos elementos del tipo es antijurídica. El error de tipo supone la creencia errónea acerca de la concurrencia de alguno de los elementos del tipo. El error de prohibición, partiendo de una creencia adecuada sobre la concurrencia de los elementos del tipo, implica la creencia errónea de estar actuando conforme a Derecho. La distinción no es fácil cuando se trata de error sobre los elementos normativos del tipo que determinan la antijuricidad, pero, aun existiendo diversas posiciones doctrinales, la doctrina mayoritaria sostiene que los errores sobre elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, son siempre errores de tipo y así deben ser tratados.

En ambos casos se requiere una prueba suficiente sobre tal errónea creencia, que ha de ser un comportamiento excepcional, y que ha de ser valorado de acuerdo con las características propias del caso concreto sometido a la valoración del Tribunal. (STS n.º 865/2005).

2. Aunque los posicionamientos doctrinales no sean unánimes sobre las dos clases de error y sobre cuando nos encontramos ante uno u otro, en el caso lo relevante, en primer lugar, es determinar si es posible aceptar que alguno de los recurrentes incurrieran en alguna clase de error respecto a lo que concierne a la posibilidad de disponer lícitamente, en la forma en que se hacía, del patrimonio de la Caja para las finalidades que cada uno considerase oportunas, sin control de ninguna clase, sin que las cantidades dispuestas efectivamente constasen en documento alguno, sin liquidaciones posteriores y, en consecuencia, sin reflejo fiscal.

Como se verá al resolver los recursos de cada uno de los condenados, dadas las características del sistema, con una opacidad que no solo se manifestaba en relación a la Hacienda Pública, sino también respecto a aquellos que no fueran beneficiarios o usuarios de las tarjetas, que solamente conocían aspectos parciales del mecanismo de utilización, no es posible aceptar que actuaran creyendo que el presidente ejecutivo tenía facultades para disponer de esa forma del dinero de la entidad para beneficiar a los miembros de los órganos de gobierno más allá de la percepción de las dietas autorizadas por la ley y los estatutos. O que estaban actuando conforme a la ley al disponer de esa forma del dinero de la entidad para sus atenciones personales o para cualquier tipo de gasto sin control de ninguna clase y sin reflejo fiscal.

(STS 438/2018 de 3 de octubre).

ARTÍCULOS 16 Y 82.1 CP

Tentativa: el delito intentado no distingue entre tentativa completa e incompleta, imponiéndose la pena con rebaja en un grado o dos en función del peligro inherente al intento o al grado de ejecución alcanzado. Remisión condicional: la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia en las que intervienen el acusado, la víctima, las acusaciones particulares y el Ministerio Fiscal.

(...) El Código Penal de 1995 ha establecido un concepto unitario de tentativa y ha prescindido del dualismo anterior que distinguía entre tentativa y frustración. Sin embargo, la puesta en peligro del bien jurídico puede ser de distinta intensidad, razón por la que el artículo 62 del Código Penal obliga a sancionar el delito intentado con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, atendiendo al «peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado», lo que ha dado pie a que se hayan utilizado las categorías de tentativa acabada e inacabada para establecer un criterio de distinción que sirva de base al dual tratamiento punitivo de la tentativa.

Una primera línea jurisprudencial, de la que puede ser exponente la STS 625/2004, de 14 de mayo, establecía una correspondencia plena entre los conceptos de tentativa y frustración, de un lado, y tentativa acabada e inacabada, de otro, y fijaba como criterio de aplicación penológica la rebaja de la pena en un grado en el primer tipo de tentativa o en dos para el segundo, salvo que concurrieran circunstancias excepcionales, en cuyo caso el criterio general podría verse alterado pero mediando la adecuada justificación.

Actualmente se prescinde de esa rigidez conceptual. Conviene traer a colocación la STS 332/2014, de 24 de abril, reiterada en la posterior STS 701/2015, de 6 de noviembre, que recoge la doctrina más reciente de esta Sala sobre los criterios que orientan la individualización de la pena en caso de tentativa. Se señala que «aunque en la doctrina y parcialmente en la jurisprudencia, se manejan generalmente estos conceptos de tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que la nueva redacción del artículo 62 del Código Penal, no sólo tiene en cuenta para la determinación de la pena legalmente procedente «el grado de ejecución alcanzado», sino también el «peligro inherente al intento», peligro que remite más a la intensidad de la acción que a la progresión de ésta.

La doctrina y la jurisprudencia (STS 703/2013, de 8 de octubre) han destacado que en realidad el fundamento esencial de la determinación de la pena radica en el peligro generado por la conducta, pues ordinariamente cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también. Por tanto, debe quedar claro que en el nuevo sistema de punición de la tentativa lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que conlleva el intento. Por ello no siempre que la tentativa sea inacabada debe imponerse la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada pero el grado de ejecución sea avanzado y el peligro ocasionado sea especialmente relevante, en cuyo caso lo razonable es reducir la pena en un solo grado».

En la misma dirección la STS 402/2017, de 1 de junio, indica que «para la valoración de la incidencia que en la concreción de la pena ha de tener la tentativa, conforme indica el propio artículo 62 del Código Penal, habrá de estarse al mayor o menor riesgo de la lesión o afección del bien jurídico protegido « inherente al intento» (intensidad de peligro), así como al mayor o menor riesgo de lesión o afección de ese mismo bien jurídicamente protegido en atención al «grado de ejecución alcanzado» (proximidad del peligro).

La doctrina reseñada de forma sucinta, en contra de lo que se afirma en el recurso, no establece la graduación del delito intentado distinguiendo entre tentativa completa e incompleta, sino atendiendo a los parámetros específicamente mencionados en el artículo 62 del Código Penal, tales como el «peligro inherente al intento o al grado de ejecución alcanzado».

La sentencia impugnada, que gradúa la pena de los delitos sin tomar en consideración el tipo de tentativa no es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo por lo que este primer motivo de impugnación carece de interés casacional y excede de los límites establecidos legalmente para su admisión. Lo que se pretende en este motivo de censura no es la fijación de un criterio o doctrina en relación con un precepto legal sustantivo, sino que el tribunal de casación se adentre en la valoración de los hechos y determine el grado de peligro derivado de la conducta del autor, cuestión que es ajena al ámbito de este tipo de recurso de casación.

(...) El vigente artículo 82.1 CP permite que la suspensión se acuerde en sentencia y, además, no exige de forma expresa que esa decisión deba adoptarse previa audiencia de las partes.

Como se señala en su Exposición de Motivos la reforma» tiene como finalidad esencial dotarla (a la suspensión) de una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión». Se añade que «también se impone a jueces y tribunales el deber de resolver en sentencia sobre la posible suspensión de la ejecución siempre que ello resulte posible. Cuando la decisión no pueda adoptarse en sentencia, se articula un trámite de audiencia para las partes».

Ante el nuevo panorama normativo surge el interrogante de si el nuevo artículo 82.1 CP, para ser respetuoso con los principios constitucionales, debe ser interpretado en el sentido de exigir la audiencia previa cuando la decisión sobre la suspensión se acuerde en sentencia. El precepto citado guarda silencio sobre esa cuestión y ese silencio es puesto de relieve en el recurso para enfatizar que no se debe exigir un trámite que la ley ha omitido de forma patente.

4. El trámite de audiencia en el incidente de suspensión de la pena de prisión, referido a la situación existente antes de la reforma de la LO 1/2015, fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional, ya que el artículo 82 CP entonces vigente nada decía sobre el procedimiento a seguir.

En la STC 248/2004, de 20 de diciembre, el máximo intérprete constitucional afirmó que «el derecho fundamental... (a) obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales,... en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos, comporta la exigencia de que 'en ningún caso pueda producirse indefensión'; lo que indudablemente significa que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, o que legalmente debieran serlo, mediante la oportunidad dialéctica de alegar y justificar procesalmente, el reconocimiento judicial de sus derechos e intereses. Este derecho de defensa y bilateralidad... se conculca... cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa» (reiterado entre muchas (STC 124/1994, de 25 de abril. De modo que este derecho comporta en primer término el de ser llamado al proceso en el que se sustancian pretensiones que afectan a

sus derechos e intereses legítimos, como primera garantía que asegura el derecho a intervenir en el proceso (por todas, SSTC 9/1981, de 31 de marzo, FJ 6; 216/1992, de 1 de diciembre, FJ 2).

Se indica también en la sentencia que «el objeto del incidente de ejecución de sentencia es independiente del objeto del proceso penal que finaliza con la sentencia condenatoria, valorándose en él cuestiones que no fueron objeto de debate procesal en el mismo pues carecen de relevancia para la sustanciación de la pretensión punitiva del Estado; y, de otro, que si bien el título jurídico habilitante para la restricción de la libertad personal es la sentencia condenatoria, como hemos declarado en otras ocasiones en relación con esta misma institución, la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad afecta al valor libertad por cuanto incide en la forma de cumplimiento de la pena y en el efectivo ingreso en prisión del condenado (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 2; 7/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)».

Recordaba el Tribunal Constitucional que resultaba de aplicación «la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que al interpretar el artículo 5.4 del Convenio europeo de derechos humanos ha declarado que la privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre muchas, SSTEDH de 24 de octubre de 1979 (TEDH 1979, 4), asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986 (TEDH 1986, 12), caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991 (TEDH 1991, 72), asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004 (TEDH 2004, 61), asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29)».

También se argumentaba que «una resolución fundada en Derecho en materia de suspensión de la ejecución de la pena es aquella que, más allá de la mera exteriorización de la concurrencia o no de los requisitos legales establecidos, que también debe realizar, pondera las circunstancias individuales del penado en relación con otros bienes o valores constitucionales comprometidos por la decisión (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 4). En particular, dado que esta institución afecta al valor libertad personal, en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y habida cuenta de que constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE, la resolución judicial debe ponderar «las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, teniendo en cuenta la finalidad principal de la institución, la reeducación y reinserción social, y las otras finalidades, de prevención general, que legitiman la pena privativa de libertad» (STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4; en sentido similar, SSTC 25/2000, de 31 de enero, FFJJ 3 y 7; 8/2001, de 15 de enero, FFJJ 2 y 3; 110/2003, de 16 de junio, FJ 4)» (FJ 3).

La consecuencia final de la sentencia fue que «aunque no se establezca de forma expresa en caso de denegación de la suspensión, dicha audiencia constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (artículo 24.1 CE)» y que «debió darse oportunidad al recurrente de alegar sobre la concurrencia de los requisitos que el Código penal exige para la concesión de dicho beneficio –artículo 81 CP–, así como sobre las circunstancias personales con base en las cuales el órgano judicial debía realizar la ponderación de los fines de dicha institución y específicamente la valoración de la peligrosidad criminal del sujeto, según requiere el artículo 80.1 CP».

El criterio de esta sentencia fue objeto de pronunciamientos posteriores que han matizado su contundencia.

En la STC 222/2007, de 8 de octubre, se afirmó que «conforme a nuestra doctrina, no se produce indefensión material en aquellos supuestos en los cuales, aun privado el recurrente en un determinado trámite o instancia procesal de sus posibilidades de defensa, sin embargo pudo obtener en sucesivos trámites o instancias la subsanación íntegra del menoscabo causado a través de sus posibilidades de discusión sobre el fondo de la cuestión planteada y, en su caso, de la proposición y práctica de pruebas al respecto (SSTC 134/2002, de 3 de junio, FJ 3; 94/2005, de 18 de abril, FJ 5)».

En esta sentencia se analizó un caso en que se había acordado la denegación de la suspensión, en fase de ejecución y sin audiencia al condenado, admitiéndose posteriormente un escrito pidiendo la libertad y tramitándose un recurso contra la denegación, en el que se discutió con plenitud la procedencia de la suspensión y del ingreso en prisión del condenado. A pesar de no haberse dado audiencia previa, el máximo intérprete constitucional consideró que esa irregularidad carecía de relevancia constitucional «dado que en la subsiguiente tramitación del procedimiento de suspensión fue oído y tuvo oportunidad de alegar de nuevo, tanto en relación con la concurrencia de los requisitos establecidos legalmente para la concesión del beneficio como sobre las especiales circunstancias concurrentes en el caso y que determinaron su ingreso en prisión, todo lo cual excluye la relevancia constitucional de la indefensión denunciada (*mutatis mutandi*, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 5)».

Otro precedente jurisprudencial que debe ser recordado es el concernido en la STC 76/2007, de 16 de abril, en el que se enjuició una denegación de la suspensión a un acusado en sentencia, sin solicitud de parte y sin audiencia previa de las partes del proceso. En ese supuesto el Tribunal Constitucional tampoco estimó el recurso de amparo porque «la decisión denegatoria de la suspensión se adelantó *in voce* en el propio acto del juicio –reconociendo el recurrente que sí pudo, y de hecho lo hizo, realizar las alegaciones que estimó oportunas para el ejercicio del derecho de defensa en el recurso de apelación formulado frente a la resolución que denegó en instancia la suspensión de la ejecución».

5. Dejando al margen pronunciamientos excepcionales, que pueden explicarse por las singularidades de los casos enjuiciados, de la doctrina expuesta, así como de la regulación del Código Penal se pueden extraer las siguientes consecuencias:

a) La decisión sobre la suspensión de una pena privativa de libertad, ya se acuerde en sentencia o en fase de ejecución, constituye un pronunciamiento distinto del propio del juicio y afecta de modo directo al derecho fundamental a la libertad personal (artículo 17 CE) en cuanto puede determinar el ingreso en prisión del condenado por motivos o circunstancias distintas de las analizadas en el juicio.

b) La decisión requiere una motivación reforzada que debe contener, además de la exteriorización del cumplimiento o no de los requisitos legalmente establecidos, una ponderación de las circunstancias individuales del penado, en relación con otros bienes o valores comprometidos en la decisión (tal y como se deduce, entre otros del contenido de los artículos 80.1, párrafo 2.º, 80.2.1.º, 80.3, párrafo 2.º, 80.4) así como una ponderación de la prohibición o deber a que puede condicionarse la suspensión.

c) El artículo 80.6 exige que, antes de resolver sobre la suspensión, se oiga al ofendido por el delito o a quien le represente y en la mayor parte de las ocasiones se precisará de la audiencia del condenado para tener un cabal conocimiento de su situación y para cumplir con determinadas exigencias como ocurre, por ejemplo, con el compromiso de pago de la responsabilidad civil, necesario para entender cumplido el requisito exigido por el artículo 82.2.3.ª CP.

Es incuestionable que la decisión sobre la suspensión de la pena de prisión, ya sea estimatoria o desestimatoria, es una resolución compleja y discrecional, en la que

han de ponderarse múltiples factores. No precisa de un especial esfuerzo argumentativo considerar imprescindible que, antes de decidir sobre la suspensión, se abra un trámite que permita a las partes alegar lo que estimen procedente en defensa de su posición, aportar, en su caso, las pruebas que se estimen pertinentes o, incluso, interesar que la decisión no se adopte en sentencia y se posponga para la fase de ejecución por falta de elementos necesarios para resolver en ese momento procesal, cuestión que también puede ser objeto de controversia.

El artículo 82 del Código Penal debe ser interpretado conforme a la Constitución y en los términos más favorables para la tutela judicial efectiva de las partes en litigio, razón por la que, aunque el precepto guarde silencio, la decisión en sentencia sobre la suspensión de la pena privativa de libertad debe ir precedida de un trámite de audiencia que permita a las partes pedir, alegar o probar lo procedente en derecho en relación con este beneficio legal, caso de que esta cuestión no haya sido objeto de debate y prueba en el plenario.

6. Resta por determinar si la doctrina expuesta es aplicable sólo a la audiencia del condenado o ha de reconocerse ese derecho al Ministerio Público y demás partes, y ello porque en este caso la sentencia de primera instancia concedió la suspensión y fue en la sentencia de apelación donde fue revocada a instancias del Ministerio Fiscal, que cuestionó la concesión del beneficio por una objeción procesal, por no haber sido oído antes de que se adoptara la decisión.

Ya hemos dicho que la víctima debe ser oída por exigencias del artículo 80.6 CP y no ofrece duda que el condenado también debe ser oído, no sólo porque si no se cumple con esta exigencia difícilmente se pueden tener los datos necesarios para resolver, sino porque se vulneraría gravemente el derecho de defensa. En relación con el resto de partes no tendría sentido que se les reconozca legitimación para intervenir si la decisión se adopta en ejecución (artículo 82 CP) y que se utilice el criterio contrario sólo porque la decisión se adopta en un momento procesal anterior. De otro lado, la STC 248/2004, de 20 de diciembre, antes citada, al analizar esta cuestión consideró que la necesidad de audiencia no se predicaba sólo del condenado sino de las demás partes, que concurren al proceso en condición de igualdad y que tienen todas ellas el derecho a la intervención procesal con igualdad de armas.

(STS 480/2018 de 18 de octubre).

ARTÍCULOS 20.7, 48 Y 468.2 CP

Quebrantamiento de condena. Pena del artículo 48 CP o medida cautelar. Ejercicio legítimo de un derecho. Dolo y móvil: bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados: el móvil de actuación del sujeto activo resulta indiferente a los efectos del tipo penal, pues nada se incluye en relación a un específico requisito subjetivo. El ejercicio de la patria potestad no puede amparar, en este caso, la infracción de la norma, ni por la vía del dolo, ni por la de estado de necesidad, ni por la del ejercicio legítimo de un derecho.

(...) En relación al tema que concita el interés casacional, el alcance del dolo que configura el elemento subjetivo del tipo, existe división en la doctrina de las Audiencias.

cias Provinciales, entre aquellas que entienden que basta un dolo genérico (entre otras SSTS A. P. de Álava, sección 2.ª, de 9 de junio de 2006; AP de Tarragona, sección 4.ª, de 6 de febrero de 2008; AP de Madrid, sección 17, de 27 de noviembre de 2009; o AP Zaragoza, sección 1.ª, de 1 de julio de 2016), o las que consideran que el delito requiere un específico ánimo de desatender la resolución judicial (SSTS AP de Las Palmas, sección 1.ª, de 30 de noviembre de 2015; o AP Valencia, sección 1.ª, de 11 de julio de 2014).

Según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal. Sin embargo, ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal.

En otras palabras, se estima que obra con dolo quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el agente no tiene seguridad alguna de poder controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca.

En consecuencia, para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del artículo 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne. Fuera de tales supuestos tal posibilidad queda descartada.

La jurisprudencia ha deslindado los conceptos de dolo y móvil del delito. El primero se colma cuando el autor sabe lo que hace y quiere hacerlo, con independencia de cuales sean las motivaciones que le determinaron a actuar como lo hizo. Los móviles o la intencionalidad de su actuación no conforman aquél (SSTS 735/2013 de 10 de octubre; 260/2016, de 4 de abril; o 376/2017 de 24 de mayo). Recordaba la STS 1010/2012 de 21 diciembre, con cita de otros precedentes, que el dolo no debe confundirse con el móvil, pues en tanto que el primero es único e inmediato, el segundo es plural y mediato, de modo que mientras no se incorpore el móvil o ánimo especial al tipo de injusto, no tendrá ningún efecto destipificador, sin perjuicio de los efectos que produzca a través de las circunstancias modificativas que pudieran operar.

Ello hace preciso distinguir el dolo del móvil del delito, exigiendo el tipo penal el primero de ellos, cualesquiera que sean las motivaciones que en su fuero interno pudieran llevar al autor a actuar del modo en que lo hizo (STS 90/2016, de 17 de febrero). En consecuencia, como indicaron las SSTS 990/2012 de 18 de octubre; 688/2013 de 30 de septiembre; 439/2014 de 10 de julio o la 553/2015 de 6 de octubre, los móviles que guían la conducta del autor son irrelevantes en la construcción dogmática del tipo subjetivo. Carece de relevancia si el autor realiza la acción con intención de hacer un favor, de complacencia, por afinidad personal o para cualquier causa, o por un fin altruista, o de odio, venganza o envidia e incluso por motivos socialmente valiosos como la solidaridad, la amistad o el amor.

(...) la exigente de cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo constituye una cláusula de cierre del total sistema jurídico que impide que la aplicación de preceptos normativos que establecen deberes, derechos o funcio-

nes sociales pueda verse confrontada con la incidencia en figuras típicas penales. Es totalmente lógico que, cuando se actúe en cumplimientos de esos deberes, derechos o funciones, los que los ejerciten no se encuentren implicados en una situación definida como antijurídica y punible. Naturalmente, como en tantas posibles antinomias entre derechos, deberes y obligaciones jurídicos sucede, para salvar la oposición deben tenerse en cuenta exigencias que garanticen que el ejercicio de derechos, deberes y funciones socialmente útiles no devenga en una forma de justificar cualquier conducta que, en principio, aparezca jurídicamente amparada y tutelada (STS 46/2014, de 11 de febrero; STS 543/2010, de 2 de junio).

Estas consideraciones excluyen que el ejercicio de la patria potestad pueda operar como causa de justificación respecto al delito de quebrantamiento con base en la circunstancia que analizamos. Más allá de los pronunciamientos que puedan afectar directamente a su contenido en el marco de la orden de protección del artículo 544 ter de la LECRIM, las prohibiciones de comunicación y acercamiento, tanto operen como medias cautelares o como penas, son limitativas de la libertad de deambulación y de otros derechos que a consecuencia de las mismas se ven restringidos. De ahí que su imposición conlleve la ponderación de los derechos y deberes en conflicto. Si la resolución que fija las mismas en relación a parejas con descendencia se decanta por otorgar primacía a la protección de la víctima, que es su principal fundamento, la afectación que ello pueda implicar respecto del contenido que integra la patria potestad, no ofrece una órbita de ejercicio capaz de justificar el incumplimiento en relación a un tipo cuyo bien jurídico protegido es fundamentalmente la efectividad de las resoluciones judiciales.

(STS 664/2018 de 17 de diciembre).

ARTÍCULO 22.4 CP

Agravante de discriminación. Actuar por razones de género: hechos más graves por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad; agresión a mujer, pareja sentimental del acusado sin convivencia, en una situación de celos, control y ánimo de posesión sobre ella, considerándola como incapaz de tomar decisiones por sí misma.

(...) La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, introdujo la agravante de cometer el delito por razones de género, en el artículo 22.4 del Código Penal (CP), que ya comprendía otros supuestos de agravación al cometer el delito por distintas clases de discriminación. En el Preámbulo de esa Ley se razonaba que la razón para incorporar el género como motivo de discriminación en la agravante 4.^a del artículo 22, «es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».

(...) La nueva agravante presenta puntos de contacto con otras dos preexistentes. La que hace referencia a los casos en los que el delito de cometa por motivo de discrimi-

minación referente al sexo, y la agravante de parentesco. Ninguna de las dos exige la presencia de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer. Y, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre.

La agravante por razones de género se caracteriza, precisamente, por la concurrencia de ese elemento, y, además, porque el hecho debe ser cometido en el ámbito de las relaciones de pareja lo que le atribuye una evidente especificidad.

Sin embargo, podría plantearse si todos los posibles supuestos en que sería de aplicación la agravante por razones de género quedarían también cubiertos por la agravación por razón de sexo o de parentesco. Respecto del parentesco, se exige el carácter estable de la relación, lo que no es preceptivo en la agravante por razones de género. Estos son, pues, supuestos en los que no sería aplicable el parentesco pero si la agravación por razones de género.

En cuanto al sexo, es generalmente admitido que hace referencia a las características biológicas y fisiológicas que diferencian los hombres de las mujeres, mientras que el género se refiere a aspectos culturales relacionados con los papeles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres (Convenio de Estambul, artículo 3.c). Es claro que la agravación por discriminación por razón del sexo de la víctima puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja. Y, aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra.

(STS 420/2018 de 25 de septiembre).

ARTÍCULO 31 BIS CP

Responsabilidad penal de las personas jurídicas: los compliance programs son un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa, con la finalidad de implementar un modelo de organización y gestión eficaz e idónea que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa.

(...) Junto con este Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance programs* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación de fondos y de abuso de gestión, no se hubieran dado, y no habría que esperar a que en este caso hubiera tenido que intervenir la agencia tributaria para, detectando el fraude fiscal que existía con el carbón importado, acabaran por descubrirse las apropiaciones realizadas por el recurrente, como resulta de la prueba practicada frente a la oposición valorativa del recurrente; de ahí, la importancia de que en las socieda-

des mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreedores que son sujetos pasivos por delitos tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida y administración desleal, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por los administradores que no dan rendición pautada de cuentas a sus socios o administradores solidarios y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que una redacción de un documento público como las escrituras públicas citadas por el recurrente puedan hacer desaparecer la existencia de los ilícitos penales cometidos

Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, o abusos de funciones que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato. Incluso, estas actuaciones de ilícitos penales como los aquí cometidos pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil, que en el caso de que se tratara de hechos *ad extra* o cometidos frente a terceros, y no frente al patrimonio de la sociedad, haría nacer una responsabilidad civil con cargo a la empresa por la vía del artículo 120.4.º CP, que podría estar cubierta por las pólizas de seguro de responsabilidad civil que suelen contratarse para cubrir estas eventualidades; pólizas que, al mismo tiempo, podrían exigir la constitución de los programas de cumplimiento normativo para aminorar o reducir el riesgo de la aparición de ese deber de indemnizar la aseguradora como consecuencia del aseguramiento de la responsabilidad civil.

Al menos, es evidente que el programa de cumplimiento lo que traslada al administrador societario que tiene en mente realizar este tipo de conductas es saber la existencia de un control que en el caso aquí analizado, y que es lo que propició los actos de apropiación y de administración desleal declarados probados, pese a que el recurrente pretenda justificar tales extracciones en alegaciones de todo punto rechazables por inconsistentes.

Además, la actuación del recurrente basada en los hechos probados se ha alejado no solo de los parámetros exigidos por los códigos de buen gobierno *ad intra*, sino, también, de la normativa que ya fijó el artículo 225 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital que lleva por rúbrica Deber general de diligencia (...).

(...) También se introdujo con la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo la nueva redacción del artículo 227 que lleva por rúbrica el Deber de lealtad (...).

(...) Y en cuanto a la comisión de delitos de apropiación indebida y administración desleal también la Ley 31/2014 redactó el artículo 228 fijando las conocidas como Obligaciones básicas derivadas del deber de lealtad mediante una exposición secuenciada de cómo se traducía ese conocido como «deber de lealtad» que deben tener los administradores con respecto a su empresa, deber de lealtad, que a tenor de los hechos probados, en este caso no ha existido por las acciones de apropiación y por el abuso de funciones aquí probado, pese al distinto parecer del recurrente con los hechos probados.

(...) Clave es también en este caso el artículo 229 de la citada norma, también redactado por la Ley 31/2014 que lleva por rúbrica y que es directamente aplicable en estos casos (...).

(...) Por ello, la declaración de hechos probados y la valoración probatoria evidencian el grave incumplimiento del recurrente de lo dispuesto en el artículo 229 antes citado, ya que se apropió de patrimonio social, realizó actos entrando en conflicto con la propia sociedad administrada para su beneficio con otra sociedad y con perjuicio a la sociedad y ocultó dar cuenta al otro socio en tanto se produjo la intervención de la agencia tributaria que aunque el recurrente niegue relación directa con los hechos existe la misma como antes se ha especificado.

Se ha vulnerado así: 1.– El deber de diligencia en el ejercicio del cargo (artículo 225). 2.– El deber de lealtad ante la sociedad (artículo 227).

(STS 316/2018 de 28 de junio).

ARTÍCULO 57 CP

Penas accesorias. Lesiones leves. Maltrato de obra. Penalidad: se considera delito de lesiones a los efectos de las penas accesorias del artículo 57.1 CP. Razones que lo justifican.

(...) Tras la entrada en vigor de la L. O. 1/2015, la regulación del referido artículo 57 CP se adapta a la nueva distinción de los delitos graves, menos graves y leves, incluye en su ámbito el delito de trata de seres humanos y extiende la posibilidad de imponer las prohibiciones del artículo 48 CP por un período no superior a seis meses en el caso de los delitos leves comprendidos en su apartado primero, cuando antes, sólo cabían las prohibiciones del artículo 48 CP en supuestos de faltas contra las personas (antiguos arts. 617 y 620 CP) – STS (Pleno) 112/2018, de 12 de marzo.

(...) De acuerdo con lo expuesto, la relación de delitos del artículo 57.1 CP (a la que se remiten sus apartados segundo y tercero) incluye el delito «de lesiones» pero no menciona el maltrato de obra. Se plantea así si el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153.1 CP está comprendido o no en dicho precepto y, en consecuencia, si su condena conlleva, en todo caso, al amparo del párrafo segundo del artículo 57 CP, la imposición de la pena prevista en el párrafo segundo del artículo 48 CP, esto es, la prohibición de aproximación.

La Jurisprudencia de esta Sala al respecto no ha sido unánime.

(...) En efecto, esta Sala concluye que el delito de maltrato de obra sin causar lesión del artículo 153 CP sí debe entenderse comprendido entre aquellos delitos para los que el apartado segundo del artículo 57 CP prevé la imposición preceptiva de la prohibición de aproximación.

Cuando el apartado primero del artículo 57.1 CP habla de los delitos «de lesiones», esta última expresión no puede interpretarse desde un punto de vista puramente gramatical – apegado, por otra parte, al texto del artículo 147.1 y 2 CP (el que, por cualquier medio o procedimiento, «causare a otro una lesión»)–, porque cuando el artículo 57.1 CP enumera los delitos en general no lo hace en relación con delitos concretos, sino atendiendo a las rúbricas de los títulos del Libro II del Código Penal. De no entenderlo así, no cabría imponer las penas accesorias a delitos como el asesinato o la inducción al suicidio (ya que no son delitos de homicidio del artículo 138 CP); ni tampoco a los delitos que se consideran exclusivamente contra la propiedad, ya que el artículo 57.1 CP se refiere a «delitos contra el patrimonio».

Cabe aquí reiterar que, tras la reforma operada en el Código Penal por la L. O. 1/2015, de 30 de marzo, en el artículo 147 CP (primero del título III, «De las lesiones») se incluyen las tres infracciones a las que ya hicimos referencia. Entre ellas, en su apartado tercero, el maltrato de obra sin causar lesión que, de esta manera, para el Código Penal, tras la reforma, es un delito «de lesiones», que se describe de la forma expuesta sólo para diferenciarlo de las otras infracciones previstas en el mismo precepto.

En esta misma línea, y de forma paralela, el artículo 153 CP, tras la reforma operada del año 2015, castiga al que a su esposa o ex esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor: i) cause por cualquier medio o procedimiento un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147; o ii) golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

De nuevo pues la distinción entre los dos incisos del artículo 153 CP solo responde a un intento de diferenciar dos conductas lesivas que, como dijimos con anterioridad y de acuerdo con la Jurisprudencia de esta Sala, protegen idéntico bien jurídico: la integridad física y psíquica.

Aquí cabe destacar lo siguiente. La consideración de que el delito de maltrato de obra del artículo 153 CP (no es un delito «de lesiones» y, por tanto, no está incluido en el catálogo del artículo 57.1 CP produce una consecuencia incoherente: nunca podrían imponerse las penas del artículo 48 CP a tal delito, ni de forma facultativa ni preceptiva, pues, sencillamente, quedaría fuera de la relación de delitos contemplada en aquél.

Por las mismas razones, el delito leve de maltrato del artículo 147.3 CP quedaría excluido del párrafo tercero del artículo 57 CP, que también se remite al apartado primero del precepto y que contempla la imposición facultativa de la prohibición del artículo 48 CP.

Además se podría destacar otro argumento a efectos de incluir el delito de maltrato de obra del artículo 153.1 CP en el catálogo de delitos del apartado segundo del artículo 57 CP. En dicho precepto, como hemos dicho, se castiga con idénticas penas privativas de libertad y de derechos tanto al que causare a la víctima lesiones del número segundo del artículo 147 CP como al que la maltrata de obra sin causarle lesión; y, sin embargo, si entendiésemos que el delito de maltrato de obra no está comprendido en el artículo 57 CP, sólo al condenado por la primera infracción se le podría imponer la pena del artículo 48.2 CP –ex artículo 57.1 y 2 CP–. Al condenado por la segunda ni siquiera se le podría imponer con carácter facultativo.

Por último, no podemos dejar de tener presente que el artículo 153 CP es un delito enmarcado en la violencia de género que el legislador ha querido diferenciar claramente de otras figuras delictivas en las que las víctimas de las acciones descritas no son las mujeres unidas al agresor por los vínculos que en él se incluyen. De hecho, precisamente por esta razón, el maltrato de obra en él previsto –también el delito de lesiones– está castigado con penas más graves que el maltrato de obra ejercido sobre cualquier otro sujeto pasivo. Cualquier interpretación pues que se haga del precepto debe estar inspirada en una mejor y más adecuada protección de las víctimas.

En definitiva, tal como adelantamos, se estima el recurso del Ministerio Fiscal, revocándose el pronunciamiento del órgano a quo en lo que se refiere a su pronunciamiento sobre las prohibiciones de aproximación y comunicación impuestas en su día al condenado, que han de mantenerse en los términos acordados por el Juzgado de lo Penal.

Ciertamente el artículo 57.2 CP solo contempla como de imposición obligatoria la prohibición de aproximación a la víctima, que es la pena contemplada en el artículo 48.2 CP, pero, impuesta esta, tal y como señala el Ministerio Fiscal, y valorando asimismo la naturaleza de los hechos, se estima razonable y proporcionado, al amparo del párrafo primero del artículo 57 CP, imponer igualmente la prohibición de comunicación que también acordó en su momento el Juez de lo Penal.

(STS 342/2018 de 10 de julio).

ARTÍCULOS 139 Y 242 CP

Asesinato seguido de Robo con violencia o intimidación en las personas: causar la muerte de una persona con alevosía utilizando violencia y sustraerle posteriormente objetos; la violencia utilizada para causar la muerte es aplicable para calificar la sustracción de robo y no de hurto, sin vulnerar el principio non bis in ídem. Concurso medial de delitos: muerte de la víctima constitutivo de asesinato para facilitar la comisión de robo.

(...) Se ha catalogado a este asesinato como «homicidio *criminis causae*». Abarcaría tres especies: a) el homicidio que se realiza «por no haber logrado el fin propuesto al intentar el (otro) delito»; b) el que se lleva a cabo «para reparar, facilitar, consumir o para asegurar» los resultados de otro delito, y c) el que se comete con el objetivo de «procurar la impunidad para sí o para otro» o con el fin de «ocultar otro delito».

No estamos ante un delito complejo, –un delito de homicidio y otro delito en conexión– como ha llegado a sugerir alguien. No. El delito fin puede no haber llegado a ser cometido operando también la agravación. Es la finalidad, que se considera especialmente abyecta, la que cualifica el asesinato.

Esta modalidad de asesinato entra en concurso de delitos, no de normas del artículo 8 CP, con el delito que se favorece (en principio se tratará de un concurso medial) o que se oculta (modalidad de concurso real). El delito fin o el encubierto no quedan absorbidos por el asesinato. Han de ser penados con independencia del mismo abrazados por la correspondiente figura concursal.

(...) La expresión «facilitar la comisión de otro delito» es más amplia que la empleada en el concurso medial del artículo 77 («medio necesario»). Parece incluir supuestos en que el asesinato se comete para preparar o asegurar la comisión de otro delito, aunque no sea estrictamente necesario o ineludible. De ese modo parece abrir la puerta a la posible existencia, junto al concurso medial como supuesto más frecuente, de un concurso real cuando la muerte no sea necesaria para facilitar el segundo delito.

Quien mata para robar incurre en el delito de asesinato del artículo 139. 1.4.^a De no probarse la finalidad de robo nos hallaríamos ante un homicidio. Si, además, llega a cometer o desplegar otros actos de ejecución del robo, el asesinato irá en concurso medial con el robo –consumado o en tentativa–. Si, al margen del asesinato, no se despliegan otros actos de ejecución del robo, tan solo se castigará por asesinato, aunque sin olvidar que el hecho de dar muerte para robar al atacado ya es un acto de ejecución del robo. Pero cabe imaginar algún caso en que el robo ulterior este desligado de la agresión.

El excurso realizado y la estimación del motivo del Fiscal obliga a plantearse inexorablemente otro tema no directamente suscitada pero de ineludible estudio por cuanto tenemos que recalificar la conducta. Al recuperar el delito de robo en lugar del hurto y al ventilar la relación con el asesinato que ha llevado a encajar los hechos en el artículo 139.1.4.^a surge la cuestión de si en verdad puede hablarse de concurso real o estaremos ante la modalidad de concurso medial (artículo 77.3 CP). No todos los casos del artículo 139.1.4.^a serán concurso medial, como hemos visto. Pero sí aquellos en que pueda establecerse una relación de medio a fin y de necesidad entre el delito contra la vida y el delito que se perseguía a través del él, en este caso los actos depredatorios.

Es cierto que en el objeto del veredicto no se ha expresado eso con la suficiente claridad, pero sí que fluye de la antepenúltima proposición del veredicto y de la motivación ofrecida: el acusado actuó impulsado por el fin de proveerse de dinero para pagar a las personas que se lo exigían.

La sentencia del Magistrado Presidente considera que no era estrictamente necesaria, en el sentido de indispensable, la muerte de la víctima para alcanzar la finalidad depredatoria. Pero desde esa exigencia tan rigurosa nunca habría concurso medial. La necesidad no puede medirse exclusivamente en abstracto. En abstracto jamás encontraremos un supuesto en que un delito sea estrictamente imprescindible para cometer otro. Se puede cometer un robo sin causar lesiones; una estafa sin necesidad de una falsificación; etc.

Hay que atender para realizar esa valoración también al supuesto específico para comprobar si en concreto existía esa relación de medio a fin y una necesidad no absoluta sino relativa. Eso sí es apreciable aquí. Hemos de optar por una relación de concurso medial con las consiguientes repercusiones penológicas que plasmaremos en la segunda sentencia y que por otra vía (dada la holgura del actual artículo 77.3 CP) permitan atemperar la penalidad resultante, en sintonía con lo que buscaba el Tribunal Superior de Justicia.

(STS 102/2018 de 1 de marzo).

ARTÍCULO 180 CP

Abusos sexuales agravados. Principio ne bis in idem. Parentesco: aplicación del principio «no bis in idem»: en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última. Sobrina segunda por afinidad. La mención a los afines abarca solo a los grados de parentesco expresamente reseñados (ascendientes, descendientes, hermanos): la relación por afinidad de quinto grado tío-sobrina no está contemplada.

(...) La sentencia aplica el artículo 181.4 (abusos sexuales agravados) en atención a la concurrencia de las circunstancias contempladas en los ordinales 3.º y 4.º del artículo 180 CP (según el texto legal vigente en el momento de comisión).

La apreciación del artículo 180.1.3.^a (edad) no es acertada: vulnera el principio ne bis in idem, puesto que la edad de la víctima sería doblemente valorada en perjuicio del reo: una, para considerar los hechos constitutivos de abusos sexuales (artículo 181.1 y 2) pues en su mayor medida el prevalimiento vendría fundado en la

diferencia de edad; y la otra, para agravar la penalidad por la vía de los arts. 181.4 (actual 5) y 180.1.3.^a (SSTS 69/2001, de 23 de enero, 114/2004, de 9 de febrero, 242/2004, de 27 de febrero, 244/2005, de 25 de febrero, 1357/2005, de 14 de noviembre, 131/2007, de 16 de febrero, 788/2012 de 24 de octubre y 775/2011, de 17 de octubre o 925/2012, de 8 de noviembre).

La citada STS 775/2011 se expresa así: «entiende el recurrente que no es aplicable el subtipo agravado de especial vulnerabilidad basado solo en la edad del sujeto pasivo, pues tal dato ya se tuvo en cuenta para la configuración del tipo básico.

Ciertamente no es posible apreciar cualesquiera de los supuestos previstos en el artículo 180.1.3 y 182.2 para configurar el tipo básico del artículo 181.1 por falta de consentimiento y luego valorar esa menor edad para construir el subtipo agravado. Así lo entiende nuestra jurisprudencia, que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última por infracción del «*non bis in idem*» (cfr. SSTS 1357/2005, 14 de noviembre y 131/2007, 16 de febrero, 1357/2005 de 14 de noviembre; 35/2012 de 1 de febrero).

Es preciso, en todo caso, un estudio individualizado, caso a caso para acreditar la existencia de la vulnerabilidad, que no puede predicarse sobre la misma concurrencia de los elementos que vertebran el tipo básico, pues en tal caso sería patente la vulneración del principio «*non bis in idem*», al valorarse una misma circunstancia o «*modus operandi*» dos veces sucesivamente, una para integrar el tipo básico y otra para cualificarlo como subtipo agravado, (SSTS. 971/2006 de 10.10, 131/2007 de 16.2) Por tanto hemos dicho que lo decisivo es no tener en cuenta exclusivamente el dato cronológico de la edad, sino los demás factores concurrentes, pues si la minoría de 13 años es requisito ineludible para considerar los abusos sexuales como no consentidos (artículo 181.2), no puede tenerse en cuenta seguidamente para aplicar la penalidad agravada, por más que la Ley penal se exprese diciendo que ésta se tomará en consideración «en todo caso, cuando sea menor de trece años», pero no se aprecia tal vulneración cuando la especial vulneración de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad, ya que junto a la circunstancia de que la víctima sea menor de 13 años – artículo 181.2– abusos sexuales no consentidos concurre una especial relación de confianza –casi familiar– del acusado con los padres de la menor y por tanto, con ésta, cosa que sin la menor duda le hacía especialmente vulnerable y facilitó la comisión del hecho delictivo. (SSTS. 333/2007 de 26.3, 224/2003 de 11.2)».

Este largo fragmento acaba conduciéndonos al territorio donde se sitúa el debate subsiguiente: desechada la edad como factor de agravación, ¿es correcta la aplicación del prevalimiento derivado de una relación de superioridad o de parentesco que recoge el artículo 180.1.4? La Sala de instancia lo ha apreciado así. La parte dispositiva habla de prevalimiento familiar: esa superioridad que representaría un plus respecto de la edad estaría basada en la relación familiar: -el acusado era tío de la menor al ser ésta hija de una prima hermana de su mujer– y en la confianza aneja a esa relación.

Decidir sobre esta cuestión no es fácil. De hecho existen pronunciamientos no totalmente uniformes por parte de esta Sala. Se explica ello quizás por los frenéticos cambios legislativos que han ido sucediéndose sobre esta materia, que con la obsesiva idea de evitar cualquier laguna han generado regulaciones solapadas o duplicidades y

reiteraciones que confunden el claro entendimiento de cada precepto y su engarce con los demás (vid. v.gr. el tenor del artículo 192 CP).

Tratemos de desentrañar lo que se agrupa en tal agravación (artículo 180.1.4.º). Se exige un prevalimiento que puede apoyarse en dos factores diferentes: una relación de superioridad o el parentesco. Como han subrayado los comentaristas no es que la superioridad tenga que apoyarse en el parentesco. La conjunción disyuntiva «o» que une ambas ideas lo acredita así. Concurrirán los presupuestos de la agravante cuando se identifique un prevalimiento que puede basarse bien en el parentesco, bien en una relación de superioridad. Analicemos los dos términos de la agravación:

a) En cuanto a la relación de superioridad se basaría en este caso en la cercanía familiar. Bien vistas las cosas eso no añade un plus a la superioridad derivada de la edad, ya tomada en consideración para construir el tipo básico. Se refiere más bien a un abuso de confianza que es algo distinto del abuso de superioridad (como demuestra que se trate de dos agravaciones diferentes en el artículo 22 CP). Además –aunque podamos imaginar algún supuesto en que no será así necesariamente– en principio introducir por la vía del inciso inicial de esta norma, lo que ha sido deliberadamente expulsado del inciso segundo tiene algo de fraude interpretativo: es decir, considerar que todo el parentesco que no es expresamente mencionado en el inciso final representa una relación de superioridad que colmaría las exigencias del inciso inicial. Si fuese así, sobraría la segunda parte del precepto.

b) Pasemos a examinar el parentesco. La dicción del Código no es muy afortunada. Habla de ascendientes, descendientes, o hermanos por naturaleza o adopción y afines. Hace una acotación expresa: solo se dará la agravación derivada del parentesco cuando el autor sea ascendiente, descendiente o hermano (hablando de la consanguinidad y de la adopción), y además, los afines categoría a la que no se adosa correctivo alguno. Una interpretación estrictamente literal, no es de recibo. Es contraria a la lógica y a una elemental exégesis sistemática de la norma. El autor ciertamente era tío (quinto grado de parentesco) por afinidad de la víctima. Pero sería absurdo entender que el parentesco colateral por consanguinidad está excluido, salvo en el caso de los hermanos, y sin embargo sí se abarca todo el parentesco por afinidad, es decir todos los afines sea cual sea el grado. No hay que forzar mucho las cosas para entender que, aunque gramaticalmente mal expresado, se está equiparando en la Ley la condición de afinidad no a los parientes mencionados (ascendientes, descendientes o hermanos) sino al carácter «natural» o «adoptivo» del parentesco. Solo alcanzaría la agravación a los afines en los mismos grados que los mencionados (suegros, cuñados, hijastros). Esa es la fórmula que utiliza el Código cuando quiere extender la protección (o la agravación) al parentesco por afinidad (vid. artículo 173, a diferencia del artículo 23 CP que no contempla a los afines).

En conclusión, la relación tío-sobrino por afinidad (además, en quinto grado) no está contemplada en la norma y no puede basar la agravación.

No procede por tanto la aplicación del tipo agravado del artículo 180.1.4.º y 181.4.º. Solo el tipo básico previsto en los arts. 181.3 y 182.1 CP (texto anterior a la reforma operada por LO 5/2010).

En el delito de agresión sexual, en cambio, sí es procedente la aplicación del artículo 180.1.3.º (por razón de vulnerabilidad de edad). No así la del n.º 4.º (parentesco) por las razones aducidas.

(STS 384/2018 de 25 de julio)

ARTÍCULO 181 CP

Abusos sexuales. Acceso carnal: realizar felaciones el acusado a las víctimas, menores de edad.

(...) La defensa cuestiona, pues, la posibilidad de que pueda considerarse como acceso carnal el hecho consistente en que el sujeto activo del delito realice al sujeto pasivo felaciones sin el consentimiento de éste, supuesto que entiende que no puede estar comprendido dentro del concepto de acceso carnal. De tal forma que en los supuestos en que los menores intervienen en los hechos como sujetos pasivos de una felación no podría hablarse de yacimiento por parte del sujeto activo que las practica. Por lo cual, no podría ser condenado como autor del delito continuado de abusos sexuales en la modalidad de acceso carnal.

La cuestión que se suscita ha sido debatida en el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 2 de mayo de 2005, en el que se obtuvo el Acuerdo siguiente: «Es equivalente acceder carnalmente que hacerse acceder».

Este acuerdo fue después aplicado en diferentes sentencias de esta Sala: 909/2005, de 8-7; 476/2006, de 2-5; 1295/2006, de 13-12; 699/2014, de 28-10; 2014, 6445); y 340/2018, de 6-7, entre otras.

Y así en la sentencia 1295/2006 se dice que «... se plantea doctrinalmente la posibilidad de que la mujer sea sujeto activo del delito cuando la acción consiste en penetración del miembro viril. En la redacción del Código Penal anterior a 1989 tal cosa no era posible, pues el delito se cometía yaciendo con mujer y por yacer se entendía la introducción del pene en la vagina, con las precisiones jurisprudenciales que no es preciso recordar aquí.

Como ya hemos dicho, no existe ninguna razón para que la protección del bien jurídico sea distinta en función del sexo del sujeto activo o del pasivo. Tampoco la conducta pierde significado o potencialidad lesiva para el bien jurídico si afecta a la libertad sexual en forma semejante, pudiendo tenerse en cuenta en este sentido la entidad y características de las conductas equiparadas».

«La cuestión, pues, se centra en determinar si el texto del artículo permite esa interpretación que equipara las agresiones. En este sentido, teniendo en cuenta la ampliación del concepto efectuada legalmente, nada impide entender que, al igual que el coito o la cópula sexual es predicable de ambos intervinientes, el acceso carnal existe siempre que haya penetración del miembro viril, sea cual sea el sexo del sujeto activo y del pasivo, de manera que el delito del artículo 179 lo comete tanto quien penetra a otro por las vías señaladas como quien se hace penetrar. Lo definitivo en estos casos sería la existencia del acceso carnal, determinado por la penetración, mediando violencia o intimidación, y resultando responsable de la agresión quien la utiliza o la aprovecha».

Y recuerda después la sentencia 1295/2006 que «Esta Sala llegó a esta conclusión tras el Pleno no jurisdiccional de 27 de mayo de 2005, en el que acordó que a estos efectos «es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder», acuerdo que ya ha sido aplicado en algunas sentencias como la STS núm. 476/2006, de 2 de mayo, en la que se dice lo siguiente: «La cuestión planteada por el recurrente ha dado lugar a una amplia polémica, doctrinal y jurisprudencial, fundamentalmente por la inicial redacción que el Código Penal de 1995 dio a los arts. 179 (agresión sexual) y 182 (abuso sexual), en los que hacía referencia y distinguía entre «acceso carnal» y «penetración bucal o anal», por lo que se entendía que si el sujeto activo «se introducía voluntariamente el órgano genital, en este caso, del menor, estaríamos ante el tipo básico del artículo 178 o 181, pues el tipo cualificado solo podía cometerlo «el que

penetraba». Ahora bien el legislador, a partir de la reforma de la LO 11/99 suprimió esa distinción para referirse ahora a «acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal», lo que permite ya defender la interpretación que ese acceso carnal supone la introducción del órgano sexual masculino que puede realizarse en las cavidades que el tipo penal señala, vaginal, anal o bucal, rellenándose la tipicidad tanto cuando el sujeto activo realiza la conducta, esto es, cuando introduce el pene, en este caso, en la boca del menor, como cuando es la víctima la que es obligada a realizar la conducta contra su voluntad con violencia o intimidación (agresión sexual) o sin su consentimiento o con su consentimiento viciado (abuso sexual), introduciendo su órgano sexual en alguna de las cavidades típicas del sujeto activo.»

Tal interpretación venía permitida por el texto del precepto desde 1999, de forma que no se ha acudido a la analogía *in malam partem*, prohibida en el ámbito del Derecho Penal.

Y en las sentencias 699/2014, de 28-10, y 340/2018, de 6-7, se incide en la misma línea jurisprudencial en los términos siguientes: «...hay acceso carnal tanto cuando la víctima es penetrada (supuesto ordinario), como cuando es el autor el que obliga o compele al sujeto pasivo («sujeto pasivo» del delito, pero no de la «relación» ni del «acceso» en los que ostenta el papel de «sujeto activo») a introducirle alguno de sus miembros corporales por vía vaginal o anal. Es equivalente acceder carnalmente a hacerse acceder».

En nuestro caso se trata de un acceso carnal por vía bucal, pero el criterio aplicable es el mismo que el que se acaba de señalar.

(STS 449/2018 de 10 de octubre).

ARTÍCULOS 181 Y 197 CP

Descubrimiento y revelación de secretos. Sextorsión o abusos sexuales cometidos por internet sin contacto físico: mujeres obligadas a llevar a cabo ante el acusado por web-cam y mensajería instantánea, actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas de contenido sexual que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos; posibilidad de aplicar continuidad delictiva doble en casos de fragmentación de periodos de abuso perfectamente diferenciables. Utilizando programa informático entrar en ordenadores de mujeres y apoderarse de archivos de contenido sexual.

(...) Sobre el delito del artículo 181 CP de abusos sexuales cometido por internet. Cibersexo, sextorsión, o delito virtual del artículo 181 CP.

Destacar que la tipificación de los hechos es adecuada, dado que el tipo penal del artículo 181 CP castiga al que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, y el hecho probado con cada una de las víctimas describe la obligación de estas de llevar a cabo ante él, y por el ordenador, actos de naturaleza sexual, bajo la amenaza de divulgar imágenes de ellas comprometedoras que había obtenido al introducirse en sus ordenadores por programas informáticos que fueron detectados por los agentes policiales. De esta manera, las víctimas se desnudaban, se masturbaban, se introducían dedos y objetos por la vagina e incluso simulaba hacerlo por vía anal, como se describe en los hechos probados. Estos actos forzados por el recurrente con-

llevan actos que atentan contra la libertad sexual de las víctimas, ya que están hechos, no solo sin consentimiento, sino obligadas a ello bajo la advertencia de divulgar archivos sexuales de las víctimas comprometidos, lo que les llevó a realizar esos actos para frenar o parar su divulgación. De esta manera se dan los presupuestos de la ausencia de consentimiento y del acto atentatorio a la libertad sexual de las víctimas. Todo ello, unido a la agravación entonces contenida en el artículo 182.1 CP, y ahora artículo 181.4 CP, de que el abuso sexual se lleve a cabo vía vaginal, anal o bucal, o mediante la introducción de miembros corporales por esas vías, que es lo que se llevaba a cabo por las víctimas ante las «exigencias» del recurrente y bajo la advertencia de la divulgación de esos archivos informáticos que les advertía había conseguido de sus ordenadores.

De esta manera, toma carta de naturaleza la comisión del delito de abuso sexual de carácter virtual o por internet, que no requiere de modo específico un «contacto sexual» directo por parte del autor del delito, sino de «actos que vayan encaminados a atentar contra la libertad sexual» de las víctimas, que es lo que se describe en el hecho probado, donde las acciones desplegadas y declaradas probadas demuestran actos claramente atentatorios a la libertad sexual de las víctimas y llevados a cabo sin su consentimiento, que es lo que integra el tipo penal, esto es, mediante «la advertencia de difundir archivos de ellas de alto contenido sexual y causándoles, con ello, un gran perjuicio personal y de imagen.

Ante la proliferación de este tipo de casos de abusos sexuales por internet sin consentimiento de las víctimas y con el empleo de la extorsión de divulgar imágenes o vídeos de las víctimas se ha empezado a utilizar el término sextorsión, para calificar este tipo de actos de delitos de abusos sexuales cometidos por internet y con la extorsión que lleva implícita la falta de consentimiento de las víctimas. Como en este caso aquí analizado, el autor del delito de abuso sexual *on line* infecta primero el ordenador de su víctima mediante un virus que le permite acceder a sus contenidos, captando imágenes y/o vídeos privados que pueden comprometer su intimidad si se divulgaran. Generalmente el «*modus operandi*» consiste en la mecánica por la que el autor del delito envía un correo electrónico a su víctima con un enlace atractivo para ella, y al «pinchar» en el mismo se descarga el «*malware*» en su ordenador. Con ello, el criminal ya tiene acceso a sus contenidos y podrá descargarse archivos e imágenes o vídeos, que constituye luego la extorsión, lo que lleva a calificar los actos como sextorsión.

En muchos casos, incluso, la denuncia no ocurre, dado que la víctima se avergüenza de lo que ha estado haciendo, hasta que decide cortar su contacto con el criminal. No obstante, la persistencia de estos es lo que puede llevar, finalmente, a las víctimas a denunciar. Y es aquí donde tras las medidas de investigación policial del Grupo de delitos tecnológicos es cuando puede detectarse, con medidas de acceso al ordenador del autor del delito, la detección de otras posibles víctimas que hasta ese momento no habían querido denunciar, que es lo que en este caso ocurrió. Los autores de estos delitos valoran este posible rechazo a denunciar de sus víctimas para que su entorno no conozca los vídeos e imágenes que había realizado antes y después de la extorsión del delincuente. Pero es la continuidad de la extorsión lo que puede llevar a alguna víctima a tomar la decisión de denunciar como única forma de acabar con la sextorsión.

Señalar, también, que la sextorsión está relacionada con el delito de *sexting* del artículo 197.7 CP si se difunden las imágenes, con la agravante de que éstas se obtuvieron sin consentimiento, lo que nos llevaría al artículo 197.3 CP.

Puede asegurarse, también, que el «*modus operandi*» referido permite situar al autor del delito en una posición de superioridad virtual por internet, de tal manera que

ya ha vencido la inicial oposición de la víctima, cuando el autor le pide a ésta que lleve a cabo actos de carácter sexual por internet en una relación privada. Es esta posición no consentida en la víctima, y forzada por el autor del delito, lo que determina que se haya cometido un delito de abusos sexuales con la agravación del actual artículo 181.4 CP (artículo 182.1 CP en la fecha de los hechos) si se hace de alguna de las formas o modalidades previstas en el apartado 4.º del artículo 181 CP, lo que sitúa la penalidad en un arco que va desde los 4 a los 10 años, y si existe continuidad delictiva, que suele ser lo habitual hasta que la víctima se decide a cortar la relación, de 7 años y 1 día a 10 años de prisión.

(STS 377/2018 de 23 de julio).

ARTÍCULO 248 CP

Estafa. Engaño bastante. Calidad del engaño. Autotutela de la víctima: simular que existe actividad industrial en nave para contratar seguro de responsabilidad civil, incendiando intencionalmente el inmueble para defraudar a la compañía aseguradora; el que compañía aseguradora abonara una parte del siniestro sospechando que se trataba de un fraude no elimina el engaño ya que tiene obligación de hacer efectiva esa parte por el artículo 18 LCS, sin perjuicio de proseguir con la investigación para oponerse a la indemnización.

(...) El engaño es bastante porque lo relacionamos con la idoneidad del engaño para entenderse cometido un delito.

Esta idoneidad surge de la conducta de los recurrentes perfectamente descrita en los hechos probados. No puede pretenderse que el engaño no es bastante por la circunstancia de que la aseguradora, mientras valora y analiza el hecho denunciado como siniestrado, abone una cantidad para evitar el devengo de los intereses por mora. Pero que lo haga no quiere decir que el engaño no fue bastante, ya que ello pertenece a otra fase del proceso de estafa, que es anterior, es decir, cuando se contrata la póliza el objetivo queda, luego, claro y cuando se presenta la reclamación con el soporte que se verifica el engaño «ya es bastante».

Así, esta Sala del Tribunal Supremo recoge en las sentencias de fecha 16 de julio de 1999 y 23 de marzo de 2000 que el juicio de idoneidad que hay que valorar exige atender tanto a módulos objetivos como a las condiciones personales del sujeto afectado y a la totalidad de las circunstancias del caso concreto.

Esta Sala del Tribunal Supremo declara a estos efectos en la sentencia de fecha 24 de marzo de 1999 que: «No se estiman suficientes los artificios engañosos si el sujeto pasivo de los mismos hubiere podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño y si tal actividad de comprobación lo era exigible por su calificación empresarial».

Del mismo modo, se añade en la sentencia de este Tribunal de fecha 5 de abril de 2018 que: «No se trata de afirmar por el Tribunal que existe un derecho al engaño, a modo del pretendido dolo bueno, sino de limitar el derecho penal a sus justos términos no convirtiéndolo en un instrumento de protección penal de aquéllos que no se protegen a sí mismos o de quienes toman decisiones financieras arriesgadas o sin el debido cuidado».

La calidad del engaño.

En estos casos se suelen tener muy en cuenta las condiciones del afectado para admitir o inadmitir la concurrencia del delito y para separarlo del mero incumplimiento civil, ya que si fuera asumible percibir la existencia del incumplimiento dadas las condiciones profesionales del perjudicado habría que acudir a esta vía civil. Y en este caso tampoco podría surgir esa opción de los afectados que creyeron que la obra iba a continuar.

Y aquí podemos introducir el fenómeno denominado la «calidad» del engaño.

Si el engaño no es suficiente al fin que se exigiría para entender cometido el ilícito penal nos encontraríamos ante el ilícito civil. Ahora bien, tampoco puede llegarse al extremo de exigir a la víctima el conocimiento de ese elemento intencional del sujeto activo, sino que si dada su condición profesional hubiera sido posible detectar la situación venidera el incumplimiento podríamos estar hablando de un ilícito civil, que no penal. De todas maneras, también nos movemos aquí en unos ámbitos estrictamente subjetivos que exigen que actuemos con suma cautela para evitar unos niveles de exigencia de previsión en la víctima que le obligaran a prever cualquier circunstancia o movimiento del sujeto activo aunque concurriera la condición de profesional en el perjudicado.

Indicios de haberse cometido una estafa a falta de prueba directa.

Nos movemos en la exigencia de un elemento subjetivo del injusto por la existencia del engaño, pero que entrelazado con una voluntad en el sujeto activo de que cuando realizaba la actividad contractual tenía serio propósito de no cumplir su parte del contrato. Este elemento subjetivo de la voluntad del sujeto puede dificultar, en ocasiones, la búsqueda de los indicios que lleven consigo una sentencia condenatoria por el delito de estafa, lo que lleva a acudir a la aplicación de la prueba indiciaria.

En efecto, en esta línea recuerda el Tribunal Supremo en sentencias de fecha 28 de junio de 1983, 27 de septiembre de 1991 y 24 de marzo de 1992, entre otras, que: «La estafa en general, como si de la madre de todos los engaños se tratara, existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, a través del artículo 1253 CC, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito».

El hecho de que se admita la prueba indiciaria va revestido de la exigencia del cumplimiento de una serie de requisitos formales, por un lado, y materiales, por otro, que la jurisprudencia viene exigiendo para su aceptación por el tribunal sentenciador.

En consecuencia, en el proceso penal deben valorarse y tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en orden a:

1. Cómo se celebró el contrato.
2. Cuáles eran las circunstancias concurrentes en orden a cómo se había concertado cumplir el contrato por la parte obligada a ello.
3. Con qué elementos o datos contaba el obligado a cumplir para poder hacerlo.
4. Si el obligado a cumplir tenía capacidad para hacerlo y de los actos posteriores se apreciaba que existiera una intención de llevar a cabo el cumplimiento.

El engaño, en consecuencia, es bastante y no se altera éste porque la aseguradora pague lo reclamado, ya que ello es lo que configura el delito de estafa por esta entrega del importe al acceder al engaño que se ejecuta por medio de la falsedad documental.

Existe engaño, es bastante, ello determina un error en el sujeto pasivo y hay un nexo causal que ha sido debidamente explicado anteriormente.

La alegación en el delito de estafa por el recurrente de la necesidad de la autotutela de la víctima.

No puede apelarse al concepto de autotutela, como verifican ambos recurrentes, y exigir una mayor autoprotección a los sujetos pasivos de la estafa en esta actitud permanente.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha señalado en Sentencia 1015/2013 de 23 Dic. 2013, Rec. 593/2013 que:

«Esta Sala se ha pronunciado reiteradamente en contra de la pretensión de desplazamiento de la responsabilidad de la estafa sobre su víctima por falta de autotutela, destacando que lo único que exige el tipo es la idoneidad del engaño.

Es conveniente, por ello, reiterar nuestra doctrina sobre la materia.

Pero, previamente, conviene matizar la cita fragmentada que se realiza por la parte recurrente de una antigua sentencia de esta Sala, que lamentablemente es utilizada con cierta frecuencia citándola de forma tan incompleta que no respeta su sentido. La vetusta sentencia de 21 de septiembre de 1988, ya claramente superada en nuestra doctrina, se expresa de forma matizada, al reconocer que la extensión de las consecuencias del “punto de vista” de que el derecho penal no debería convertirse en un instrumento de protección penal de aquellos que no se protegen a sí mismos, es hoy una cuestión debatida.

Pero este “punto de vista”, propio de la denominada victimodogmática, ya no es determinante en la doctrina de esta Sala, pues subvierte el principio de subsidiariedad, al propugnar la renuncia a la intervención penal en favor de la autotutela, desconociendo que constituye un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la reacción punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones tipificadas como delictivas.

Por otra parte la imputación objetiva permite resolver en el delito de estafa los supuestos problemáticos de inadecuación del engaño sin necesidad de recurrir a los postulados victimodogmáticos, que desplazan la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola injustamente por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Las SSTS 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril de 2013, entre otras, resumen nuestra doctrina sobre la suficiencia del engaño como requisito esencial de la estafa y en contra de la falta de autotutela de la víctima como supuesto motivo de exclusión de la atipicidad de la conducta.

Comienzan estas resoluciones recordando que como señalan las sentencias de 22 de abril de 2004, 29 de septiembre de 2000, núm. 1469/2000, 26 de junio de 2000, núm. 1128/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007, y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras, el engaño típico en el delito de estafa es aquél que genera un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico tutelado y concretamente el idóneo o adecuado para provocar el error determinante de la injusta disminución del patrimonio ajeno.

Analizan seguidamente que la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17 de noviembre de 1999, 26 de junio de 2000, núm. 634/2000, 25 de junio de 2007, núm. 564/2007 y 162/2012, de 15 de marzo, entre otras) considera como engaño “bastante” a los efectos de estimar concurrente el elemento esencial de la estafa, aquél que es suficiente y proporcional para la efectiva consumación del fin propuesto, debiendo tener la suficiente entidad para que en la convivencia social actúe como estímulo eficaz del traspaso patrimonial, valorándose dicha idoneidad tanto atendiendo a módulos objeti-

vos como en función de las condiciones personales del sujeto engañado y de las demás circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Y consideran las referidas resoluciones que en las alegaciones que pretenden excluir la concurrencia de idoneidad en el engaño excusándose en la supuesta falta de autotutela de la parte perjudicada, subyace la pretensión de traspasar la responsabilidad de la acción delictiva a las propias víctimas, con el pretexto de que una acentuada diligencia por su parte podría haberles permitido superar el engaño que voluntariamente provocaron los acusados.

Reconocen las referidas SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo y 344/2013, de 30 de abril, entre otras, que es cierto que esta Sala ha declarado que si el tipo penal exige que el engaño ha de ser bastante es porque una persona no puede considerarse sujeto pasivo de una estafa si el error que le ha llevado a realizar un acto de disposición en su perjuicio o en el de un tercero, le ha sido provocado por un engaño burdo o insuficiente o, lo que es lo mismo, por no haber obrado con la mínima desconfianza exigible.

Así, la STS núm. 1024/2007, de 30 de noviembre expone que es entendible que la jurisprudencia de esta Sala Segunda, en aquellos casos en los que la propia indolencia y un sentido de la credulidad no merecedor de tutela penal hayan estado en el origen del acto dispositivo, niegue el juicio de tipicidad que define el delito de estafa, y la STS 928/2005, de 11 de julio recuerda, en síntesis, que “esta misma Sala, en diversas sentencias, ha delimitado la nota del engaño bastante que aparece como elemento normativo del tipo de estafa tratando de reconducir la capacidad de idoneidad del engaño desenvuelto por el agente y causante del error en la víctima que realiza el acto de disposición patrimonial en adecuado nexo de causalidad y en su propio perjuicio, a la exigencia de su adecuación en cada caso concreto y en ese juicio de idoneidad tiene indudablemente importancia el juego que pueda tener el principio de autorresponsabilidad, como delimitador de la idoneidad típica del engaño, porque una absoluta falta de perspicacia, una estúpida credulidad o una extraordinaria indolencia excluyen la idoneidad objetiva del engaño”. Ahora bien, como señalan las SSTS 162/2012, de 15 de marzo, 243/2012, de 30 de marzo, y 344/2013, de 30 de abril, cuya doctrina estamos reiterando, una cosa es la exclusión del delito de estafa en supuestos de “engaño burdo”, o de “absoluta falta de perspicacia, estúpida credulidad o extraordinaria indolencia”, y otra que se pretenda desplazar sobre la víctima de estos delitos la responsabilidad del engaño, exigiendo un modelo de autoprotección o autotutela que no está definido en el tipo ni se reclama en otras infracciones patrimoniales.

Y en la STS 630/2009, de 19 de mayo, se subraya también en la misma línea, que “Una cosa es sufrir error como consecuencia de un comportamiento propio del cual derive causalmente la equivocación que convierte en idóneo un engaño que por sí mismo en principio no lo era, y otra muy distinta sufrir el error por el engaño adecuado desplegado por el tercero, y convertir en negligencia causante de la equivocación la buena fe y la confianza del engañado”.

Como recuerdan las citadas sentencias núm. 162/2012, de 15 de marzo y núm. 243/2012, de 30 de marzo, “el tránsito de un derecho penal privado a un derecho penal público constituye el fundamento del Estado de Derecho, que sustituye como instrumento de resolución de los conflictos la violencia y la venganza privada por la norma legal y la resolución imparcial del Juez, determinando un avance trascendental de la civilización, tanto en términos de pacificación social como en objetivación, imparcialidad y proporcionalidad”.

No resulta procedente, por ello, renunciar a la intervención penal en favor de la autotutela de la víctima, desconociendo que constituye un principio básico del orde-

namiento jurídico que los ciudadanos han hecho dejación de la respuesta punitiva en manos del Poder Judicial precisamente para descargarse de sus necesidades defensivas frente a las agresiones legalmente tipificadas como delictivas.

En ese sentido, como se recuerda en las citadas sentencias 162/2012, de 15 de marzo y 243/2012, de 30 de marzo, “un robo sigue siendo un robo aunque la víctima se haya comportado despreocupadamente con sus cosas”, reflexión que ha sido acogida por esta misma Sala, por ejemplo en sentencia 832/2011 de 15 de julio, que señala, con buen criterio, que “La exclusión de la suficiencia del engaño a partir de la relajación del sujeto engañado no deja de encerrar importantes problemas. Llevando al extremo la idea de desprotección y, en definitiva, de no merecimiento de la tutela penal que reivindica la víctima de cualquier despojo, podríamos afirmar que aquel a quien se hurta su cartera porque descuidadamente le asoma en el bolsillo de su pantalón trasero, aquel que confiadamente se pasea en horas nocturnas en zona especialmente conflictiva o aquel que es objeto de una defraudación porque entrega una tarjeta bancaria para pago en un establecimiento de dudosa reputación, ha de soportar las consecuencias de una acción delictiva ante la que el sistema no le proporciona defensa”.

Ha de tomarse en consideración que no hay elemento alguno del tipo de la estafa, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.

Haciendo nuestro lo expresado en la STS de 28 de junio de 2.008, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo y STS núm. 243/2012, de 30 de marzo, el principio de confianza que rige como armazón en nuestro ordenamiento jurídico, o de la buena fe negocial, no se encuentra ausente cuando se enjuicia un delito de estafa. La Ley no hace excepciones a este respecto, obligando a los perjudicados a estar más precavidos en este delito que en otros, de forma que la tutela de la víctima tenga diversos niveles de protección.

No puede, por ello, introducir el mecanismo de la “autotutela” como forma de trasladar la culpa a los sujetos pasivos del delito de estafa, asumiéndola ellos como víctima “por haber sido engañados”, y pretendiendo, con ello, exonerar de culpa a quien ha realizado un acto concertado con otra persona, como aquí ocurrió para diseñar una maniobra mendaz para estafar a la aseguradora, siendo esta una modalidad muy repetitiva por la que se pretende engañar al sector asegurador, sin que por ello pueda pretenderse que no resulta un ilícito penal por no adoptar mecanismos de autoprotección las aseguradoras “para no dejarse engañar”. Así pues, una cosa es que el sector asegurador esté adoptando, cada vez más, estos mecanismos de vigilancia, y otra bien distinta es que sea el autor de un delito de estafa quien marque los parámetros y medidas que debe adoptar el sector asegurador para protegerse y que si no se hace en una elevada graduación quedará exonerado el autor del ilícito penal, lo que, obviamente, no puede admitirse.

En definitiva, el delito de estafa no incluye como requisito típico otras exigencias de autoprotección que las que están implícitas en la expresión “engaño bastante”».

(STS 531/2018 de 6 de noviembre).

ARTÍCULOS 248 Y 250 CP

Estafa piramidal. Engaño bastante. Imputación objetiva: el autor capta capital prometiendo importantes inversiones por medio de entidad mercantil que sirve de señuelo, con promesa de abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos.

(...) Singularmente, en el delito de estafa, no basta para realizar el tipo objetivo con la concurrencia de un engaño que causalmente produzca un perjuicio patrimonial al titular del patrimonio perjudicado, sino que es necesario todavía, en un plano normativo y no meramente ontológico, que el perjuicio patrimonial sea imputable objetivamente a la acción engañosa, de acuerdo con el fin de protección de la norma, requiriéndose, a tal efecto, en el artículo 248 CP que ello tenga lugar mediante un engaño «bastante». Por tanto, el contexto teórico adecuado para resolver los problemas a que da lugar esta exigencia típica es el de la imputación objetiva del resultado.

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado, en cuanto, comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y en cualquier caso, que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal.

En consecuencia, el primer nivel de la imputación objetiva es la creación de un riesgo típicamente relevante. El comportamiento ha de ser, pues, peligroso, esto es, crear un determinado grado de probabilidad de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. El juicio de probabilidad (prognosis posterior objetiva) requiere incluir las circunstancias conocidas o reconocibles que un hombre prudente en el momento de la acción más todas las circunstancias conocidas o reconocibles por el autor sobre la base de sus conocimientos excepcionales o al azar.

Ahora bien, destaca la doctrina, que el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido. En la medida en que el engaño se contenga dentro de los límites del riesgo permitido es indiferente que la víctima resulte en el supuesto particular engañada por su excesiva credibilidad aunque ello sea conocido por el autor. La adecuación social del engaño excluye ya la necesidad de valoraciones ulteriores sobre la evitabilidad o inevitabilidad del error. En consecuencia, el juicio de idoneidad del engaño en orden a la producción del error e imputación a la disposición patrimonial perjudicial comienza a partir de la constatación de que el engaño no es de los socialmente adecuados o permitidos.

Como último estadio de la imputación objetiva adquiere especial relevancia en el tipo de la estafa el alcance de la protección de la norma, que constituye un criterio fundamental para delimitar el ámbito típico de la estafa y llevar sus justos términos al principio de la función de protección subsidiaria que corresponde al Derecho penal.

En este contexto adquiere su verdadero significado la cuestión de la lesión por la víctima de sus deberes de autoprotección a la que se refiere la sentencia de esta Sala de 29.10.98, para negar la adecuación de la conducta al tipo objetivo de la estafa.

Desde este punto de vista, puede decirse que el tipo penal de la estafa protege el patrimonio en la medida en que su titular haya observado el comportamiento exigible en orden a su protección, pero no en el caso en que se haya relajado en la observancia de sus deberes de autotutela primaria. Por tanto, en la medida en que el error que sufre el sujeto pasivo, en atención a las circunstancias del caso particular, las relaciones

entre autor y víctima y las circunstancias subjetivas de esta última, resulta evitable con una mínima diligencia y sea exigible su citación, no puede hablarse de engaño bastante y en consecuencia no puede ser imputado el error a la previa conducta engañosa quebrándose la correspondiente relación de riesgo pues «bastante» no es el engaño que puede ser fácilmente evitable, sino aquel que sea idóneo para vencer los mecanismos de defensa puestos por el titular del patrimonio perjudicado. En estos casos el error es producto del comportamiento negligente de la víctima. Por eso se ha podido decir que la constatación de la idoneidad general es un proceso normativo que valora tanto la intensidad del engaño, como las causas, a la hora de establecer la venibilidad del engaño por parte de la víctima.

La cuestión de cuando es exigible un comportamiento tendente a la evitación del error depende de cada caso, de acuerdo con las pautas sociales en la situación concreta y en función de las relaciones entre el sujeto activo y el perjudicado.

Se trata de un problema de distribución de riesgos y fundamentación de posiciones de garante, por ejemplo, una estrecha relación mercantil basada en la confianza puede fundamentar el deber de garante en el vendedor que tiene la obligación de evitar la lesión patrimonial de la otra parte.

Con todo existe un margen en que le está permitido a la víctima un relajamiento de sus deberes de protección, de lo contrario se impondría el principio general de desconfianza en el tráfico jurídico que no se acomoda con la agilidad del sistema de intercambio de bienes y servicios de la actual realidad socio-económica. El ámbito del riesgo permitido dependerá de lo que sea adecuado en el sector en el que opere, y entre otras circunstancias, de la importancia de las prestaciones que se obliga cada parte, las relaciones que concurren entre las partes contratadas, las circunstancias personales del sujeto pasivo y la capacidad para autoprotgerse y la facilidad del recurso a las medidas de autoprotección.

Como hemos indicado en STS 900/2014, de 26 de diciembre (RJ 2014, 6797), concurren en el caso algunas de las connotaciones propias de las estafas piramidales, en las que los autores del delito tienen una primera fase en que aparentan cumplir el contrato operando con el dinero de los sucesivos inversores para saldar cuentas con los primeros. Se desplaza así el descubrimiento de la trama delictiva a un momento posterior, en el que ya aflora de forma inevitable el apoderamiento definitivo del dinero que los acusados aparentaron reinvertir, siendo lo cierto que carecían realmente de un proyecto empresarial que garantizara la devolución del capital y de los intereses estipulados en los contratos.

Sobre este particular se afirma por la jurisprudencia de esta Sala que la estafa piramidal aparece configurada por aquellas conductas en que el autor se dedica a captar capital prometiendo la realización de importantes inversiones por medio de alguna entidad mercantil previamente constituida que sirve de señuelo. Se promete a los posibles clientes el abono de sustanciosos intereses, sin que después existan los negocios que habrían de producir los ingresos que permitirían devolver el capital y los intereses convenidos. Lo habitual es que en una primera etapa se abonen a los primeros inversores el capital y los intereses valiéndose de las aportaciones de los sucesivos clientes. En estas conductas delictivas «piramidales o en cascada» los sujetos realizan una puesta en escena en ejecución de un designio criminal único encaminada a defraudar a un número indeterminado de personas, pudiendo proyectarse esta acción defraudatoria sobre una persona que a su vez convenza a otras, como consecuencia de su propio engaño, a realizar similares inversiones aunque estas víctimas no tuvieran contacto directo con el acusado, esta es la mecánica común de estas estafas que las primeras inversiones convenidas de la seriedad de los inversores, difundan boca a boca a otras personas que los intereses pactados se abonaban efectivamente exten-

diendo así, de forma involuntaria, en efectos de la estafa y número de perjudicados en provecho del recurrente (STS.581/2009, de 2 de junio). Este modelo piramidal de estafa conduce necesariamente a la frustración del negocio prometido, pues en la medida en que se incrementa el capital recibido, aumentan exponencialmente las necesidades de nuevos ingresos para abonar los intereses, hasta que el actor deja de pagarlos y se apropia definitivamente de los capitales fraudulentamente recibidos (SSTS. 324/2012, de 10-5; 760/2006 de 10-7 y 196/2014, de 19-3, entre otras).

(STS 467/2018 de 15 de octubre).

ARTÍCULO 290 CP

Delito societario. Falseamiento de cuentas anuales. Elementos del tipo penal. Documentos que abarca: administrador de sociedad que altera a contabilidad durante años no reflejando la realidad de la empresa, con graves alteraciones, omisiones, duplicidades, indebida utilización de cuentas, con el fin de ocultar el real destino del dinero de aquélla.

(...) Como ha precisado la jurisprudencia de esta Sala: «El delito societario de falsedad contable tipificado en el artículo 290 del Código Penal goza de autonomía propia, más allá de que criminológicamente se presente frecuentemente como instrumental de otros ilícitos penales; viene a tutelar la transparencia externa de la administración social y la conducta delictiva consiste en la infracción del deber de veracidad en la elaboración de las cuentas anuales y otros documentos de la sociedad, es decir, en el falseamiento de las cuentas que deban reflejar la situación jurídica y económica de la sociedad de forma idónea para perjudicar a la sociedad, a sus socios o a un tercero (cfr. STS núm. 863/2009, de 16 de julio)».

Y como señala la sentencia de esta Sala 228/2016, de 17 de marzo, en las SSTS 655/2010, de 13 de julio, 194/2013, de 7 de marzo, y 822/2015, de 14 de diciembre, se afirma que el tipo descrito en el artículo 290 del C. Penal consiste en el falseamiento de las cuentas anuales o de otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad. El falseamiento puede serlo de las «cuentas anuales» o de «otros documentos». El objeto material sobre el que debe recaer este delito, con el que se trata de fortalecer los deberes de veracidad y transparencia que en una libre economía de mercado incumben a los agentes económicos y financieros, se determina en la definición legal con un «*numerus apertus*» en el que sólo se singularizan, a modo de ejemplo, las cuentas anuales, esto es, las que el empresario debe formular al término de cada ejercicio económico y que comprenden el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y la memoria. Entre los demás documentos cuyo contenido no puede ser falseado so pena de incurrir en el tipo del artículo 290 del C. Penal se encontrarán, sin que esto signifique el cierre de la lista de los posibles objetos del delito, los libros de contabilidad, los libros de actas, los balances que las sociedades que cotizan en Bolsa deben presentar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, los que las entidades de crédito deben presentar al Banco de España y, en general, todos los documentos destinados a hacer pública, mediante el ofrecimiento de una imagen fiel de la misma, la situación económica o jurídica de una entidad que opera en el mercado (STS 1458/2003, de 7-11).

El delito se comete cuando se falsean las cuentas «de forma idónea» para causar «un perjuicio económico». Y en todo caso, se distinguen dos subtipos: uno de mera actividad

(la falsedad documental para subsumirse en esta figura delictiva) cuando el perjuicio no llega a producirse (párr. 1.º), y otro de resultado, cuando se ha producido (párr. 2.º).

La doctrina señala como bienes jurídicos a tutelar tanto el tráfico mercantil como los intereses económicos de las sociedades, de sus socios y de las personas que se relacionan con ellos.

La condición de sujeto activo la define el dominio sobre la vulnerabilidad jurídico-penalmente relevante del bien jurídico, lo que exige considerar que en este tipo de delitos especiales, la característica constitutiva es «el dominio que los sujetos activos ejercen sobre la concreta estructura social en la que el bien jurídico se halla necesitado de protección y el Derecho penal, a través de semejantes tipos, protege».

Y en cuanto al núcleo de la conducta típica, dice la sentencia 655/2010, «falsear» en el sentido del artículo 290, es mentir, es alterar o no reflejar la verdadera situación económica o jurídica de la entidad en los documentos que suscriba el administrador de hecho o de derecho, porque así es como se frustra, además, el derecho de los destinatarios de la información social (sociedad, socios o terceros) a obtener una información completa y veraz sobre la situación jurídica o económica de la sociedad. Hay que tener en cuenta que ocultar o suprimir datos es una forma de faltar a la verdad en la narración de los hechos, y por otra, que el administrador tiene el deber jurídico de cumplir con su cometido con la diligencia de un ordinario empresario y de su representante leal (artículo 127.1 LSA y 61 LSRL), lo que, implícitamente, y en términos generales, le obliga a ser veraz con la información que suministra sobre la sociedad.

Por lo demás, una persona que elabora ese documento con unas patentes ocultaciones falsarias tiene conocimiento de la manipulación que realiza, y también lo tiene del perjuicio que con ello está ocasionando a la querellante. No puede, pues, con tales conocimientos alegar en su defensa que no tiene voluntad de causar unos perjuicios que se derivan claramente de la elaboración y aportación de ese documento con motivo de una operación de absorción que acaba así produciendo efectos perjudiciales para el patrimonio de la querellante.

(STS 558/2018 de 15 de noviembre).

ARTÍCULO 290 CP

Delito societario. Falseamiento de cuentas anuales. Cooperación necesaria. Caso Arte y Naturaleza: firmar las cuentas falseadas como accionista una vez presentadas por el administrador: imposibilidad de una cooperación con una aportación posterior a la consumación del delito.

(...) el delito del artículo 290 se consuma cuando las cuentas, ya elaboradas y, en su caso, auditadas, inician su camino para la presentación a los socios que han de aprobarlas. La actividad de éstos firmando las cuentas se produce, pues, con posterioridad a la consumación del delito, por lo que no es posible calificar su conducta como un supuesto de cooperación necesaria. Los casos en los que se declare probado que quienes intervienen posteriormente a la consumación del delito, comprometieron previamente a los hechos una aportación relevante que, aunque se produzca con posterioridad a la consumación, opera durante la ejecución como un elemento de garantía y seguridad de su éxito, pueden merecer otras consideraciones, que no es preciso examinar aquí, al no haberse declarado probado ese compromiso previo.

(STS 94/2018 de 23 febrero)

ARTÍCULO 298 CP

Receptación. Penalidad: el tipo penal se consume siempre que se perfeccione el comportamiento previsto en el núm. 1 del mismo precepto con la finalidad de traficar, aun cuando se refiera a un acto u operación aislada, no requiriéndose ninguna habitualidad e incluso aunque el acto de tráfico no se haya llevado a cabo, bastando con que dicho ánimo deba concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito.

(...) Acudiendo a los antecedentes legislativos del delito de receptación, la habitualidad fue exigida por el Código Penal de 1973, cuyo artículo 546 bis a) sancionaba al que con conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes se aprovechase para sí de los efectos del mismo, agravándose la pena para el reo habitual.

En el Código Penal de 1995 solo subsistió la habitualidad como elemento del tipo en la modalidad de receptación de efectos procedentes de faltas contra la propiedad del artículo 299 CP, sobre la que operaba además la agravación derivada de la adquisición o recepción de dichos efectos «para traficar con ellos» (artículo actualmente derogado por la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo).

Del tenor literal del texto legal se desprende con nitidez que la habitualidad no fundamenta un tipo agravado en la receptación de efectos procedentes de delito, sino que la agravación deriva del ánimo de traficar con ellos. El artículo 298.1 CP delimita el tipo básico sancionando «al que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos»; y el artículo 298.2 CP recoge como tipo agravado la recepción, adquisición u ocultación de los efectos del delito «para traficar con ellos». De este modo, el fin de traficar no es el elemento del tipo básico, sino del tipo agravado, por lo que es precisa su delimitación frente al ánimo de lucro (como elemento de la receptación).

(...) En definitiva: el aprovechamiento como acción nuclear del tipo de receptación exige en todo caso un ánimo de lucro, que a su vez no se identifica con el propósito de traficar. Propósito éste que se corresponde con el de introducir los objetos receptados en el circuito económico general, incluso mediante un acto único, por cuanto es independiente de la habitualidad que está referida a la reiteración en aprovechamiento lucrativo y no al modo de tráfico en que ese aprovechamiento puede, pero no necesariamente, ser realizado». A partir de dicha delimitación, son diversos los pronunciamientos que han concluido la existencia de tal propósito de traficar sin necesidad de vincularlo a la constatación de una habitualidad o reiteración de actos de venta. La STS 581/1999 de 21 de abril aplicó el artículo 298.2CP a un solo acto de venta. La STS 1034/2013 de 30 de diciembre, afirmó que basta para integrar el subtipo del artículo 298.2 CP «que se vaya a revender uno solo de los efectos receptados». Incluso se ha supuesto ese ánimo tendencial sin acreditar intento alguno de venta o transmisión de los efectos, sino en consideración a otras circunstancias concurrentes reveladoras de dicho propósito, singularmente en aquellos supuestos donde son hallados en posesión del acusado múltiples efectos de origen ilícito junto con otros indicios. Entre otras en las SSTs 1100/2010 de 13 de diciembre; o la 1202/2011, de 15 de noviembre.

Por su parte, el auto ATS 981/2017 de 25 de mayo, reprodujo la doctrina de la ya citada STS 1583/98, de 16 de diciembre al afirmar, con remisión a ella, que el ánimo

de traficar es la intención de comerciar o negociar con los efectos receptados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil, y que se aprecia dicho ánimo de traficar en casos en que se posee un efecto, proveniente de un delito, para entregarlo a tercero a cambio de una contraprestación.

En conclusión, el artículo 298.2 exige el ánimo de traficar, que hemos definido como la intención de comerciar o negociar con los efectos del delito adquiridos, recibidos u ocultados, mediante permuta, venta o cualquier otro acto semejante de naturaleza civil o mercantil para introducirlos en el circuito económico general, sin que la descripción típica incorpore matización alguna que permita exigir que tal ánimo se proyecte sobre más de un acto de venta. De manera que, se colmara la tipicidad siempre se perfeccione el comportamiento de previsto en el n.º 1 del mismo precepto con la finalidad de traficar, aun cuando se refiera a un acto u operación aislada. Solo así puede desprenderse del propio precepto, y de una interpretación integrada en relación a otros tipos penales que tipifican operaciones de tráfico sin otro condicionamiento. A modo de ejemplo, un acto de venta basta para integrar el concepto de tráfico en relación al delito del artículo 368 CP, y no cabría otra interpretación en relación a los actos de tráfico en relación a los artículos 232, 392, 399 o 570 CP. Eso sí, en el buen entendimiento de que dicho ánimo, no necesariamente coincide con el lucro y compatible con él, debe concurrir en el momento mismo en el que se reciban, adquieran u oculten los efectos del delito, sin necesidad de que la operación de tráfico se llegue a materializar, resultando intrascendente a estos efectos el ánimo sobrevenido de forma desligada a la consumación de la receptación.

(...) De manera contante ha considerado esta Sala que la limitación penológica a la que queda supeditada la punición de los delitos de receptación, lo es en relación a la pena atribuida al delito encubierto en abstracto. Lo que se prohíbe es la superación de la pena privativa de libertad prevista para «el delito encubierto» no para el encubridor del mismo, expresión que alude al delito originario de cuyos efectos el receptor se aprovecha, y cuya penalidad a considerar es la pena abstracta correspondiente al tipo penal, sin tener en cuenta las reducciones o incrementos de pena que alcancen al autor del mismo. Se trata de una cuestión asentada de antiguo en la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias SSTS como la de 17 de marzo de 1989; 9 de octubre de 1992 o 163/2000 de 11 de febrero, que aunque en interpretación del artículo 546 Bis a) del CP 1973, precedente normativo del actual 298.3, es de perfecta vigencia ante la idéntica redacción de ambos textos. Criterio interpretativo que mantuvo ya respecto al artículo 298.3 del CP de 1995 la STS 447/1999 de 15 de marzo, y que ahora reproducimos.

(STS 673/2018 de 19 de diciembre).

ARTÍCULO 301 CP

Blanqueo de capitales: convertir o transmitir bienes, sabiendo que tienen su origen en una actividad delictiva: no es necesaria una condena previa por el delito origen de los bienes, ni tampoco una descripción exhaustiva de la actividad delictiva previa.

(...) La jurisprudencia no ha exigido la condena previa por el delito antecedente del blanqueo. Ha afirmado, sin embargo, que la existencia de tal infracción previa y el que los bienes objeto del blanqueo tengan en ella su origen, es un elemento del delito de blanqueo, cuya prueba no presenta especificidad alguna, pudiendo recurrirse a la prueba indiciaria. En la STS de 5 de octubre de 2006, citada por la STS n.º 628/2011,

de 22 julio, se decía al respecto que «No es preciso identificar un concreto hecho delictivo, ni tampoco que ya exista una sentencia condenatoria que lo establezca. Pero será precisa, al menos, una mínima identificación, de manera que pueda afirmarse de forma contundente que el origen de los bienes no es una actividad solamente ilícita, sino delictiva.

(...) En los casos en los que no ha recaído condena por el delito que se considera antecedente, como origen de los capitales blanqueados, la prueba del mismo puede resultar dificultosa. Pero ello no excusa de su debida acreditación. La existencia de una acusación en otra causa por hechos que se consideran delictivos y de los que podría proceder el capital blanqueado, junto con otros elementos, entre ellos la coincidencia temporal o la inexistencia de otra posible fuente de ingresos, puede resultar un elemento útil, valorable en el ámbito de la prueba indiciaria. Pero, por sí mismo, no explica la procedencia de los bienes. Dadas estas evidentes dificultades probatorias, se explica que en la reforma de la LECrim por la Ley 41/2015, se haya incluido entre los delitos conexos el blanqueo de capitales respecto al delito antecedente, lo cual permite la investigación y el enjuiciamiento en la misma causa, al menos cuando resulte conveniente para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades procedentes, con exclusión de los casos en los que suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, (artículo 17 LECrim). Regulación que permite adoptar la resolución más conveniente en función de las circunstancias del caso.

(STS 617/2018 de 3 de diciembre).

ARTÍCULO 305 CP

Defraudación a la Hacienda pública. Delito fiscal. Inexistencia de delito continuado. Caso Marbella: creación de un complejo entramado de operaciones mercantiles simuladas entre diversas sociedades, con el fin de simular gastos deducibles; cuantías defraudadas que superan claramente la cifra de los 600.000 euros.

(...) no puede admitirse que el plan preconcebido como estrategia para defraudar a la Hacienda Pública española durante varios años constituya el soporte sobre el que se asiente el elemento subjetivo del dolo propio de un delito continuado, desplazando así el concurso real de delitos.

Ello se debe, en primer lugar, a que no se está ante un supuesto en que se diseñe un plan para ejecutar en fechas próximas o con una mínima vinculación temporal actos delictivos que se van eslabonando con el fin de generar un fraude a corto o medio plazo, sino ante un plan con el que se intenta defraudar a la Hacienda Pública a medio/largo plazo. El proyecto se materializa anualmente con la declaración fiscal del impuesto de sociedades. De tal manera que de año en año se hace una declaración fiscal fraudulenta mediante la que se aparentan cuantiosas deudas inexistentes, declaración que lleva implícitos un acto de voluntad y una decisión delictiva que genera un fraude correspondiente a la cuantía del subtipo agravado en cada uno de los dos años fiscales.

Difícilmente puede asumirse que una conducta con ese distanciamiento en el tiempo y con una secuenciación de una decisión delictiva anual pueda encuadrarse desde una perspectiva subjetiva en el concepto de delito continuado. Pues, de entenderlo así, estaríamos acogiendo como delito continuado un supuesto en que la planifi-

cación delictiva para un periodo de varios años vendría a actuar como una especie de licencia para defraudar a largo plazo, reconvirtiendo varios delitos realizados por periodos anuales en un solo delito, aunque la pena imponible se fije en su mitad superior. Se generaría así de facto un ámbito temporal de impunidad para conductas proyectables a largo plazo que resultarían legitimadas por la existencia de un plan delictivo genérico inicial.

Este Tribunal ha venido aplicando la figura del delito continuado, en lo que atañe a la unidad de acción continuada, con no poca flexibilidad y laxitud. Ahora bien, no hasta el punto de operar con un concepto de acción por continuidad delictiva en unos términos tan extremos como los que se proponen en el escrito de recurso, máxime si se pondera la configuración del elemento objetivo del tipo penal en el caso concreto («estranqueidad» impositiva).

La estructura propia de la acción insertable en el delito continuado se halla ubicada entremedias de la unidad natural de acción y de lo que son las acciones plurales propias de un concurso real de delitos. Y esta Sala, merced a una interpretación amplia y generosa del concepto de delito continuado desde la perspectiva de la dilación temporal de las acciones plurales homogéneas integrantes de la continuidad delictiva, ha llegado a acercarse a la figura hasta un contorno muy próximo al del concurso real de delitos. Sin embargo, ha de entenderse que ello no permite extender el perímetro del sustrato fáctico de la continuidad delictiva hasta el punto de traspasar una planificación delictiva genérica de varios años, que se materializa con decisiones conscientes y voluntarias anuales, en el soporte legitimador de un delito continuado.

Como se dijo supra, el dolo global, genérico o de conjunto propio del delito continuado tiene que ponerse en relación con una base naturalística u ontológica de acciones delictivas que se engargan con una mínima vinculación temporal. Y ello no puede decirse de un proyecto delictivo que ha de perpetrarse durante varios años, ensamblado mediante una decisión voluntaria anual de cometer una grave conducta fraudulenta contra la Hacienda Pública. Una conducta de esta naturaleza no puede enmarcarse en la unidad de acción continuada propia del artículo 74 del C. Penal. Máxime cuando el extenso periodo de tiempo planificado con una compleja estrategia se fragmenta con un acto nuclear de voluntad defraudadora que se espacia de año en año, formalizándose la voluntad de cometer el delito en un momento puntual de cada anualidad.

A este respecto, y conectando con lo que se acaba de exponer, es claro que tampoco cabe operar en el caso con un dolo continuado basado en el aprovechamiento de la misma ocasión. Ello queda descartado, en primer lugar, porque las ocasiones no surgen de forma espontánea o casualmente, reaccionando ante ellas el autor del delito con una debilidad de voluntad que disminuya su culpabilidad, sino que todo obedece a una conducta muy poco conciliable con el vocablo «ocasión». Y en segundo término, porque se está ante actos de voluntad o de decisión delictiva que se perpetran anualmente, esto es, con una dilación en el tiempo que no propicia hablar de la persistencia del elemento volitivo del plan inicial, ya que el acusado tiene tiempo durante tan extenso periodo para sedimentar una decisión distinta a la que le llevó a cometer la primera acción delictiva. Máxime cuando la decisión defraudatoria se presta formalmente ante el propio Estado, que aparece representado por los funcionarios que tramitan las declaraciones fiscales.

Frente a todo ello cabe redargüir que esta Sala ha aplicado a algunas conductas delictivas la figura del delito continuado concurriendo acciones que se extienden en el tiempo durante varios años. Como ejemplo de ello pueden o deben citarse los delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Pues no resulta extraño que conductas graves de esa índole ejecutadas por sujetos sobre otros miembros integrantes de un mismo

entorno familiar incurran en actos repetidos de esa naturaleza, sobre todo contra menores de edad, durante periodos amplios de tiempo. Sin embargo, esas actuaciones delictivas poco tienen que ver, estructural y punitivamente, con las que aquí se tratan.

En efecto, en tales casos se juzgan conductas perpetradas con regularidad en un ámbito de intimidad que asoman sorpresivamente a la luz tras varios meses o años de ejecución en la clandestinidad, sin actos concretos externos que las fragmenten o interrumpan en el tiempo. Pueden así considerarse actos de aprovechamiento de ocasión y ser así incardinados, no sin cierta dosis de distorsión conceptual, en la continuidad delictiva.

En cambio, en el ámbito del delito fiscal el sujeto activo formaliza cada año una declaración fiscal y vuelve así a evidenciar ante el representante de la Administración su voluntad de defraudar a la Hacienda Pública, con el consiguiente grave menoscabo del erario público mediante el que se atienden y satisfacen los intereses generales de la ciudadanía.

Al margen de lo anterior, también favorecen la aplicación del delito continuado en los procesos que se tramitan por delitos contra la libertad sexual las dificultades que surgen en la práctica para conseguir individualizar los diferentes episodios delictivos. Y otro tanto puede decirse en cuanto a la severa gravedad de las penas con que son castigados. Estos factores no se dan desde luego en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública.

Por último, es importante tener presente que en la aplicación del delito continuado a las distintas figuras penales se ha de atender al sentido normativo de cada tipo, de forma que se aplique cuando se considere necesario para aprehender el nivel de injusto y de culpabilidad en cada caso. No debe pues operarse en la práctica con un exceso de normativismo que prescinda de la base naturalística conductual exigible para constatar una unidad de acción continuada, ni procede tampoco desentenderse de las consecuencias que conlleva la aplicación de tan dúctil y controvertida figura jurídica.

(STS 290/2018 de 14 de junio).

ARTÍCULO 319 CP

Delito sobre la ordenación del territorio: llevar a cabo una construcción no autorizada en viales: inexistencia: desplazar la situación de vial a otro lugar con aprovechamiento más racional, sin que ello afecte al bien jurídico protegido, además el hecho de ser socio o administrador de la empresa que lo ejecuta no supone participar en el hecho.

(...) Esta Sala ha entendido que el delito previsto en el artículo 319.1 CP exige, en primer lugar, que el sujeto activo ha de ser quien reúna alguna de estas condiciones: promotor, constructor o técnico director. En segundo lugar, que ha de realizarse una construcción, que en la redacción inicial se exigía que fuera una construcción no autorizada, y que después de la reforma operada por la LO 1/2015, han de ser obras de urbanización, construcción o edificación no autorizables. En tercer lugar, que se lleven a cabo «en suelos destinados a viales, zonas verdes, bienes de dominio público o lugares que tengan, legal o administrativamente reconocido su valor paisajístico, ecológico, artístico, histórico o cultural, o por los mismos motivos hayan sido considerados de especial protección».

El bien jurídico protegido no es la normativa sobre ordenación del territorio, sino la utilización racional del medio como recurso natural y la ordenación de su uso al interés general.

(...) La conducta, pues, no puede considerarse incluida en el tipo, orientado a una protección material del territorio en el aspecto relativo a la orientación de su uso al interés general, como antes se dijo, pues con el precepto no se pretende la protección formal sino material de los intereses afectados.

Pero, además de lo anterior, que sería suficiente para estimar el motivo, en la relación de hechos probados no se describe una conducta del recurrente que permita considerarlo responsable de la ejecución de la obra en la forma en que se hizo, en el concepto de promotor, constructor o técnico director, como exige el tipo. La condición de socio, e incluso de administrador mancomunado de una sociedad no convierte al sujeto en responsable de todo lo que la sociedad lleve a cabo, siendo necesario establecer la intervención concreta que tenga en cada hecho. La condición de promotor, concretamente, no resulta del hecho de ser socio o administrador, si no se precisa cuál fue la concreta intervención respecto de la obra que causa el perjuicio al bien jurídico protegido. Por otro lado, es preciso igualmente, recoger en el relato de hechos los requisitos fácticos del dolo.

(STS 491/2018 de 23 de octubre).

ARTÍCULOS 320, 404 Y 419 CP

Prevaricación urbanística. Fraude y Malversación de caudales públicos. Cohecho pasivo propio. Blanqueo de capitales: son delitos homogéneos la prevaricación ordinaria del artículo 404 CP y prevaricación urbanística del artículo 320 CP, al tratarse ésta de una prevaricación especial por razón de la materia.

(...) En relación a la prevaricación urbanística ésta supone la infracción a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística, cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal.

La jurisprudencia de esta Sala por todas SSTs 499/2009, de 18 de mayo y 362/2018, de 18 de julio, asumiendo explícitamente en el ámbito de la autoría la categoría de los delitos de infracción de deber, señala que «el delito prevaricación urbanística supone la infracción, a sabiendas, de las obligaciones de observar la normativa urbanística cuyo incumplimiento genera la responsabilidad penal».

La estructura típica de la prevaricación responde a los denominados delitos de infracción del deber el funcionario y ocupa una posición de garante respecto a los bienes jurídicos que la administración, a través suyo tutela.

La conducta de quien infringe las obligaciones señaladas son infracciones de un deber que merecen un especial reproche penal. Para la subsunción es preciso que el relato fáctico refiera la norma infringida con expresión de la concreta acción realizada en una aplicación arbitraria de la norma que debe observar (STS 28-5-2009).

Por lo demás, se aplican los criterios generales apreciables en la prevaricación administrativa. En este sentido es clarificadora la STS 363/2006 de 28-3, que recuerda que el delito de prevaricación urbanística del artículo 320 no es sino una especialidad del delito más genérica de prevaricación penado en el artículo 404, a cuya penalidad remite en parte y de cuya naturaleza y requisitos participa, pues al

igual que éste protege el correcto ejercicio del poder público que en un Estado de Derecho no puede utilizarse de forma arbitraria ni aún a pretexto de obtener un fin de interés público o beneficioso para los ciudadanos, pues debiendo, por el contrario, ejercerse siempre de conformidad con las leyes que regulan la forma en que deben adoptarse las decisiones y alcanzarse los fines constitucionalmente lícitos, aunque su ámbito de perpetración se ciñe al propio de la actividad administrativa de control de la ordenación y uso del territorio.

Ahora bien, el control de la legalidad de los actos de los órganos de la Administración Pública precisa la STS. 766/99 de 18.5 corresponde a los Juzgados y Tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Este control no debe ser confundido con el enjuiciamiento por los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal, de las personas que ocupando y desempeñando las funciones propias de órganos de la administración, incurrir en conductas que revisten caracteres de delito. Los jueces y tribunales están llamados a juzgar a las autoridades y funcionarios que presuntamente hayan realizado un hecho penalmente típico, pero no lo hacen en el ejercicio de la función controladora establecido en el artículo 106.1 CE, sino en el ejercicio de la potestad jurisdiccional genérica que atribuye a todos los jueces y tribunales el artículo 117.3 CE destinada en el caso del orden jurisdiccional penal a hacer efectivo el mandato de aquel sometimiento de ciudadanos y poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico que establece y proclama el artículo 9.1 CE. Los Jueces y Tribunales no controlan, pues, a la administración pública, sino que sencillamente, declaran cuando procede ejercer el «*ius puniendi*» del Estado contra la persona –autoridad o funcionario– que se ha desviado en su comportamiento de la legalidad realizando el hecho penalmente típico. Efectuada esta precisión debemos insistir en que nos encontramos ante una prevaricación especial por razón de la materia sobre la que se realiza, la normativa urbanística, lo que implica algunas diferencias. Así la modalidad genérica del artículo 404 exige que el funcionario, además de una actuación «a sabiendas de su injusticia», produzca una resolución arbitraria. En la urbanística el contenido de la conducta consiste en informar o resolver favorablemente «a sabiendas de su injusticia». En ambos casos, el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia de ahí que pueda ser aplicada a la prevaricación especial, la doctrina de esta Sala sobre la genérica, recogida, entre otras en las SSTs. 331/2003 de 5.3, 1658/2003 de 4.12, 1015/2002 de 31.5, bien entendido que en la interpretación del tipo no debe olvidarse el análisis de la conducta desde la perspectiva de la antijuridicidad material, aplicando en su caso, los criterios de «insignificancia» o de intervención mínima, cuando no se aprecie afectación del bien jurídico tutelado, así como el principio de proporcionalidad. Un tipo penal no puede ser un mero reforzamiento de la autoridad administrativa, sin contenido material de antijuridicidad.

La coordinación de las medidas administrativas y penales para la tutela urbanística no debe interpretarse en el sentido de que el Derecho Penal le corresponde un papel inferior respecto del Derecho Administrativo o meramente auxiliar. Ambos se complementan para mejorar la tutela de un interés colectivo de especial relevancia, ocupando cada uno de ellos su lugar específico y desempeñando el papel que le corresponde conforme a su naturaleza. El derecho administrativo realiza una función preventiva y también sancionadora de primer grado, reservándose el Derecho Penal para las infracciones más graves, conforme al principio de intervención mínima.

En esta dirección la STS. 1658/2003 de 4.12 nos recuerda que el delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación. Garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un

Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 y 12 de diciembre de 2001, entre otras).

Es por eso, como en esa misma sentencia se afirma, que no se trata de sustituir a la Jurisdicción Administrativa, en su labor de control de la legalidad de la actuación de la Administración Pública, por la Jurisdicción Penal a través del delito de prevaricación, sino de sancionar supuestos límite, en los que la actuación administrativa no sólo es ilegal, sino además injusta y arbitraria.

La acción consiste en dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo. Ello implica, sin duda, su contradicción con el derecho, que puede manifestarse, según reiterada jurisprudencia, bien porque se haya dictado sin tener la competencia legalmente exigida, bien porque no se hayan respetado las normas esenciales de procedimiento, bien porque el fondo de la misma contravenga lo dispuesto en la legislación vigente o suponga una desviación de poder (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre), o en palabras de otras sentencias, puede venir determinada por diversas causas y entre ellas se citan: la total ausencia de fundamento; si se han dictado por órganos incompetentes; si se omiten trámites esenciales del procedimiento; si de forma patente y clamorosa desbordan la legalidad; si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio de los intereses generales (STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre y STS núm. 76/2002, de 25 de enero).

Pero no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el Derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo, ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del Derecho Penal, que perdería su carácter de última «ratio». El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo deberá utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de conductas, como las realizadas en el ámbito administrativo, para las que el ordenamiento ya tiene prevista una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El Derecho Penal solamente se ocupará de la sanción a los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el Derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito. A pesar de que se trata de supuestos de graves infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación. En este sentido, conviene tener presente que en el artículo 62 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se contienen como actos nulos de pleno derecho, entre otros, los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; los dictados por órgano manifiestamente incompetente; los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento y los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, lo que revela que, para el legislador, y así queda plasmado en la Ley, es posible un acto administrativo nulo de pleno derecho por ser dictado por órgano manifiestamente incompetente o prescindiendo totalmente del procedimiento, sin que sea constitutivo de delito (STS núm. 766/1999, de 18 de mayo).

No basta, pues, con la contradicción con el derecho. Para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras

ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria, términos que deben entenderse aquí como de sentido equivalente.

Respecto de esta distinción, la jurisprudencia anterior al Código Penal vigente, y también algunas sentencias posteriores, siguiendo las tesis objetivas, venía poniendo el acento en la patente y fácil cognoscibilidad de la contradicción del acto administrativo con el derecho. Se hablaba así de una contradicción patente y grosera (STS de 1 de abril de 1996), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (SSTS de 16 de mayo de 1992 y de 20 de abril de 1994) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo).

Otras sentencias de esta Sala, sin embargo, sin abandonar las tesis objetivas, e interpretando la sucesiva referencia que se hace en el artículo 404 a la resolución como arbitraria y dictada a sabiendas de su injusticia, vienen a resaltar como elemento decisivo de la actuación prevaricadora el ejercicio arbitrario del poder, proscribido por el artículo 9.3 de la Constitución, en la medida en que el ordenamiento lo ha puesto en manos de la autoridad o funcionario público. Y así se dice que se ejerce arbitrariamente el poder cuando la autoridad o el funcionario dictan una resolución que no es efecto de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico sino, pura y simplemente, producto de su voluntad, convertida irrazonablemente en aparente fuente de normatividad. Cuando se actúa así y el resultado es una injusticia, es decir, una lesión de un derecho o del interés colectivo, se realiza el tipo objetivo de la prevaricación administrativa (SSTS de 23-5-1998; 4-12-1998; STS núm. 766/1999, de 18 mayo y STS núm. 2340/2001, de 10 de diciembre), lo que también ocurre cuando la arbitrariedad consiste en la mera producción de la resolución –por no tener su autor competencia legal para dictarla– o en la inobservancia del procedimiento esencial a que debe ajustarse su génesis (STS núm. 727/2000, de 23 de octubre).

Puede decirse, como se hace en otras sentencias, que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la Ley (STS núm. 1497/2002, de 23 septiembre), o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor (STS núm. 878/2002, de 17 de mayo) o cuando la resolución adoptada –desde el punto de vista objetivo– no resulta cubierta por ninguna interpretación de la Ley basada en cánones interpretativos admitidos (STS núm. 76/2002, de 25 de enero). Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Ahora bien la prevaricación, en la modalidad genérica del artículo 404 exige que el funcionario, además de una actuación «a sabiendas de su injusticia produzca una resolución arbitraria». En la urbanística, el contenido de la conducta consiste en «informar o resolver favorablemente a sabiendas de su injusticia». En ambos casos el contenido de la acción es similar pues la arbitrariedad es una forma de injusticia, de ahí que puede ser aplicada a la prevaricación especial de jurisprudencia sobre la genérica (STS 363/2006, de 28 de marzo).

Bien entendido que el bien jurídico protegido en esta modalidad delictiva está matizado y cumplimentado por el adecuado funcionamiento de la Administración Pública que, en su actuación, debe velar siempre de forma objetiva por los intereses generales (artículo 103.1 CE).

Como indica nuestra sentencia 363/2006, de 28 de marzo «... el bien jurídico protegido en el delito de urbanismo... es la utilización racional del suelo como recurso natural limitado y la ordenación de su uso al interés general. Se trata de un bien jurídico comunitario, de los denominados «intereses difusos» pues no tiene un titular concreto, sino que su lesión perjudica en mayor o menor medida a toda una colectividad, bien jurídico que en el supuesto de esta prevaricación especial, se complementa con el recto y normal funcionamiento de las administraciones públicas que constituye un presupuesto básico de una sociedad democrática».

En definitiva, dado que así lo exige la penalidad cualificada del art 320 frente a la menos grave del artículo 404, que solo impone la inhabilitación especial, para la realización del injusto no solo es necesario que la conducta menoscabe el correcto funcionamiento de la Administración Pública, sino que además el desvalor del comportamiento debe afectar o poner en peligro el interés consistente en la explotación racional del suelo orientada a la satisfacción del interés general: como indica la STS 1127/2009, de 27 de noviembre, «la prevaricación especial por urbanística que sanciona el artículo 320 CP exige una injusticia en la conducta consistente en la puesta en peligro de la ordenación del territorio».

(STS 613/2018 de 29 de noviembre).

ARTÍCULO 368 CP

Tráfico de drogas. Asociación cannábica. Autoconsumo compartido: despenalización del tráfico de hachís: derecho comparado y normativa; normativa administrativa, autonómica y local; Cataluña: Ley 13/2017, de 6 de julio de las asociaciones de consumidores de cannabis: su vigencia está suspendida al haberse admitido a trámite el recurso interpuesto por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional.

(...) En su argumentación, el Ministerio Fiscal, reconociendo la nueva realidad surgida en España a partir de los años 90 y la novedosa constitución de asociaciones de consumidores de cannabis, considera que las mismas, frente al criterio de la sentencia, encajan dentro del tipo penal del artículo 368 y siguientes del CP, no obstante la existencia de algunas normativas autonómicas o municipales que abordan dicha realidad, aunque como hemos mencionado en ellas han iniciado otras resoluciones del TC.

Alega el Ministerio Fiscal que no se discute que el cannabis sea una sustancia catalogada como estupefaciente y por lo tanto sometida a control y no se cuestiona, tampoco, que tal sustancia cause daño a la salud.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, atribuye en su artículo 1.º «al Estado español el derecho de intervenir, dentro de su territorio, el cultivo y producción, la fabricación y extracción, el almacenamiento, transporte y distribución, la importación, la exportación y el tránsito de primeras materias y de productos estupefacientes, así como su prescripción, posesión, uso y consumo. Asimismo, corresponde al Estado español el derecho de prevenir, de perseguir y de sancionar los hechos que constituyen infracción o delito, previstos en el presente régimen legal».

En definitiva, lo que se regula es la exclusividad del Estado en la gestión de los estupefacientes y así lo recoge expresamente el artículo 5.º de la Ley mencionada. Tal legislación priva a los llamados clubes cannábicos o asociaciones similares del mismo

tenor, de legitimidad alguna respecto a la posibilidad de «cultivar, distribuir entre socios, facilitar el consumo con fines lúdicos o medicinales de la planta Cannabis Sativa y sus preparados o derivados, provenientes de cultivos colectivos», como recoge los Estatutos de la sociedad «Three Monkeys España».

La decisión, por lo tanto, de autorizar el cultivo, la distribución o el consumo de sustancias estupefacientes es una competencia exclusiva del Estado. Y, en consecuencia, diseñar un entramado asociativo para facilitar el cultivo y/o el consumo de sustancias estupefacientes de un gran número de personas, con o sin ánimo de lucro, que a efectos del artículo 368 deviene baladí, constituye, en principio, un delito tipificado en el artículo 368 del CP.

La sentencia recurrida en su fundamentación jurídica nos dice que los hechos declarados probados no constituyen delito por cuanto entiende que en el local de la Asociación cannábica «Three Monkeys España», no se vendía indiscriminadamente la marihuana y el hachís, sino que exclusivamente se vendía a los socios y que, por otra parte, no les guiaba el ánimo de lucro.

Se alega que el tipo penal recogido en el artículo 368 CP no exige ánimo de lucro alguno y, por otra parte, resulta irrelevante a los efectos de tal tipo que la venta sea indiscriminada o dirigida a un grupo selecto de personas.

En conclusión, estima que la sentencia recurrida en cierto modo «legaliza» los clubes o asociaciones cannábicas al entender que cultivar y vender la sustancia estupefaciente hachís o marihuana en un local y para los múltiples socios que allí acuden, es una conducta atípica y por tanto solicita la estimación del motivo y revocación de la sentencia en los términos indicados, condenando a los absueltos a las penas interesadas en su escrito de conclusiones definitivas.

CUARTO. Asiste toda la razón al Ministerio Público cuando destaca que el ánimo de lucro no es requisito del delito del artículo 368. Empezaremos por esa cuestión.

No parece que la presencia o no de afán de enriquecimiento personal sea significativa en principio en un delito de riesgo que protege la salud pública. Nadie dudará que una asociación dedicada a distribuir de manera gratuita y altruista drogas, incluso limitándose a repartirla entre quienes, siendo usuarios, demostrasen penuria de medios económicos, estaría favoreciendo el consumo ilegal de sustancias estupefacientes (artículo 368 CP). No incide en el bien jurídico «salud pública» que la difusión de droga se efectúe mediante precio, gratuitamente, o restituyendo exclusivamente su coste. Si se conviene que una actividad como la analizada en este procedimiento no pone en riesgo el bien jurídico tutelado de forma penalmente relevante, discriminar entre unos y otros supuestos (puro altruismo con gratuidad total, lucro desmedido, o mera contribución a los gastos) se antoja caprichoso. En principio el riesgo para la salud pública generado, si es que se produce, no varía por razón del móvil que anima al autor. Si se sostiene que la producción y distribución de cannabis en las condiciones en que lo hacía la Asociación de referencia no afecta de modo penalmente significativo al objeto de protección del artículo 368 CP, no habría razones para sostener que sí quedaría vulnerado si la distribución fuese gratuita; y menos todavía (la facilitación tendría menor potencialidad difusora por menos atractiva) si se exigiese el pago de precios superiores para propiciar una justa remuneración por sus tareas a los responsables o incluso para acumular abultadas ganancias concibiéndola como negocio. Las motivaciones egoístas o lucrativas pueden despertar más antipatía o mayor reproche; pero en relación estricta al bien jurídico son irrelevantes, rigurosamente neutras. El objeto de protección no es el patrimonio o la capacidad económica del consumidor de estupefacientes.

Con este excursus no se quiere decir que no juegue ningún papel esa frecuente motivación lucrativa en la valoración de estas conductas. Goza de relevancia pero tan solo como signo externo y elocuente (aunque no imprescindible) de la alteridad que es presupuesto de la punición de estas actividades.

El autoconsumo está excluido del radio de acción del artículo 368 CP. El autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo personal acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa.

Pues bien, un factor de identificación de lo que es consumo compartido para diferenciarlo de lo que es una acción de facilitación del consumo ajeno puede estribar precisamente en la exigencia de una contraprestación económica que vaya más allá del coste y que redunde en beneficio de quien aporta la droga para la ingesta conjunta. Será claro indicador de que su conducta excede del estricto autoconsumo compartido. Comercia y eso acredita la alteridad. Ya no es un grupo reducido que conjuntamente compra y consume. Y es que, en efecto, aunque la denominación consumo compartido está consagrada, seguramente, como se ha propuesto, sería más exacto hablar de «compra compartida» o «bolsa común».

Ahora bien, de ahí no cabe extraer la peregrina consecuencia de que el ánimo de lucro tenga significación decisoria a efectos del bien jurídico en los términos que parece conferirle la Audiencia Provincial que se preocupa mucho de enfatizar la ausencia de móviles lucrativos en los acusados.

QUINTO. Tras este argumento incidental sobre un tema muy puntual, retomemos el discurso general sobre la materia que suscita el recurso del Fiscal, apartando la cuestión del ánimo de lucro una vez relativizada su trascendencia.

Es una obviedad decir que la función de un Tribunal de Justicia es aplicar la legalidad vigente. También lo es advertir que el ordenamiento jurídico presenta una textura abierta por decirlo con feliz expresión de uno de los más conocidos teóricos del derecho del siglo XX. La interpretación de una norma legal es mucho más que una operación mecánica y aséptica. Aparecen implicadas herramientas y factores y criterios (como la realidad social a que se refiere el artículo 3 del Código Civil) que pueden derivar, según se combinen, a soluciones no siempre coincidentes. El órgano judicial, sin perder la conciencia de esa ocasional versatilidad y relativa elasticidad de la interpretación, ha de indagar cuál es el sentido de la ley para ajustarse al criterio legislativo rectamente identificado.

No ignora esta Sala el debate social y también político sobre la cuestión implicada tras el asunto que se examina. No es función de un Tribunal interferir en ese debate, que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos en favor y en contra de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a estrategias prohibicionistas. Menos todavía es función suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

Siendo muy generalizada y estando contrastada sanitariamente la convicción de que el consumo de drogas y estupefacientes es perjudicial para la salud pública, también de las llamadas drogas blandas, se arguye que podría ser más eficaz o arrojar en conjunto más réditos que perjuicios una política de tolerancia, acompañada de rigurosos controles y reglamentación, que huyese del prohibicionismo absoluto.

Es ese un debate que ni puede ser solipsista, ni puede dar las espaldas a una política criminal supranacional. En esta materia esa política ni es predominantemente interna; ni descansa en exclusiva en los parlamentos nacionales. Esta característica es predicable de manera singular del ámbito de la Unión Europea. No puede España escapar a movimientos normativos internacionales en los que está inmersa y de los que ella misma es agente y parte (*vid.* además de las recomendaciones periódicas del Consejo de la Unión Europea en materia de lucha contra la droga –la última contem-

pla el período 2013-2020—, y entre muchas otras, la Recomendación de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países iberoamericanos para la armonización de la legislación penal sobre drogas de mayo de 2015 suscrita con motivo de la XIX Reunión Plenaria de la Conferencia de Ministerios de Justicia de los Países Iberoamericanos donde, además de insistirse en la diferencia a efectos penales entre el tráfico y el consumo, se aconseja la despenalización del uso terapéutico de los derivados del cannabis con acompañamiento de una estricta regulación).

Por otra parte, ese debate no encuentra su escenario más adecuado de desarrollo en los tribunales de justicia llamados a aplicar la legislación vigente con todas las herramientas interpretativas que proporciona el ordenamiento y que se revelan especialmente necesarias en relación a tipos legales como el que hemos de examinar ahora de contornos y perfiles poco nítidos, casi desbocados según plástica expresión de algún comentarista, pero siempre respetando con fidelidad lo que se aparece como voluntad clara e inequívoca de la ley; sin traicionarla haciéndola decir lo que no dice; o ignorando lo que dice.

En el marco legal vigente es donde han de buscarse las respuestas al supuesto que se nos somete a consideración que, además, no es un caso solitario como demuestran entre otros factores, los ya relativamente numerosos pronunciamientos de este Tribunal.

Ese marco tiene su pieza central en el artículo 368 CP. Pero no es la única: la legislación administrativa sobre drogas tóxicas o estupefacientes ha de ser tomada también en consideración. No en vano el tipo contiene una referencia normativa (consumo ilegal).

Al mismo tiempo, la normativa convencional o supranacional se erige en referente insoslayable.

SEXTO. A nivel internacional es de cita obligada la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972 de Modificación de la Convención Única, de Naciones Unidas. La toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad, declara el Convenio. El cannabis está inequívocamente incluido entre las sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención de 1961 (artículo 36), como la posterior de Viena de 1988 (artículo 3) obligan a los países firmantes a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

En la Unión Europea, instrumento básico es la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. El proceso de revisión a que está sometida esa norma no afecta a lo que es determinante para abordar la cuestión que aquí debemos estudiar.

Sobran, por conocidas, consideraciones sobre el valor de una Decisión Marco y la forma en que vincula a los Estados miembros.

(...) Si mediante el artículo 368 CP se reputa debidamente incorporada al ordenamiento interno esa Decisión, no es fácil armonizar con los contundentes términos de ese precepto una interpretación a tenor de la cual una actividad consistente en el cul-

tivo de cannabis para su distribución periódica a los miembros de una asociación en número superior a trescientos escape a la prohibición penal que propugna la Decisión. Bien es cierto que el párrafo segundo habilita a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional (la enmienda propuesta por el Parlamento Europeo a ese artículo en el proceso de modificación aludido no cambiaría esencialmente los términos de la cuestión). Subsiste un margen de apreciación para las legislaciones internas que pueden amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal. Pero hay unos límites a la interpretación: se precisan equilibrios lingüísticos y algún esfuerzo dogmático tanto para considerar la actividad ahora contemplada como exclusivo consumo personal; como para encajar una tesis jurisprudencial que variaría la interpretación tradicional y durante muchos años incuestionada de un precepto legal no alterado en la categoría de legislación nacional. Admitamos a efectos exclusivos de argumentación que una y otra cosa son factibles. Pero habría que convenir, al menos, que no estaríamos ante una interpretación diáfana, no exenta de dudas o cristalina del concepto normativo exclusivo consumo personal. Si queremos apartarnos de la interpretación tradicional y más clásica del consumo o cultivo compartidos como conductas impunes hasta los extremos a que llega la sentencia de instancia sería paso previo ineludible la activación del mecanismo de la cuestión prejudicial para recabar la opinión vinculante del Tribunal supranacional habilitado para interpretar esos términos de la norma europea y la dudosa compatibilidad con ellos de un consumo asociativo concebido de manera tan amplia.

La no persecución en algunos miembros de la Unión de supuestos solo relativamente asimilables (Países Bajos, significativamente) en determinadas circunstancias es posible a causa y con base en un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y en la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en un *coffeeshop* están regulados en el artículo 11 de la Dutch Opium Law en condiciones severas (cuyo incumplimiento da lugar a prisión). El artículo 2, párrafo 2 de la Decisión marco, sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 gr. cannabis) que ha permitido incluso la apertura de un club social de cannabis con reglamentación muy estricta (vid. S. Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de diciembre de 2010, C-137/09 asunto Marc Michel Josemans). Las reglas e instrucciones previstas en la Opium Law deben ser respetadas. El suministro y la producción, son perseguibles en todo caso. En los dos últimos años se vienen imponiendo políticas y normativas más restrictivas. Y no es dable la posesión en esos locales de una cantidad superior a 500 gr de marihuana.

El necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco aunque sea someramente de algunas otras tendencias en el derecho comparado.

No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países.

Uruguay es un muy significado ejemplo. Su Ley n.º 19.972 regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de membresía, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo a la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los cuarenta y cinco. Podrán plantar hasta noventa y nueve plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio proporcional al número de socios y conforme a la

cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia –40 gramos mensuales por usuario-.

Varios Estados de USA han legalizado el uso recreativo de la marihuana y en mayor número, para exclusivo uso medicinal. Las normas respectivas presentan diferencias. Coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En Oregón (donde la normativa entró en vigor en julio de 2015) se permite el cultivo de 4 plantas y la tenencia para el consumo personal de hasta 8 onzas (1 onza son 28,3495231 gramos). Además, se exige licencia para la producción, tratamiento y venta de marihuana. Este tipo de autorización específica se impone también en el Estado de Colorado, donde el número de plantas que se pueden cultivar se eleva a seis. Una onza es la cantidad máxima que se puede portar o entregar gratuitamente a un tercero (siempre que sea mayor de 21 años).

En todo caso la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la Controlled Substances Act (CSA). El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles establecidos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.

Colombia legalizó el uso de cannabis pero solo con fines medicinales.

En Canadá se tramita una normativa que legalizaría en determinadas condiciones el consumo de cannabis previéndose su aprobación por el Senado en pocos días.

El supuesto de hecho aquí contemplado no quedaría amparado por ninguna de esas legislaciones. No lo perdamos de vista.

SÉPTIMO. En la esfera de la normativa administrativa hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas.

Según su artículo 2 «se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca» (Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto).

Con meridiana claridad el artículo 8 de la ley prohíbe su producción: «Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización». El artículo 9 excepciona tan solo el cultivo de cannabis destinado a fines industriales siempre que carezca de principio activo.

Su propaganda u oferta están igualmente prohibidas (artículo 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

La Ley de Seguridad Ciudadana (BOE 3 de diciembre 2014) contiene también alguna referencia no relevante para resolver este recurso.

A nivel autonómico y local el cuadro normativo se ha enriquecido aunque a veces en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal, lo que ha dado lugar a la correspondiente reacción jurisdiccional.

La Ley Foral Navarra 24/2014, de 2 de diciembre (LNA 2014, 336), reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación (arts. 22 y 23). Tales disposiciones han sido anuladas por la STC 144/2017, de 14 de diciembre ya aludida: «... es el artículo 149.1.6 CE el que tiene más estrecha relación con la materia que aquí nos ocupa, dada la tipificación penal de determinadas conductas relacionadas

con el consumo de drogas y estupefacientes, consideradas contrarias a la salud pública. Siendo así que la invasión competencial que se imputa a la Ley Foral 24/2014 recurrida consiste en la regulación de un instrumento (los clubes de cannabis) a través del cual se facilita el abastecimiento, dispensación y consumo de cannabis, aunque estemos ante una normativa autorizadora o habilitante (no represiva, ni punitiva, ni restrictiva de bienes jurídicos en el sentido que es propio de las normas penales y administrativas sancionadoras), se trata de una regulación con incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente. Si, en determinados supuestos, las asociaciones de usuarios de cannabis que la norma autonómica contempla pudieran llegar a normalizar actividades que, como la promoción y facilitación del consumo ilegal de estupefacientes, son delictivas, ello supondría que dicha norma, por el solo hecho de permitir y regular tales asociaciones, estaría incidiendo en los tipos penales, cuya definición es de exclusiva competencia estatal y que el legislador autonómico no puede ni alterar, ni concretar, ni delimitar. Aun no tratándose, pues, de una norma penal propiamente dicha, si autorizara comportamientos contemplados en la legislación penal como delictivos, estaría la Ley que nos ocupa menoscabando el ejercicio de la competencia estatal. En definitiva, las consecuencias que, más intensamente en el ámbito penal, puedan derivarse de determinadas actividades de las asociaciones de usuarios de cannabis reguladas en la Ley impugnada, determinan que hayamos de considerar título prevalente en este caso el del artículo 149.1.6 CE.

A mayor abundamiento, debe tenerse presente que la consecuencia principal de la Ley impugnada no es otra que el de establecer una cobertura legal para las actividades de consumo de cannabis, invocando el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el de asociación, para así evitar cualquier consecuencia inculpativa, ya lo sea en vía penal o en la vía administrativa sancionadora...

... llegamos a la conclusión de que la Ley Foral 24/2014 invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere».

La Ley 1/2016, de 7 de abril de Atención Integral de Atenciones y Drogodependencia del País Vasco ha visto encorsetada la interpretación de su artículo 83. No puede entenderse lo dispuesto en tal precepto como habilitación para crear asociaciones en cuyo seno se distribuya marihuana (STC 29/2018, de 8 de marzo).

El Parlamento de la Generalidad de Cataluña aprobó igualmente la Ley 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis. Su vigencia está suspendida al haberse admitido a trámite el recurso interpuesto por el Gobierno de la nación ante el Tribunal Constitucional (4 de diciembre de 2017).

Existen también como disposiciones de inferior rango. Ahora resulta innecesario mencionarlas.

OCTAVO. Volvamos al ordenamiento penal. El artículo 368 CP castiga, el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines».

Se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto.

La STS 1312/2005, de 7 de noviembre, explica cómo el objeto de protección es especialmente inconcreto. La salud «pública» no existe ni como realidad mensurable ni como suma de la salud de personas individualmente consideradas. El objetivo, del legislador, más que evitar daños en la salud de personas concretas, es impedir la difu-

sión de una práctica social peligrosa para la comunidad por el deterioro que causaría en la población.

El consumo ilegal es el concepto de referencia del tipo penal. En sí mismo no está incluido como conducta punible; pero es lo que se pretende evitar castigando toda acción encaminada a promoverlo, favorecerlo o facilitararlo. Entre esos actos se mencionan expresamente el cultivo, la elaboración o el tráfico.

Acotar qué ha de entenderse como consumo ilegal es, en consecuencia, punto de partida básico en la interpretación del tipo. Ese elemento normativo nos remite a legislación extrapenal. Desde su análisis se llega enseguida a la constatación de que consumo ilegal (es decir, no conforme a la legalidad aunque en determinadas circunstancias no sea objeto de sanción) es « toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud» (STS 670/1994, de 17 de marzo). Si se entendiese de otra forma el consumo ilegal, vaciaríamos el tipo penal: todo el ciclo de la droga tiene siempre como puerto de destino una acción de autoconsumo (salvo supuestos nada frecuentes que, precisamente por ello, en algunos casos pudieran no estar cubiertos por la tipicidad del artículo 368: vid STS 469/2015, de 30 de junio). Que ese autoconsumo no sea punible no lo convierte en legal.

Lo explica el citado precedente jurisprudencial: «Al negar el carácter ilegal del autoconsumo el recurrente está confundiendo la ilicitud genérica de un acto dentro del ordenamiento jurídico con la ilicitud penal, cuando esta es sólo es una parte de aquella ilicitud acotada por las definiciones típicas de la ley punitiva, esto es, la antijuridicidad tipificada. De la propia estructura del tipo del artículo 344 del C. P. cae por su peso que por «consumo ilegal» de las sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicos cuya promoción, favorecimiento o facilitación veta el precepto, tutelando el bien jurídico de la salud del consumidor, ha de entenderse toda utilización o ingesta de la droga por diversas vías orgánicas que no sea aquella que esté expresamente autorizada por tener finalidad terapéutica o positiva para la salud. La tesis del recurrente de que por el hecho de que el autoconsumo no está sancionado penalmente, es un consumo legal, por lo que toda entrega o facilitación de la droga a un consumidor no puede entenderse como favorecimiento del consumo ilegal que exige el tipo del artículo 344, vaciaría de contenido dicho precepto penal y desampararía el bien jurídico que pretende tutelar, que se vería puesto en peligro con actos que no podrían ser reprimidos cuando, por el contrario, es precisamente ese consumo por los drogodependientes lo que, en defensa de la salud pública, se pretende combatir con la norma prohibitiva y sancionadora de su promoción, favorecimiento y facilitación que se incluye en el citado art. 344.

El carácter ilegal o de ilicitud genérica y en el terreno administrativo del consumo de drogas deviene de los compromisos internacionales, adquiridos por España al suscribir y ratificar los Convenios sobre represión del tráfico de Drogas de 1936; el Convenio Único sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio sobre Uso de Sustancias Sicotrópicas de 1971, que tienen carácter de Derecho interno desde su publicación (art. 96.1 C. E). Estos Convenios sólo consideran lícito el consumo de tales sustancias para usos médicos o de investigación científica (art. 1.2 del Convenio de 1961). Para cumplir la aplicación interna de lo convenido, la Ley 17/1967, ya citada en otro lugar de esta resolución, impone en su art. 1.º un control del Estado sobre el ciclo de producción y distribución de aquellas sustancias y expresamente determina que todas las incluidas en la Lista IV de las anexas al Convenio son «géneros prohibidos». De ahí que la tenencia o consumo de tales géneros, fuera de los supuestos expresamente autorizados y sin cumplir las prevenciones administrativas que tales supuestos contemplan, constituyan un ilícito administrativo, el alcance,

forma o conveniencia de cuya sanción pueda debatirse, pero sin que sea discutible la ilegitimidad en su caso de los actos que conculquen aquellas normas administrativas, como es el consumo indiscriminado y fuera de las pautas reguladoras del mismo de aquellas sustancias. La propia procedencia de su comiso y destrucción, aunque sean ocupadas en poder de un autoconsumidor que no comete ilícito penal, revela el carácter ilícito de su posesión ya que en definitiva se trata de géneros prohibidos.

En conclusión, y para dar respuesta a la petición expresa de los recurrentes, debemos declarar que todo consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que no entre en los supuestos expresamente autorizados por los Convenios y las normas administrativas vigentes en España, constituye un «consumo ilegal» a los efectos de cumplir el tipo del artículo 344 del C. P., como destinatario de las conductas de promoción, favorecimiento o facilitación que tal tipo prevé y sanciona penalmente «(énfasis añadido).

El artículo 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve.

El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas. Cuando su objetivo final es ese consumo contrario a la legalidad, se convierte en conducta típica. Aunque hay que apresurarse a recortar la excesiva consecuencia –el cultivo no autorizado siempre es delictivo– que de forma precipitada podría extraerse de esa aseveración.

No es así: al igual que todas las actuaciones personales que van destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido) son atípicas en nuestro ordenamiento, aunque supongan facilitar o promover un consumo ilegal (la adquisición, la solicitud, incluso la producción...), también el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad presupuesto de la intervención penal: facilitar o favorecer el consumo de otros. El cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relieve penal.

El cannabis, como es sabido, es uno de los estupefacientes con ciclo natural de cosecha. Los actos de cultivo del mismo son punibles sólo en cuanto tiendan a facilitar la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo indebido por terceros.

NOVENO. La desmesurada amplitud, ya aludida, con que se describe la conducta castigada en el tipo penal, combinada con la consideración como impune del consumo propio (por más que no pueda definirse como legal desde el punto de vista general del ordenamiento jurídico), así como la necesidad, confesada o no, de limitar el alcance del precepto punitivo embridando su aptitud gramatical para acoger acciones muy dispares, ha llevado a considerar atípico no sólo el consumo particular, sino también el practicado en grupo aunque se identifiquen actos de auxilio o facilitación recíproca (singularmente, encargarse de la adquisición de la sustancia) entre los integrantes del colectivo que siempre ha de ser reducido.

Si particularizamos los requisitos reiterados por el TS para aplicar esta doctrina, las posibilidades de proyectarla a iniciativas asociativas como la ahora analizada son muy escasas. Lo pone de manifiesto el recurso del Fiscal. La Sala de instancia bienintencionadamente ha estirado esa doctrina del consumo compartido hasta llegar a romper sus costuras.

Ni en su fundamento ni en sus requisitos pormenorizados puede servir esa doctrina de cobertura para iniciativas asociativas de distribución del cannabis.

Nos detendremos después en ella.

Antes recordemos que se cuenta con un precedente jurisprudencial referido específicamente a una asociación de similar naturaleza. La STS 1377/1997, de 17 de noviembre, abordó hace ya más de quince años un supuesto semejante ofreciendo una respuesta tan inequívoca como contundente. Merece la pena recordar los hechos probados de aquella sentencia. Los responsables de la asociación fueron condenados,

después de haber sido absueltos por la Audiencia que había considerado que su actividad «no reunía la idoneidad necesaria para la difusión de la sustancia típica cultivada a terceros ajenos a aquellos que dominaron el hecho del cocultivo».

La Asociación estaba inscrita en el correspondiente Registro de Asociaciones de la Generalitat de Catalunya. En sus estatutos se explicitaban como fines entre otros, al estudio biológico del Cannabis Sativa y la creación de un foro de debate público en relación a todas las cuestiones que se derivan del consumo de dicha sustancia. Se excluía expresamente como fin de la Asociación el fomento o difusión del consumo de Cannabis.

(...) La sentencia sienta la siguiente afirmación: «Es claro que los acusados sabían lo que hacían y por lo tanto conocían los elementos del tipo, pues en su memoria explicativa de las actividades de la asociación expusieron su actividad de plantación de cáñamo índico en la finca de Riudecoms, como consta en los hechos probados. Quienes saben que cultivan cáñamo índico saben todo lo necesario para obrar con dolo en relación al artículo 344 CP, a pesar de que puedan haber pensado que esta conducta no era la definida en el tipo penal como prohibida».

Antes explica que, aunque la Audiencia demuestra un digno esfuerzo argumental que no se puede pasar por alto, se percibe, sin embargo, que el Tribunal a quo no ha tenido en cuenta que el delito definido por las diversas acciones del artículo 344 CP es un delito de peligro abstracto. Estos delitos son aquellos que incriminan conductas peligrosas según la experiencia general y que resultan punibles sin necesidad de poner concretamente en peligro el bien jurídico protegido para decirlo con palabras de un reconocido autor en estos delitos «la evitación de los peligros concretos y las lesiones es, por lo tanto, sólo el motivo legislativo, sin que su existencia sea un presupuesto de la tipicidad».

Desde este punto de vista, el cultivo de plantas que producen materia prima para el tráfico de drogas es un acto característicamente peligroso para la salud pública, no obstante que en el caso no se haya llegado a producir un peligro concreto. La cuestión de la idoneidad de la que se habla en la sentencia, consiguientemente, no depende de la concreción del peligro, sino exclusivamente de la abstracta adecuación al mismo que ha establecido el legislador. De estas consideraciones se deduce que el juicio sobre la idoneidad realizado por la Audiencia es impropio de la comprobación de la tipicidad de un delito al que esta Sala en repetidas oportunidades ha considerado como un delito de peligro abstracto».

DÉCIMO. La filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido —«compra conjunta» o «bolsa común» son quizás, como se dijo, denominaciones más precisas— no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando.

Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio; una de las muy abundantes que, con unos matices u otros, con el acento puesto en unas cuestiones o en otras, se atienen a las líneas maestras de esa enseñanza jurisprudencial:

«Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio, 850/2013, de 4 de noviembre y 1014/2013, de 12 de diciembre, entre otras).

La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

1.º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona

expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

2.º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo «en lugar cerrado». La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3.º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

4.º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre o la STS 888/2012, de 22 de noviembre, en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobra:

a) En primer lugar, los consumidores han de ser todos ellos adictos, para excluir la reprochable finalidad de divulgación del consumo de esas sustancias nocivas para la salud (STS de 27 de enero de 1995).

b) El consumo debe producirse en lugar cerrado o, al menos, oculto a la contemplación por terceros ajenos, para evitar, con ese ejemplo, la divulgación de tan perjudicial práctica (STS de 2 de noviembre de 1995).

c) La cantidad ha de ser reducida o insignificante (STS de 28 de noviembre de 1995) o, cuando menos, mínima y adecuada para su consumo en una sola sesión o encuentro.

d) La comunidad que participe en ese consumo ha de estar integrada por un número reducido de personas que permita considerar que estamos ante un acto íntimo sin trascendencia pública (STS de 3 de marzo de 1995),

e) Las personas de los consumidores han de estar concretamente identificadas, para poder controlar debidamente tanto el número de las mismas, en relación con el anterior requisito, cuanto sus condiciones personales, a propósito del enunciado en primer lugar (STS de 31 de marzo de 1998).

f) Debe tratarse de un consumo inmediato (STS de 3 de febrero de 1999).

Según se expresa en la STS 1014/2013, de 12 de diciembre, alguna de estas exigencias puede ser matizada, o incluso excluida en supuestos específicos, pues cuando un número reducido de adictos se agrupan para la adquisición y ulterior consumo compartido de alguna sustancia estupefaciente, y la intervención penal se realiza en el momento inicial de la adquisición, puede ser difícil constatar la concurrencia de la totalidad de dichos requisitos, que solo podrían concretarse por completo en el momento del consumo.

Tal sentencia acaba por afirmar la tipicidad en virtud de la relevante cantidad de droga ocupada que excedía de la destinada a un consumo inmediato o diario. Además «los recurrentes no afirman que la droga ocupada hubiese sido adquirida mediante un fondo común para su consumo en un acto concreto por un pequeño número de adictos previamente identificado, sino que la califican como sobrante de una fiesta ya realizada, y dispuesta para consumos ulteriores por visitantes de la casa, que variaban de una vez a otra. Es decir por plurales consumidores indeterminados en momentos futuros también indeterminados, pagando evidentemente su precio, lo que implica actos de favorecimiento del consumo que exceden de los supuestos de atipicidad admitidos por nuestra doctrina.

En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también sería «típico» (énfasis añadido).

UNDÉCIMO. Volvamos al supuesto analizado. La magnitud de las cantidades manejadas, el riesgo real y patente de difusión del consumo, la imposibilidad de constatar con plena certidumbre la condición de consumidores o usuarios de la sustancia, así como de controlar el destino que pudieran dar al cannabis sus receptores desbordan no solo los términos más literales en que se desarrolla esa doctrina (que no es lo fundamental), sino sobre todo su filosofía inspiradora.

No se trata de imputar a los responsables de la Asociación el mal uso por parte de algunos socios o el incumplimiento de sus compromisos; es que precisamente esa incapacidad de controlar inherente a la estructura creada comporta el riesgo de difusión, uno de los objetivos que se propone combatir el legislador penal. Por supuesto que a los directivos de la Asociación no se les puede atribuir responsabilidad por el hecho de que un socio haya hecho entrega a persona no consumidora de parte de la sustancia; o si la vende traicionando sus obligaciones asociativas. Pero sí son responsables de crear la fuente de esos riesgos incontrolables y reales cuando se manejan esas cantidades de sustancia que se distribuyen a centenares de personas cuyas actitudes o motivaciones no pueden fiscalizarse.

Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal a quo, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos, —uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad—; y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo —se capta intuitivamente— es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. Se aproxima más a una cooperativa que a una reunión de amigos que comparte una afición perjudicial para la salud, pero tolerada. Estamos ante una actividad nada espontánea, sino preconcebida y diseñada para ponerse al servicio de un grupo que no puede considerarse «reducido» y que permanece abierto a nuevas y sucesivas incorporaciones.

Uno de los requisitos exigidos para considerar la atipicidad del consumo compartido, es la exclusión de actividades de almacenamiento masivo, germen, entre otros, de ese «peligro» que quiere desterrar el legislador.

Se hace por todo ello muy difícil admitir que no se considere favorecimiento del consumo la apertura de esa modalidad de asociación a un número indiscriminado de socios.

Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el artículo 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

DUODÉCIMO. El anterior desarrollo no obsta a que puedan quedar al margen del derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían –como el consumo compartido– en los amplísimos contornos de la descripción típica del artículo 368 CP pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la alteridad. Se trataría, como en el consumo compartido, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de un colectivo. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media un largo trecho. Hay conductas ilícitas –el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (artículo 8.1 de la Ley 17/1967 ya citada)– que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

En primer lugar hay que proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubes sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.

Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes puede alcanzar a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a un grupo reducido de consumidores en condiciones congruentes con sus principios inspiradores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo. Se distancia así esa conducta tolerable penalmente de una producción, punible por estar puesta al servicio del consumo de un número de personas indeterminado *ab initio* y abierta a incorporaciones sucesivas de manera más o menos indiscriminada y espaciada, mediante la captación de nuevos socios a los que solo se exige la protesta de ser usuarios para incluirlos en ese reparto para un consumo no necesariamente compartido, inmediato o simultáneo.

Evaluar cuándo aquella filosofía que vertebra la atipicidad de la «compra compartida» puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo es una cuestión de caso concreto y no de establecimiento seriado de requisitos tasados que acabarían por desplazar la antijuridicidad desde el bien jurídico –evitar el riesgo para la salud pública– a la fidelidad a unos protocolos cuasi-administrativos pero fijados jurisprudencialmente.

Pueden apuntarse indicadores, factores que iluminan a la hora de decidir en cada supuesto y que son orientadores; pero no es función de la jurisprudencia (como sí lo sería de una hipotética legislación administrativa de tolerancia) establecer una especie de listado como si se tratase de los requisitos de una licencia administrativa, de forma que la concurrencia, aunque fuese formal, de esas condiciones aboque a la inoperancia del artículo 368; y la ausencia de una sola de ellas haga nacer el delito. Eso significaría desenfocar lo que se debate de fondo: perfilar la tipicidad del artículo 368. Se castiga la promoción del consumo ajeno, pero no la del propio consumo. La actividad que, aun siendo colectiva, encaje naturalmente en este segundo ámbito, por ausencia de estructuras puestas al servicio del consumo de terceros, no son típicas.

Desde esas premisas son indicadores que favorecerán la apreciación de la atipicidad el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad, el carácter cerrado del círculo; sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza, más allá del mero compromiso formal exteriorizado, de que el producto se destina en exclusiva al consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. La ausencia de cualquier vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan, (lo que permite excluir los supuestos en que se admite a un menor de edad que carecerá de madurez para que su consentimiento en materia perjudicial para la salud como ésta pueda considerarse absolutamente informado y por tanto libre) son otros factores de ponderación.

No se trata tanto de definir unos requisitos estrictos más o menos razonables, como de examinar cada supuesto concreto para indagar si estamos ante una acción más o menos oficializada o institucionalizada al servicio del consumo de terceros (aunque se la presente como modelo autogestionario), o más bien ante un supuesto de real cultivo o consumo compartido, más o menos informal pero sin pretensión alguna de convertirse en estructura estable abierta a terceros. Algunas orientaciones al respecto pueden ofrecerse, pero en el bien entendido de que finalmente habrá que dilucidar caso a caso la presencia o no de esa condición de alteridad, aunque aparezca camuflada bajo una ficticia apariencia de autogestión.

El número poco abultado de los ya consumidores de cannabis concertados que adoptan ese acuerdo de consumo; el encapsulamiento de la actividad en ese grupo (lo que no excluye una adhesión posterior individualizada y personalizada de alguno o algunos más nunca colectiva ni fruto de actuaciones de proselitismo, propaganda o captación de nuevos integrantes); así como la ausencia de toda publicidad, ostentación –consumo en lugares cerrados– o trivialización –tal conducta, siendo atípica, no dejará de ser ilícita–, ayudarán a afirmar la atipicidad por asimilación al cultivo al servicio exclusivo del propio consumo.

En el supuesto ahora analizado un escaso núcleo de personas organiza, y dirige la estructura asociativa. Disponen y preparan toda la intendencia, abastecimiento, distribución, control, cultivo,... y ponen tales estructuras al servicio de un grupo amplio e indiscriminado de usuarios que se limitan a obtener la sustancia previo pago de su cuota y de su coste. Eso es facilitar el consumo de terceros. Hay distribuidores –aunque sean también consumidores– frente a simples consumidores receptores. Esa forma de distribución es conducta no tolerada penalmente.

Tratándose de consumo, que no de cultivo, compartido habrá que estar a las pautas reiteradas en la jurisprudencia bien entendidas, es decir, no como requisitos *sine qua*

non, sino como criterios o indicadores que orientan en la tarea de discriminar entre el autoconsumo colectivo y la facilitación del consumo a terceros. Lo decisivo no es tanto el ajustamiento exacto a esos requisitos, a modo de un listado reglamentario, cuanto la comprobación de la afectación del bien jurídico en los términos en que el legislador quiere protegerlo. Si no, degradaríamos el bien jurídico –salud pública– convirtiendo anómalamente el delito en una especie de desobediencia a la jurisprudencia. El ataque a ese bien jurídico penalmente tutelado no depende tanto de que se hayan cumplimentado formalmente todas esas exigencias o no, de modo que si faltase cualquiera de ellas (local cerrado; consumo inmediato...) ya necesariamente quedaría invadido el campo penal, como de otros rasgos de mayor fuste de los que aquellos son meros indicadores.

(STS 373/2018 de 19 de julio).

ARTÍCULO 377 CP

Tráfico de drogas. Multa: en la determinación de la multa proporcional en tráfico de drogas se permite optar, de forma alternativa y sin preferencia entre ellas, entre el precio final del producto o al importe de la recompensa o ganancia obtenida o podida obtener el acusado, lo que está en consonancia con los criterios de imposición de la multa del artículo 52 CP. Voto particular.

(...) Desde la consideración del gravoso alcance que la multa proporcional puede llegar a tener sobre el patrimonio del penado, proclamábamos que en los delitos de los artículos 368 a 372 del Código Penal, la determinación de la cuantía de las multas había de regirse con sujeción al artículo 377, que al especificar que: «el valor de la droga objeto del delito será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener», introducía una fórmula alternativa para individualizar la multa, que permite optar al juzgador entre utilizar como valor de referencia el precio final del producto o recurrir al importe de la recompensa o ganancia obtenida o podida obtener. Se rechazaba así que la norma imponga que la valoración de la droga deba de hacerse recurriendo al precio final del producto como criterio de preferencia, de modo que el criterio del beneficio obtenido quedara limitado a una aplicación subsidiaria o subordinada, al entender la Sala que la ponderación que faculta la alternatividad de ambos criterios, resulta más conforme con el artículo 52 del Código Penal, que al regular la multa proporcional, establece que «1. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo», y añade que: «2. En estos casos, los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable».

En los mismos términos se ha expresado esta Sala en su también reciente sentencia 313/2018, de 28 de junio, donde expresamos que: «el único criterio de preferencia para determinar e individualizar la pena de multa es el de la situación económica del culpable [del artículo 52.2 del Código Penal], a la que se vuelve a referir el precepto en el caso de cambio de circunstancias económicas en los artículos 52.3 y 51 del Código Penal. El artículo 52 refiere, también como criterio de individualización de la

pena de multa, el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio que intentare obtener. En igual sentido artículo 377 Código Penal, que refiere, de una parte, que el valor de la droga es el precio final del producto y añade que, para la determinación de la cuantía de la multa se realizará atendiendo al valor de la droga o a la recompensa o ganancia obtenida por el reo. Los dos parámetros ofrecen una alternativa al juzgador, el valor de la droga o la recompensa o ganancia obtenida. Las dos alternativas están dispuestas entre la conjunción «o», lo que indican una diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Consecuentemente, las posibilidades son alternativas y no hay, entre ellas, preferencia alguna, sin perjuicio de la especial consideración que el valor de la droga para evitar la rentabilidad económica del delito». Y añadía que la expresión « en su caso» del artículo 377 del Código Penal «va referida aquellos supuestos en los que el beneficio obtenido o que se espera obtener sea, en efecto, una alternativa, es decir, que figure el hecho probado de la sentencia, las dos posibilidades de la alternativa, el valor de la droga y el beneficio que esperaba obtener. La expresión, en su caso, hace referencia, precisamente, a la existencia de la alternativa que posibilite las facultades de opción por una u otra».

(STS 448/2018 de 10 de octubre).

ARTÍCULO 434 CP

Malversación de caudales públicos. Grave daño o entorpecimiento al servicio público. Caso Nóos: inexistencia: dinero malversado de 445.000 y 175.000 euros destinado a promoción turística, sin que se vea afectado el servicio público por la sola cuantía de lo dispuesto.

(...) Por último, aunque voluntariamente construidas, tampoco son acogibles las indicaciones del recurso encaminadas a mostrar un daño efectivo en el servicio público. Por una parte, porque el capital de una fundación que opera fundamentalmente con subvenciones públicas no es un término de comparación adecuado. El capital social no siempre es correlativo al presupuesto manejado. Por otra parte, porque se invocan perjuicios hipotéticos y no un concreto daño al servicio público: el Código habla de daño o entorpecimiento producido; no de eventuales beneficios no alcanzados por supuestas y muy benéficas aplicaciones que podamos imaginar en abstracto y que podrían haberse dado a los fondos. Esos fondos concretos malversados estaban vinculados a ese programa estratégico y observatorio atinentes al turismo deportivo. Su utilidad social dista de ser esencial; antes, bien, resulta más que discutible. De hecho, el Fiscal la cuestiona en otros apartados de su recurso. Las razones que aducirá el Fiscal para reclamar que se encuadren también en la malversación inversiones de signo similar por la orfandad justificativa en cuanto a su utilidad pública habrían de llevar aquí a considerar no probado un grave daño social derivado de no haberse llevado a cabo ni el plan estratégico ni la implantación del observatorio. Las dudas probatorias en uno y otro caso han de resolverse en la forma más favorable al acusado. Así hizo la Audiencia correctamente en trance de decidir si reconducía a la malversación esos otros desembolsos por prestaciones cuya relevancia y aportación al interés público resultaban dudosos. De la misma forma hemos de resolver nosotros la duda sobre si el incumplimiento de esos compromisos que, pese a ello, fueron retribuidos (malversación), afectó de forma relevante a un servicio público que se habría visto como consecuencia de ello entorpecido.

Incluso en la STS 277/2015, de 3 de junio (y no 3 de mayo como, sin duda por un lapsus disculpable, señala el Fiscal) que sirve de guía al recurso, se acaba analizando en concreto por qué se entiende afectado un servicio público:

El Código invita a valorar dos factores –cuantía y afectación del servicio público–. La cuantía por sí sola no bastaría para la agravación.

Dice el artículo 432.2 CP: «Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público».

La norma obliga a atender a esos dos parámetros conjuntamente. Así se deriva de la copulativa «y». No basta solo la elevada cuantía de la malversación; es necesario también que exista un daño o entorpecimiento del servicio público (STS 429/2012, de 21 de mayo). La reforma que entrará en vigor el próximo 1 de julio varía sustancialmente los términos en que habrá de plantearse esta cuestión al crear ya diferenciadas y con autonomía las modalidades agravadas y no una única con doble soporte.

En ocasiones de la abultada cifra malversada puede derivarse sin más la inevitable incidencia en el servicio público a que estaban adscritos esos fondos (STS 1919/2013, de 22 de marzo que hace un meticuloso recorrido por todos los precedentes jurisprudenciales recaídos sobre el artículo 432.2 CP). Pero es insoslayable una referencia a un servicio público concreto...

(...) La ecuación «cuantía elevada equivale a daño de un servicio público» no sería rigurosamente exacta. Así lo subraya la STS 806/2014, de 23 de diciembre que en todo caso valora también que pese a ser muy alta la cantidad malversada había de distribuirse a lo largo de cinco años. Aquí es patente que el monto de los fondos distraídos es muy importante y está muy por encima de la mayor parte de los contemplados en precedentes jurisprudenciales antes enunciados.

Así pues, la cuantía, siendo un elemento muy relevante, no basta. Pero eso no lleva a dar la razón al recurrente por varios motivos:

a) En el precedente que se acaba de reseñar se trataba de una cantidad que había que distribuir a lo largo de años y que además no estaba específicamente adscrita a un servicio público.

b) En este caso también puede entenderse perturbado el «servicio público» cuya conceptualización a los efectos de este precepto no puede hacerse por asimilación a categorías estrictamente administrativas y reglamentistas. No podemos lastrar el precepto con una concepción solipsista, autista o anacrónicamente «nacionalista» en un mundo globalizado en que las necesidades de otras poblaciones no nos resultan ni ajenas ni distantes. La solidaridad con países o zonas geográficas desfavorecidas es reivindicación y reivindicación no secundaria de la ciudadanía. Se canaliza a través de las asignaciones en los presupuestos de cuentas públicas a esas finalidades de ayuda a países necesitados de desarrollo. Esas ayudas no pueden considerarse una especie de «lujo» o algo ajeno al servicio público entendido en ese sentido amplio. Derivar a fines particulares un montante elevadísimo de lo que los presupuestos autonómicos destinarían a esos fines solidarios supone afectar al servicio público así perfilado y no vinculado de manera miope o alicorta a concepciones ius administrativistas; supone defraudar y pisotear nobles sentimientos del ciudadano que con agrado desea ver destinada una parte de su contribución al erario público a esos fines solidarios transnacionales aunque ello comporte disminución indirecta de las prestaciones públicas de que él podía beneficiarse.

(STS 277/2018 de 8 de junio).

ARTÍCULO 439 CP

Negociaciones prohibidas a los funcionarios. Caso Ayuntamiento de la Muela: arquitecto y secretario de Ayuntamiento que participan en sociedad que adquiere terrenos para construcción de viviendas en el municipio en el que ejercen sus funciones y respecto de lo que ellos deben informar para la parcelación de esos terrenos.

(...) El título de condena de ambos recurrentes constituido por el delito de negociaciones prohibidas del artículo 439 del Código Penal exige: a) en cuanto al sujeto activo que sea: 1.º– Autoridad o funcionario público. 2.º– Que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad; b) como comportamiento que se aproveche de tal circunstancia c) que el objetivo de tal aprovechamiento sea para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones.

(...) Este delito ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (RCL 2010, 1658), con entrada en vigor a partir del 23-12-2010, sustituyendo la expresión «debiendo informar» por «debiendo intervenir».

Como se recordaba en nuestra STS n.º 765/2014 de 4 de noviembre, el bien jurídico protegido es la imparcialidad de los integrantes de la Administración Pública. Para ello, con la finalidad de no llevar a cabo lo que se han venido denominando «zonas de confluencia», sanciona, en realidad, su falta de abstención por la vía penal, pues se comprende dentro de dicho precepto la conducta de aquella autoridad o funcionario que teniendo que informar, hoy (LO 5/2010) intervenir, en cualquier asunto público, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones (artículo 439).

Esto es, se trata de obtener por parte del funcionario un aprovechamiento –que la ley lo denomina «forma de participación»– mediante el informe o la intervención en asuntos de toda clase, con tal que sean de su incumbencia pública.

Pues bien, la actividad en que había de intervenir uno y otro recurrente era la que por medio de ellos llevaría a cabo el Ayuntamiento en relación con el sistema de gestión por compensación. Por otra parte, el tipo penal no exige que ya se haya desplegado esa «información» o «intervención», sino que basta que haya de efectuarse y sea en atención a ello o prevariándose de ello que el funcionario logre un aprovechamiento.

(STS 213/2018 de 7 de mayo).

ARTÍCULO 468 CP

Quebrantamiento de condena. Requisitos del tipo penal. Tipo subjetivo. Distancia. Inexistencia: incumplimiento de la orden de alejamiento: la distancia establecida debe medirse en la forma en que determine la resolución que acuerda la medida y, en su defecto, en línea recta.

(...) 1. El delito de quebrantamiento de condena o medida cautelar del artículo 468 CP requiere, como tipo objetivo, la existencia de una resolución que acuerde una condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o

custodia. Y que se ejecute una conducta que implique el incumplimiento de la misma. Como tipo subjetivo, el conocimiento de estos elementos, es decir, que el sujeto sepa que existía tal resolución, así como su contenido, y que sepa, igualmente, que con su forma de actuar está incumpliendo lo que la resolución le impone.

Por lo tanto, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple.

2. En el caso, el Juez de lo Penal consideró que existían dudas acerca de la concurrencia del elemento subjetivo. Aunque se refiere a la intención del sujeto, al decir que no puede inferirse que su intención, en definitiva, fuera «infringir o quebrantar la medida cautelar de alejamiento existente situándose, de forma presunta, a una distancia inferior a los 200 metros indicados», parece que, en realidad, lo que no considera acreditado es que el acusado supiera que estaba cerca de la calle donde está el domicilio de ella. En realidad, lo que no se puede inferir es que supiera que estaba quebrantando la prohibición de aproximación.

(...) A pesar de ello, conviene satisfacer el interés casacional, en lo que se refiere al criterio correcto para determinar en cada caso si el sujeto se encuentra a una distancia inferior a la establecida en la prohibición de aproximación.

Como hemos dicho, a través de esta prohibición se pretende evitar que el obligado por ella se acerque a la víctima o a las personas determinadas en la resolución, en cualquier lugar donde se encuentren, a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La finalidad de la medida es garantizar la seguridad y la tranquilidad de esas personas, evitando la coincidencia física con el autor de los hechos que dan lugar a su adopción. Se trata de preservar a la víctima de los hechos de los daños que la presencia del autor puede ocasionar a su dignidad, al libre desarrollo de su personalidad y a su seguridad (STS n.º 840/2014, de 11 de diciembre).

Dadas las innumerables posibilidades que presenta la realidad, las características concretas de la medida podrán depender de las peculiaridades de cada caso, de forma que el Juez o Tribunal que la acuerde deberá, en lo posible, determinar las condiciones en las que la misma deberá cumplirse, de modo que se obtenga la seguridad de la víctima, sin desconocer las exigencias de proporcionalidad de la reacción penal frente a unos determinados hechos.

Con la adopción de la prohibición se configura un espacio físico en el que se pretende garantizar que la víctima pueda circular y moverse con libertad sin la posibilidad de encontrarse físicamente con el autor de los hechos; un espacio donde, evitando la presencia de aquel, se garantice la seguridad de la víctima y su tranquilidad, al objeto de desarrollar una actividad vital normalizada. Desde esta perspectiva, la medida en línea recta se presenta como más segura, y no solo para la víctima, que puede establecer con facilidad los lugares a los que puede acudir sin aquel riesgo sin necesidad de calcular la distancia a la que se encuentran los distintos puntos de diversos recorridos posibles. Sino incluso para el autor de los hechos, que podrá establecer con la misma facilidad, sobre plano, los lugares a los que no podrá dirigirse al quedar afectados por la prohibición. Lo cual le permite incluso someter a la consideración del Juez o Tribunal que ha acordado la prohibición la existencia de detalles que pudieran hacer desproporcionada la prohibición en algunos aspectos, haciendo aconsejables algunas precisiones.

También ha de tenerse en cuenta que los avances de la técnica permiten en la actualidad que el control acerca del cumplimiento de la medida se efectúe mediante aparatos telemáticos que miden en línea recta la distancia entre dos puntos. Es cierto que se trata de un aspecto más bien práctico, pero no es irrelevante en cuanto a la

garantía de obtener la seguridad que se pretende con la prohibición. En este sentido, resulta más seguro acudir al criterio de la medición en línea recta.

La corrección de los supuestos límite, será posible, en general, acudiendo a dos vías. En primer lugar, mediante el análisis de la concurrencia del elemento subjetivo. Y, en segundo lugar, incluso del objetivo, especialmente en los casos en los que, aunque la distancia prohibida haya sido rebasada, las características del lugar excluyen de forma absoluta la posibilidad de que la presencia en el mismo del sujeto obligado pueda perturbar de forma alguna la seguridad o la tranquilidad actuales o futuras de la víctima.

(STS 691/2018 de 21 de diciembre).

ARTÍCULO 515 CP

Asociación ilícita. Concurso de normas penales. Caso Gurtel-Fitur: creación de entramado de empresas, todas relacionadas entre sí bajo la jefatura de un acusado y con la intervención de otros para la comisión delictos en connivencia con funcionarios públicos.

(...) Son requisitos del delito del artículo 515.1.º CP: a) una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) la consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo sea duradero, y no puramente transitorio; y d) el fin de la asociación, que en el caso del artículo 515.1.º CP, inciso primero, ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar (SSTS núm. 69/2013, de 31 de enero, 544/2012, de 2 de julio, 109/2012, de 14 de febrero, 740/2010, de 6 de julio, 50/2007, de 19 de enero, 415/2005, de 23 de marzo, 421/2003, de 10 de abril, 234/2001, de 23 de mayo, ó 1/1997, de 28 de octubre).

En la misma línea, interpretando dichos conceptos, se mueven las SSTS núm. 950/2013, de 5 de diciembre, 855/2013, de 11 de noviembre, 719/2013, de 9 de octubre, 146/2013, de 11 de febrero, 143/2013, de 28 de febrero, ó 112/2012, de 23 de febrero, por citar algunas de las más recientes.

(...) El delito de asociación ilícita no puede ser aplicado por el hecho de no existir, al tiempo de los hechos, el actual delito de organización delictiva. La asociación que es típica del delito es aquella que se forma, en el supuesto que interesa a esta casación, para delinquir artículo 515.1 CP). En el caso, comprobamos un hecho relevante cual es la constitución de una pluralidad de sociedades que se forman no para desarrollar una actividad en el tráfico jurídico y mercantil con una actuación propia y diferenciada unas de otras, sino que se trata de una entramado de empresas, unas para desarrollar una actividad, otras para asegurar el disfrute económico de lo que las otras gerencian, en definitiva, un entramado para posibilitar el delito y eludir su persecución y facilitar la obtención de los beneficios obtenidos. Desde esa perspectiva de utilización de un entramado empresarial dirigido a la comisión y ejecución de delitos es desde la que la subsunción realizada es procedente. La pluralidad de sociedades y empresas es desarrollada para dar una apariencia de ajenidad y poder realizar facturaciones por hechos asociados o que forman parte del contrato adjudicado.

(...) El delito de asociación ilícita recoge la conducta referida a la constitución de grupos o asociaciones que posibilitan una estructuración permanente, jerarquizada y

ordenada a la realización de hechos delictivos. El Código no proporciona una definición de los que deba entenderse por asociación ilícita, atribuyéndose esa categoría a la agrupación de personas con una finalidad de permanencia y consistencia con una cierta organización jerarquizada y especialmente dispuesta. Aquí también cuando la pluralidad de sociedades es empleada no para operar en el tráfico económico que es propio, sino para enmascarar la actividad estatutariamente dispuesta. En el delito de asociación ilícita del artículo 515.1.º –asociación para delinquir– el bien jurídico protegido es el derecho de asociación como garantía constitucional o el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla. En todo caso se trata de un bien jurídico diferente del que se protege en la posterior acción delictiva que se cometa al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. La asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación –en el caso del artículo 515.1.º inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

No cabe confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeinfluencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la asociación, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta concreción sobre las infracciones criminales a ejecutar (Sentencia de 17 de enero de 1986).

(...) No hay vulneración del principio *bis in idem* dada la diferenciación de bienes jurídicos objeto de tutela y protección y las distintas dinámicas de comisión.

(STS 214/2018 de 8 de mayo).

ARTÍCULOS 554 Y 572 CP

Estragos terroristas. Concurso de normas penales. Atentado con bomba contra casa cuartel: conducta absorbida por una tentativa de asesinato de carácter igualmente terrorista, al no quedar afectado por la regla concursal del artículo 346.3 CP que sólo contempla los casos de consumación, es decir producción efectiva de la lesión a la vida, integridad, o salud.

(...) Expuso el Fiscal de forma solvente cómo a tenor de la doctrina jurisprudencial el delito de asesinato terrorista en grado de tentativa ha de absorber los estragos también en grado de tentativa.

La STS 136/2006, de 15 de febrero: analiza tangencialmente esta cuestión aunque parece insinuar una solución diferente. Reproducimos de ella un largo pasaje

porque abunda en el tema que hemos abordado en el fundamento anterior: Cuántas tentativas de asesinato deben apreciarse en supuestos de atentados frustrados frente a un colectivo indeterminado aunque el dolo sea meramente eventual (por ciento ochenta y cuatro tentativas de asesinato condenaba la confirmada por el Tribunal Supremo en ese particular): «El recurso vincula el motivo de error de hecho con el segundo reproche casacional en el que se alega infracción de ley por incorrecta aplicación del artículo 572.1.1 CP, cuando el precepto aplicable a los hechos probados sería el artículo 346 CP que tipifica el delito de estragos, en el que se integra la actuación de los acusados, reiterando que éstos «tenían la intención de causar grandes destrozos en la estación de tren de Chamartín [y que] su objetivo no era la causación de daños personales, aun cuando pusieran en peligro la vida de las personas, como lo «evidencia».... Tanto los sistemas de aviso, como la hora a la que se pretendía que estallara el explosivo...».

El tipo delictivo de estragos contemplado en el artículo 346 CP se nuclea en torno a dos condiciones: la utilización de medios de gran poder destructivo capaces de causar la destrucción de determinadas instalaciones o los específicos efectos que se expresan en el precepto, y –como novedad del tipo vigente–, la creación de un peligro para la vida o integridad de las personas, que debe encontrarse ínsito en la acción («comportaren necesariamente», especifica el precepto). Se trata, pues, de un tipo mixto de resultado (daños materiales) y de peligro (de la vida o integridad), generado éste, precisamente, por la acción destructiva, siendo necesario que el riesgo de muerte o lesiones para las personas esté abarcado por el dolo del autor, al menos a título eventual. Por lo demás, es claro que este delito admite formas imperfectas de ejecución, como la tentativa, acabada o inacabada.

El número 3.º del precepto establece que en el caso de que el riesgo mencionado se realice de manera que junto a la destrucción del objetivo, la acción típica produzca un resultado efectivo de lesión o muerte de las personas, estos resultados serán sancionados separadamente con la pena propia del delito que constituyen tales resultados contra la vida o integridad de las personas, es decir, creándose por voluntad del legislador una situación de concurso real de delitos.

Pues bien, el motivo casacional sostiene que la intención de los acusados era la de causar grandes destrozos en la estación de ferrocarril de Chamartín, pero no daños personales, aun cuando se acepta que pusieron en peligro la vida de las personas, por lo que los hechos debieron ser calificados como delito de estragos en grado de tentativa porque, al no darse el supuesto del inciso segundo, esto es, al no concretarse el peligro para las personas por no haberse producido la explosión que hubiera originado la destrucción material de la estación y las muertes o lesiones de las víctimas, no cabe calificar los hechos como tentativa de homicidio terrorista.

Pero la censura no puede prosperar. En primer lugar, el Tribunal de instancia no aplica el mentado inciso segundo, porque, como es de ver, no sanciona separadamente el intento de estragos y el intentado delito de homicidio, sino que califica los hechos únicamente como constitutivos de este último. Y debemos ya afirmar que la subsunción, integrando la actuación de los acusados en el artículo 572.1.1 CP como delito intentado, es jurídicamente correcta.

Y ello es así desde el momento en que el escenario que nos muestra el Hecho Probado, no es la colocación por los acusados de una poderosa carga de explosivo de gran poder destructor en la estación para que ésta fuera devastada a las 15,55 horas del 24 de diciembre, 45 minutos después de que el tren Irún-Madrid, hubiera llegado a la estación de su destino. La acción de los acusados, fuera con aquel propósito o con otro, consistió en esconder en un tren repleto de pasajeros una gran cantidad de alto explosivo, mucho tiempo antes al previsto para su explosión y a mucha distancia de la

estación que aquéllos tenían la intención de volar. Quiérese decir que durante varias horas (desde las 08'30 hasta las 15'12, hora prevista de llegada, contando con que ésta se hubiera producido con puntualidad), y durante muchos kilómetros, las 184 personas que viajaban en el tren estuvieron sometidos a un peligro gravísimo, actual, real para sus vidas por la acción consciente y voluntaria de los acusados ante la posible y probable deflagración de la materia explosiva que hubiera podido producirse fácilmente por multitud de causas en cualquier momento de tan largo recorrido y duración. Así resulta de los dictámenes periciales recogidos en la sentencia impugnada, que afirmaron que la explosión podía haberse producido no sólo por la finalización de la temporización sino, al ser unos sistemas muy sensibles, al recibir un golpe fortuito como el producido al colocar otra maleta encima, con el propio movimiento del tren («traqueteo», según dijeron) e incluso con el aparato eléctrico de una tormenta (aclararon que ese día la había) pues se trata de un circuito eléctrico modificado. Y ninguna duda cabe que tal eventualidad debió haber sido prevista por los autores del hecho, por lo que, representándose la probabilidad del resultado y asumiendo éste sin abdicar de la acción que lo produciría, es palmario que nos encontramos ante una acción constitutiva de delito de homicidio con dolo eventual, en grado de tentativa...

Es esta actividad la que integra el delito por el que los acusados han sido condenados, que tipifica el artículo 572.1.1 en relación con el 16.1 CP y ello con independencia de lo que hubiera podido haber sucedido después de la llegada del tren a Chamartín. Porque aquí lo que prevalece es lo que realmente acaeció: la colocación de una gran cantidad de dinamita en un tren por personas pertenecientes y miembros activos de una organización terrorista como es ETA, que por las circunstancias concurrentes pudo explotar en cualquier momento y causar la muerte de cuantas personas viajaban, aun cuando ese resultado, previsible, previsto y aceptado, no fuera directamente querido por los autores del hecho.

A este respecto, conviene recordar la incesante doctrina de esta Sala plasmada en numerosos precedentes jurisprudenciales según la cual, el elemento subjetivo del delito de homicidio no es el «*animus necandi*» o intención específica de causar la muerte de una persona, sino el «dolo homicida», el cual tiene dos modalidades, el dolo directo o de primer grado constituido por el deseo y la voluntad del agente de matar, a cuyo concreto objetivo se proyecta la acción agresiva, y el dolo eventual, que surge cuando el sujeto activo se representa como probable la eventualidad de que la acción produzca la muerte del sujeto pasivo, aunque este resultado no sea el deseado, a pesar de lo cual persiste en dicha acción que obra como causa directa e inmediata del resultado producido (STS de 8 de marzo de 2004).

Como se argumenta en la STS de 16 de junio de 2.004 el dolo, según la definición más clásica significa conocer y querer los elementos objetivos del tipo penal. En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es más que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse también, entre otras muchas SS. T. S. de 1 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2005).

Al margen de lo hasta aquí expuesto, no debemos omitir otra consideración que estimamos relevante: la concreta acción criminal efectuada en el tren es bien diferente de la que se proyectaba ejecutar en la estación de Chamartín; también serían bien distintos los previsibles resultados causados por la primera, como los proyectados por la segunda, apreciándose la misma diferencia en cuanto a las víctimas, dado que en la primera lo habrían sido los pasajeros del tren, distintos de las personas que hubieran fallecido de haberse producido la explosión pretendida en la estación, por cuanto, según el «*factum*» y los propios recurrentes, ésta habría tenido lugar casi una hora después de que los pasajeros hubieran abandonado el tren, por lo que las eventuales víctimas de la deflagración de la bomba lo hubieran sido otros pasajeros o/y las personas que en ese momento se encontraran en el radio de acción del estallido.

Ello quiere decir que, en realidad, no hubiera existido inconveniente alguno en calificar los hechos como constitutivos de un concurso real de delitos: el múltiple homicidio intentado, como resuelve la sentencia, y el delito, también intentado, de estragos.

Nótese cómo si la sentencia concluye advirtiendo que hubiese sido factible acudir al concurso real es por la solución de continuidad que establece entre la tentativa de homicidio múltiple y la tentativa de estragos: dos momentos diferenciados.

La STS 2084/2001, de 13 de diciembre también invocada en la vista por el Fiscal, argumenta de otra forma; en supuesto más equiparable al aquí examinado por cuanto la acción con ese doble objetivo (muertes y estragos) estaba proyectada como única y simultánea. La cita es doblemente pertinente pues al hilo de su discurso se vierte también una consideración sobre la no vinculación con precedentes cuando se aprecia un error jurídico:

El siguiente motivo, primero de los formalizados por ordinaria infracción de ley ex artículo 849.1 LECrim, denuncia indebida aplicación del artículo 572.1.1.º y 2, en grado de tentativa, y 572.1.2.º y 2, en grado de consumación, CP 1995, «en concurso ideal con un delito de terrorismo consumado del artículo 571 (en relación con un delito de estragos del artículo 346)».

Se aduce en el desarrollo del motivo que los hechos debieron ser calificados como un delito de estragos del artículo 554 CP 1973, como ya se sostiene en la calificación definitiva de los hechos por la defensa, añadiéndose ahora o «en todo caso, de un delito de atentado con resultado dañoso por el que condenó la primera sentencia» (artículos 231 y 233, también CP 1973).

El argumento no puede prosperar. La relación de ambos tipos penales, ya se trate de un concurso aparente de normas, es decir, los hechos podrían ser incluidos en ambos preceptos, pero uno sólo es el aplicable, precisamente por abarcar el total desvalor jurídico de la acción, como parece ser el caso, o un concurso ideal, el resultado sería el mismo, la aplicación del delito más gravemente penado, en el primer caso por el principio de especialidad y en el segundo conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 71 CP 1973, de forma que el tipo de los estragos del antiguo Código Penal no podría ser aplicado en ningún caso.

Lo que sucede es que la Sala ha entendido que la acción, desde el punto de vista del tipo subjetivo, estaba dirigida o tenía como finalidad causar la muerte de los Guardias Civiles y sus familias (atentar contra las personas). Siendo ello así, aplica el ar-

título 572.1.1.º y 2 CP 1995, en grado de tentativa. Debemos reproducir lo ya señalado a propósito del «*animus necandi*» al examinar el primero de los motivos del recurso y la corrección de la inferencia de la Sala cuando entiende la existencia del dolo directo, siendo igual para el caso que hubiese apreciado el eventual. La calificación precedente, sentencia de 21/11/90, no puede vincular a un Tribunal distinto y tampoco puede haber infracción del principio de igualdad, además de por ello, por cuanto se trata de pretender el mantenimiento de un error de derecho.

Ahora bien, habiéndose estimado el segundo de los motivos del recurso, excluyéndose las lesiones del «*factum*», la calificación del delito de terrorismo con resultado de lesiones consumadas carece de base de hecho y deberá ser suprimida.

En síntesis, los hechos son constitutivos de un delito de terrorismo con finalidad homicida, en grado de tentativa, previsto en el artículo 572.1.1.º y 2 CP 1995. La Sala añade que en concurso ideal con un delito de terrorismo consumado del artículo 571 del mismo Código cometido por medio de estragos. Aunque desde el punto de vista de la pena resultante es intrascendente, en rigor más que de un concurso ideal se trata de un concurso aparente de normas penales. En realidad lo que diferencia a ambos tipos es la finalidad perseguida por los autores. Cuando ésta se dirige a causar la muerte, lesiones, secuestro, detención ilegal, amenazas o coacciones, utilizando los medios o formas propias de los estragos o incendio, siempre que concurren las circunstancias señaladas en el primer inciso de ambos preceptos, deberá aplicarse el artículo 572, de forma que el concurso previsto en el inciso final del 571 « si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas » debe quedar reducido a los supuestos de imprudencia (ausencia de dolo). En cualquier caso, debe aplicarse el delito que impone pena más grave conforme a la regla cuarta del artículo octavo del Código Penal (principio de alternatividad). En el presente caso, teniendo en cuenta que la finalidad homicida queda reducida al grado de tentativa, las penas resultantes de la aplicación del artículo 571 y 572.1.1.º y 2 serían coincidentes, prisión de 15 a 20 años, pues habida cuenta el grado de ejecución alcanzado en el desarrollo del delito no es posible la rebaja en más de un grado ex artículo 62 CP».

Al existir una regla concursal específica, se excluye el concurso ideal o medial. Pero la regla no puede extenderse a las formas imperfectas.

El acogimiento de este criterio conduce a expulsar la pena separada impuesta por el delito intentado de estragos por tratarse de un concurso de normas excluyente del radio de acción del artículo 346, al tratarse de infracciones no consumadas.

(STS 398/2018 de 12 de septiembre).

ARTÍCULO 575 CP

Terrorismo: capacitación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación, dirigida a la incorporación de otros a una organización o grupo.

(...) La nueva redacción del artículo 575 del Código Penal, dada por LO 2/2015, adelantando las barreras de protección al bien jurídico antes contemplado, ha añadido la sanción del adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, más allá de sancionarse a quien hace proselitismo respecto de la actuación terrorista, se ha venido a condenar también a quienes se coloquen como destinatarios de actividades dirigidas a expandir los postulados violentos del grupo terrorista o concebidas para adiestrar a cualquiera en métodos que faciliten la comisión de atentados, siempre que la partici-

pación como receptor en estas enseñanzas responda a una voluntad consciente de facilitar el terrorismo, y con independencia de que la instrucción sea directamente buscada o adquirida por el sujeto activo, o haya sido dispuesta y le sea pertrechado por otros. Se condena así (artículo 575.1) a quien «... con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones»; además de a quién (artículo 575.2 «... con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior».

Esta nueva tipificación presenta el mismo bien jurídico que el anteriormente referido delito de cooperación con organizaciones terroristas, esto es, impedir que las organizaciones terroristas cuenten con un sustrato de personas que compartan su credo y que posean aptitud para sostener en el tiempo, de una manera eficaz, la acción criminal que les caracteriza. Es cierto –como sugiere el recurso– que pueden existir supuestos en los que alguno de los comportamientos de adoctrinamiento pasivo descritos en el artículo 575 del Código Penal, no necesariamente agoten la antijuridicidad de la colaboración externa con organizaciones terroristas contemplada en el artículo 577 del Código Penal, pero tal situación no es contemplable respecto del supuesto enjuiciado.

Por más que, como se ha dicho, el delito de colaboración con grupos terroristas sea ajeno a que el sujeto activo muestre una adhesión con los objetivos políticos o ideológicos perseguidos por la asociación criminal, cuando –como en este supuesto– la colaboración precisamente consiste en desplegar un comportamiento idóneo para captar o adoctrinar a terceros, incitándoles a incorporarse a la organización o grupo terrorista, o en adiestrarlos para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo comprendidos en el Capítulo VII, del Título XXII, del Libro II, del Código Penal, resulta obligado que el sujeto activo del delito, cuente con el conocimiento de los postulados o de la técnica que se transmite. Tras la reforma operada en el código penal por la LO 2/2015, se ha producido un corrimiento del umbral en el que arranca la protección penal respecto de las actuaciones terroristas, englobándose en el espacio de punición a cualquier comportamiento que esté destinado a obtener un conocimiento que pueda transmitirse después, siempre que concurra el elemento tendencial antes expuesto. Tradicionalmente, la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas, se había combatido sancionando a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros, pero el legislador, saliendo al paso de las nuevas formas de captación o de aprendizaje que facilitan las redes de comunicación y que son frecuentemente utilizadas por organizaciones terroristas de corte yihadista, ha pasado a sancionar el adoctrinamiento o adiestramiento pasivo, esto es, a quienes reciben la formación, con independencia de que lo hagan o no por sí mismos. La opción del legislador pasa así a dar respuesta penal ante cualquier acto que se integre en la secuencia de capacitación, si bien reservando un marco penológico de mayor rigor para aquellos supuestos en los que el sujeto activo, lejos de limitarse a su propia formación, inicia la propagación de lo sabido, replicando el conocimiento para su expansión a terceros.

5. No puede acogerse tampoco que el delito de colaboración con organización terrorista pueda operar en concurso real con el delito intentado de desplazamiento a territorio extranjero controlado por organización terrorista, tal y como sostiene la acusación pública. El artículo 575.3 del Código Penal sanciona al que «

para ese mismo fin [capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos relativos a organizaciones y grupos terroristas, o delito de terrorismo], o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista ». El precepto supone un nuevo adelantamiento del ámbito de protección penal, sancionándose una actuación que resulta preparatoria del adoctrinamiento pasivo, de la colaboración con una organización terrorista, o de la integración de sus filas, siempre que el comportamiento iniciador consista en ubicarse en el lugar donde ese comportamiento es alcanzable, al fijarse como elemento descriptivo del tipo penal que el sujeto activo se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista. En todo caso, como acto preparatorio que es, el comportamiento ha de tener relevancia respecto del bien jurídico que se protege, lo que entraña que el desplazamiento y asentamiento del sujeto activo, lo sea con la intención de prestar una colaboración a la organización terrorista que se ubique dentro del ámbito de actuación del derecho penal, esto es, para prestar una colaboración que facilite o posibilite que la organización terrorista pueda realizar, mejorar o potenciar su actividad delictiva, favoreciendo sus acciones con actos de información, de vigilancia, de ejecución de atentados, de ocultación de sus miembros, de entrenamiento o, incluso, sosteniendo económicamente su actividad.

(STS 13/2018 de 16 de enero).